espacios internacionales para la justicia colombiana

vol. III

Comisión Andina de Juristas
Seccional Colombiana

ESPACIOS INTERNACIONALES PARA LA JUSTICIA COLOMBIANA

VOL. III

ESPACIOS INTERNACIONALES PARA LA JUSTICIA COLOMBIANA

VOL. III

Eficacia de los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia

Comisión Andina de Juristas
Seccional Colombiana

© Comisión Andina de Juristas
Seccional Colombiana
Carrera 10 Nº 24 - 76 Of. 1101 Tels.: 2832436 - 2832569
Fax: 3428819
Santafé de Bogotá, Colombia
Noviembre de 1993

ISBN: 958-9348-00-9

Los textos de esta publicación corresponden al Tercer Seminario sobre la eficacia de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y Derecho Humanitario en Colombia, realizado por la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, en Bogotá, julio 13 al 16 de 1992.

Edición: Hernán Darío Correa C.
Carátula: Ricardo Alonso Cuéllar
Artes finales: TINTE. Producción Gráfica
Impresión y encuadernación: Editorial Presencia

CONTENIDO

PRESENTACION 9

III SEMINARIO SOBRE LA EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO EN COLOMBIA 11

Palabras de instalación 13
Gustavo Gallón Giraldo
Saludo al evento 23
Julio Roballo Lozano
Saludo al evento 25
Jorge Orlando Melo
Aplicación actual de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho humanitario 29
Mario Madrid-Malo Garizábal
Es mejor equivocarnos por la paz, que acertar con la guerra 35
Horacio Serpa Uribe
Por el diálogo, la conciliación y la paz 43
Alfredo Vásquez Carrizosa

SISTEMA UNIVERSAL, NACIONES UNIDAS Y ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO -OIT- 49

Asesoría y cooperación técnica en derechos humanos por las Naciones Unidas 51
José L. Gómez del Prado
El grupo de trabajo sobre la detención arbitraria 62
Roberto Garretón

Niños de aquí y allá. Convención y Comité de Derechos Humanos 72
Marco Antonio Murillo Niño
Procedimiento y mecanismos de control de la OIT 93
Luis M. Zamudio
Libertad sindical: Colombia ante la OIT. 1987 - 1991 104
Alberto León Gómez Zuluaga

SISTEMA INTERAMERICANO 111

Colombia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 113
María Consuelo del Río M.
La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 119
Juan E. Méndez

DERECHO HUMANITARIO 131

Guerra y paz en Colombia: Humanizar para negociar 133
Alejandro Valencia Villa
Mecanismos internacionales de protección jurídica de los refugiados 150
Richard Stainsby
La verificación internacional en El Salvador. Una experiencia de terreno 158
Rodolfo Mattarollo
Posibilidades de acción del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en Colombia 166
Claude Allain Zappella
El derecho humanitario en la nueva Constitución nacional 180
Iván Orozco Abad

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO 195

Aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por la Corte Constitucional y los jueces 197
Max Alejandro Flórez Rodríguez
La acción de tutela contra las decisiones judiciales 211
Danilo Rojas Betancourth
Status de los tratados internacionales de derechos humanos según la nueva Constitución colombiana 237
Hernando Valencia Villa

CONCLUSIONES 247

PRESENTACION

Este es el tercer volumen que presenta la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana sobre las posibilidades que plantean a la justicia colombiana las normas e instancias internacionales de derechos humanos y derecho humanitario.

Colombia, con una tasa de 75 homicidios por cada 100.000 habitantes, se presenta como uno de los países más violentos del mundo: En 1991 se registraron en el país 24.033 asesinatos con una población de casi 33 millones de habitantes, mientras Estados Unidos con una población de 249 millones reportó el asesinato de 23.438 personas en 1990. De ese número tan alto de homicidios se calcula que un 15% fueron políticos: Por ejemplo, durante 1992 diariamente murieron en Colombia 12 personas a manos de las guerrillas, los paramilitares y las diferentes ramas de las fuerzas de seguridad del Estado. Este es el escenario en el que buscamos para la justicia colombiana un fortalecimiento en las normas e instancias protectoras del derecho internacional de derechos humanos y del derecho humanitario.

La falta de respeto a la vida y a la integridad personal de los individuos, no es el único motivo de reflexión en este volumen; también lo son las exigencias consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, pobremente atendidas por las políticas estatales en las materias correspondientes.

En Colombia la tasa de mortalidad para menores de 1 año es de 40 por mil: uno de cada 25 niños muere antes de un año; y en algunas zonas alcanza tasas cercanas a 115 por mil, cifra semejante a la de Haití o Bangladesh . Según el Departamento Nacional de Estadística, la desnutrición afecta a más de dos millones de niños colombianos menores de nueve años y casi un millón de ellos tiene problemas de retardo mental; cada día mueren de hambre en Colombia nueve niños menores de cinco años; la seguridad social está dada en Colombia para los trabajadores formales, lo que quiere decir que más de la mitad de la población económicamente activa, carece de cualquier seguro, así como también la población desempleada (9.8%) e inactiva económicamente.

El tercer seminario sobre la eficacia de los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario, registró un hecho de grandes esperanzas para la vida del país: La promulgación de una nueva carta política que

declara en el orden interno la prevalencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, los cuales son su eje central: Los arts. 1 y 2 colocan la dignidad humana y los derechos humanos como la razón de ser y el fin esencial de la sociedad y del Estado. Como pacto de convivencia la nueva ley fundamental nos constituye como sociedad y crea un Estado que tienen un mismo propósito: hacer real la paz. A la vez, la Constitución de 1991 redefine las relaciones entre la sociedad y el Estado, pues según su art. 5 los derechos humanos priman sobre el interés de éste; y en cuanto residen en cabeza de los individuos y de la sociedad, se ha pasado del autoritarismo que se derivaba de la Constitución de 1886, a la prevalencia del espacio de las libertades, que no puede ser invadido por el Estado. A ello contribuye la instauración del principio de soberanía popular y la democracia participativa, que junto con la consagración ampliada de los derechos políticos y de mecanismos de participación y de actuación judicial -entre ellos la tutela y las acciones populares-, hacen residir el ejercicio legítimo del poder en los ciudadanos. De esta democratización del país hace parte también la realización del principio de igualdad, al cual apunta la instauración del Estado Social de Derecho y la consagración de una amplia carta de derechos económicos, sociales y culturales.

El carácter iushumanista de la nueva Constitución se vio fortalecido por la vigencia del derecho internacional de los derechos humanos de lo cual se deriva su fuerza normativa inmediata y su aplicación como norma de interpretación. La Corte Constitucional ha colocado como fundamento de su interpretación de la Constitución a la dignidad humana (acciones de tutela). No ha ocurrido lo mismo en el caso de la jurisprudencia del control de constitucionalidad de los decretos de excepción, en la que los intereses del Estado han sido prioritarios. Pero el nuevo constitucionalismo no ha permeado del todo a la rama judicial, y algunos jueces y tribunales permanecen en el espíritu autoritario y formalista de la Constitución del 86, tal como lo hacen los autores de derecho constitucional y los profesores de las facultades de derecho.

Otros tratan de dar marcha atrás y avalan la contrarreforma: El gobierno, afirmándose defensor de la Constitución, pero desconociéndola a través de las normas de excepción y el desmonte de algunas de las conquistas sociales de los colombianos, con la colaboración de las mayorías del Congreso; los tratadistas censurando el supuesto populismo de la nueva Carta por los derechos humanos y la democracia participativa.

Este es el contexto de luces y sombras de la nueva realidad normativa y política del país, en el cual la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana ha querido plantear un nuevo estadio en la reflexión sobre la eficacia de las normas internacionales de derechos humanos y derecho humanitario.

Queremos agradecer a todos los participantes que hicieron realidad el foro de discusión y estudio que dió origen a este tercer volumen de los "Espacios internacionales para la justicia colombiana". Igualmente queremos reconocer a Pan para el Mundo, KED, Catholic Relief Services y CUSO, quienes apoyaron una reflexión de tanta monta para la vida del país, y la publicación que hoy entregamos a nuestros lectores.

III SEMINARIO SOBRE LA EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO EN COLOMBIA

PALABRAS DE INSTALACION

*Gustavo Gallón Giraldo**

Hace tres años, cuando realizamos nuestro primer seminario, casi ningún juez en Colombia conocía la existencia de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, ni mucho menos los de derecho humanitario. Un estudio presentado a nuestras deliberaciones reveló que no más de tres sobre cien jueces penales del circuito de Bogotá dijeron tener idea al respecto, y ninguno los tenía en cuenta en sus fallos. El estudio fue elaborado por un destacado grupo de funcionarios judiciales, junto con nuestra entidad, y liderado por el magistrado Carlos Ernesto Valencia García, quien sería asesinado seis meses después, el 16 de agosto de 1989, en Bogotá. Su grato recuerdo permanece entre nosotros, plasmado en las preocupaciones del presente seminario, que concuerdan con las que tuvimos oportunidad de compartir, así como en la existencia de la Asociación de estudios socio jurídicos que lleva su nombre, la cual también nos acompaña en este evento.

En ese momento, tan cercano, casi que existía la prohibición de aplicar en Colombia el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario. Sin ir muy lejos, la Corte Suprema de Justicia se negó reiteradamente a declarar inconstitucionales decretos de estado de sitio abiertamente violatorios de convenios de la OIT. Pese a tratarse de compromisos internacionales ratificados por Colombia y convertidos en leyes nacionales, la Corte respaldó así la práctica gubernamental de ordenar la suspensión o cancelación de personerías jurídicas de los sindicatos cada

* Director de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana

vez que se anunciara un paro nacional. Sin vergüenza de ninguna especie, el entonces máximo tribunal de la rama judicial decía cosas como las siguientes:

> En los procesos de inexequibilidad la confrontación de las normas acusadas para calificar su validez solo puede ser hecha con las disposiciones de la Carta Constitucional y nunca con normas de derecho internacional, pues la infracción de éstas es extraña a la jurisdicción nacional de la Corte, plantea problemas interestatales, que escapan de su competencia, y no implican violación directa de la Constitución.

Citas como esta, que corresponde a una sentencia del 1o. de diciembre de 1988, suenan medievales hoy, si no bizantinas, para los oídos de muchos colombianos, jueces y legos. En un lapso muy breve parece como si en el país hubiéramos salido de un limbo jurídico, que no estaba causado tanto por la ausencia de normas, cuanto por el predominio de una concepción jurídica castigadora, formalista y excluyente, gráficamente resumida en el dicho popular según el cual "la ley y la justicia son para los de ruana". Se ha empezado a abrir paso la posibilidad, aún no consolidada, de que el derecho sea visto como lo que debe ser, es decir, como un conjunto de atributos, abierto por tanto a la vida y propiciador del desarrollo de las personas, más que como un receptáculo de normas, entendidas como cargas o dictados, que habría ante todo que saber violar porque constituyen una camisa de fuerza contraria a la expansión natural de la gente.

Esta nueva mentalidad que se vislumbra, garantista y respetuosa, y que hay que fortalecer incesantemente, fue plasmada en la Constitución de 1991. Quizá por ello la Carta tenga tantos enemigos, algunos agazapados y otros desembozados, que la consideran como un "desvarío jurídico". Y es entendible que, para quienes han estado acostumbrados a que solo algunos pocos tienen derechos, y el resto concesiones, resulte un desvarío jurídico por ejemplo la acción de tutela, con la cual se consagró en Colombia por fin la institución conocida como recurso de amparo en otros países, para preservar, de manera ágil, la vigencia de derechos básicos afectados por violación inminente. También es normal que se mire como un animal raro al Defensor del Pueblo, y que haya quienes tengan dificultad para diferenciarlo de un delegado del Procurador General de la Nación. Qué decir del derecho humanitario: quienes se han opuesto con éxito a la ratificación del Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra, que debería regular el comportamiento de los combatientes oficiales e insurgentes en un conflicto armado interno como el colombiano, no deben ver con buenos ojos que la Constitución haya ordenado respetar *en todo caso,* o sea aun sin la ratificación del Protocolo II, las reglas del derecho

internacional humanitario. Igualmente contundente es el artículo 93, conforme al cual *los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos (...), prevalecen en el orden interno*. Es decir, todo lo contrario de lo que la Corte sostuvo siempre.

Esas resistencias sociales, a veces auspiciadas por intereses poderosos pero incubadas con frecuencia también en atavismos y recelos del habitante común, tienen que ser vencidas para lograr el afianzamiento de esa concepción jurídica democrática que se insinúa. Pero ya es una realidad y un buen comienzo que los derechos humanos han adquirido legitimidad y se han vuelto un referente familiar entre muchos colombianos gracias al hecho de que la Constituyente decidió reconocer sin vacilaciones una amplia carta de derechos y rodearla de algunos mecanismos para garantizar su desarrollo, tales como la mencionada acción de tutela, la Defensoría del Pueblo, la vigencia del derecho internacional humanitario y la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos, temas sobre los cuales intentamos profundizar en este seminario.

Legitimar la preocupación por los derechos humanos no habría sido posible sin el concurso de muchas voluntades y acciones, entre las cuales fueron decisivas las del gobierno, los grupos insurgentes desmovilizados, lúcidos sectores del liberalismo y el conservatismo, los indígenas, los estudiantes promotores de la séptima papeleta y, especialmente, los organismos de derechos humanos, que desde una década antes venían planteando la convocatoria de una asamblea constituyente, urgiendo la adopción de garantías para tales derechos e ilustrando acerca de la posibilidad de adecuación de los mecanismos nacionales e internacionales en la materia. Al frente de los organismos de derechos humanos, una persona se destaca por su significativa contribución a este proceso, tanto en la proposición de iniciativas como en la capacidad de hacer converger tendencias disímiles en la movilización de opinión y en su actividad misma como miembro de la asamblea constituyente: el doctor Alfredo Vázquez Carrizosa, presidente del Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, quien nos honra con su presencia en este encuentro. Por esa significativa contribución, y en general por la valiosa dedicación que de su vida ha hecho el doctor Vázquez a la causa de los derechos humanos en Colombia, un destacado grupo de personas, al cual se une la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, ha postulado su nombre como candidato al premio Nobel de la Paz.

Gracias a avances como estos, hoy más gente puede reclamar legítimamente y en ocasiones obtener protección para sus derechos. No en todos los casos, desafortunadamente, se puede estar seguro de no ser perseguido por ello. Tal es la situación, por ejemplo del Comité de Derechos Humanos de

Barrancabermeja -CREDHOS- , al que en el último año y medio le han matado cuatro de sus colaboradores: José Humberto Hernández, el 29 de marzo de 1991; Blanca Cecilia Valero, saliendo de la oficina del Comité, el 29 de enero de 1992; Alvaro Bustos Castro, el 28 de febrero de este año; y Julio César Berrío hace apenas veinte días, el 22 de junio de 1992. Un Comandante de Policía declaró, pocas horas después de ese último asesinato, que la víctima era un guerrillero, lo cual, además de no ser cierto, compromete la responsabilidad de las Fuerzas Armadas en el hecho y estimula y respalda la persecución contra los sobrevivientes del Comité de Barranca. Hace ocho días se supo que habían llegado a ese puerto petrolero dos miembros de un organismo de seguridad encargados de dar muerte al presidente del Comité, doctor Jorge Gómez Lizarazo. Mientras las autoridades no esclarezcan estas graves violaciones, sancionando a los responsables y retirando del servicio a los funcionarios comprometidos en ellas, el Comité de Barrancabermeja está seriamente limitado en su actividad y expuesto a un grave peligro.

Un importante albergue campesino para refugiados, que funcionaba en esa misma localidad, tuvo que ser cerrado hace más de un mes debido a razones semejantes.

Lejos de divulgarse estas realidades, con frecuencia lo que se muestra a la opinión pública es una imagen falseada y negativa de los activistas de derechos humanos. Un periodista sin rostro publicó hace pocas semanas, en el diario de mayor circulación nacional, una increíble crónica sobre el municipio de El Carmen de Chucurí. En su artículo niega, contra toda evidencia, la existencia de grupos paramilitares en la región; además, invita a desconocer un auto de detención dictado por un juez contra personas presuntamente vinculadas a esos grupos, y descalifica, en fin, la actividad de las organizaciones de derechos humanos, a las cuales presenta como instrumentos de las guerrillas. La elaboración de informes y presentación de denuncias ante respetables organismos internacionales de derechos humanos es vista así como una actividad subversiva, contrariamente a lo que predica la nueva Constitución y a lo que ha pactado internacionalmente Colombia en los tratados de derechos humanos. Puede que aún no sea tarde para que el periódico asuma la responsabilidad de rectificar esa calumniosa crónica, que no sólo atenta contra la honra de los trabajadores de derechos humanos y la legitimidad de su labor nacional e internacional, sino contra su propia vida.

Patrocinar ese tipo de versiones equivocadas simplemente contribuye a estimular la continuación de la grave crisis de derechos humanos que desde hace muchos años vive el país, pero que se ha acentuado desde 1985 con un desconocimiento dramático del derecho a la vida. Si entonces el total de homicidios al año era de 16.000, hoy es de 26.000. De ese total,

aproximadamente el 15% responde a motivaciones ideológicas o políticas. Alrededor de 3.600 personas están muriendo al año por estas causas, lo que significa que en promedio diez colombianos están perdiendo su vida cada día debido a intolerancia política: cuatro de ellos aparecen como muertos en combate, hay un desaparecido cada dos días, un muerto también día de por medio en operaciones de limpieza social (contra mendigos, prostitutas, homosexuales y presuntos delincuentes), y cinco personas más son asesinadas individual o colectivamente en represalia por sus actividades gremiales, sociales o políticas. En esas condiciones fueron asesinados, por ejemplo, la semana pasada, el 9 de julio, dos dirigentes del sindicato de cementos Nare: su vicepresidente, Fabio Giraldo Gil, y Albeiro Rúa.

Este promedio de diez personas muertas diariamente por razones real o presuntamente políticas se ha mantenido así, con ligeras oscilaciones, desde 1988. Entre 1985 y 1988, el promedio era un poco menor, pues llegaba a la mitad, pero el fenómeno era igualmente grave. Son ya siete años y medio continuos en que los colombianos estamos padeciendo una verdadera masacre cada día. Contrariamente a lo que a veces se cree, menos del uno por ciento de estas muertes (el 0.2%) ha sido autoría de narcotraficantes; casi el diez por ciento (9.8%) se atribuyen a agentes estatales, cerca del catorce por ciento (13.8%) a grupos paramilitares, y algo más del dieciocho por ciento (18.4%) a las guerrillas. Más de la mitad restante (57.8%) corresponde a autor indeterminado.

Como si ello fuera poco, el desplazamiento interno de la población civil en busca de protección por causa del conflicto armado agrava el panorama de derechos humanos en Colombia. Profundizaremos en este problema en este evento. Aunque se carece de estadísticas específicas, la Fundación CEDAVIDA calcula que en Colombia hay cerca de treinta mil familias desplazadas, muchas de las cuales viven en condiciones de pobreza absoluta, concentradas en barrios de invasión de las cabeceras municipales, hacinadas en tugurios.

Sólo en el casco urbano de la ciudad de Montería, capital del departamento de Córdoba, existen veintitres barrios subnormales con una población aproximada de 100.000 habitantes, de los cuales se estima que la mitad han abandonado sus hogares en razón de desastres naturales, dificultades económicas y violencia presentada en la región. El departamento del Putumayo, en la frontera colombo-ecuatoriana, es otra zona de desplazados de la violencia, principalmente a causa del exterminio de los militantes de los partidos políticos de oposición -como la Unión Patriótica- y de la realización de operativos militares antinarcóticos. En el departamento del Meta, el asesinato selectivo de dirigentes populares y las masacres indiscriminadas contra la población civil provocaron el abandono de cerca del cuarenta por ciento de los habitantes del municipio de Vistahermosa.

Igualmente, en otras zonas de conflicto armado y de constantes violaciones de derechos humanos, como el Magdalena medio santanderano y el Urabá antioqueño, la magnitud del problema de los desplazados es preocupante.

La grave y persistente violación de derechos humanos en nuestro país ha llevado a diversos organismos relacionados con este tema a buscar en la comunidad internacional un refuerzo de los trabajos que se realizan en el plano nacional. Se ha logrado con ello el interés creciente, pero todavía insuficiente, de Naciones Unidas. Su Relator sobre ejecuciones arbitrarias visitó al país en 1989, y un año antes lo hizo el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas. Ambos rindieron importantes informes de su visita y juiciosas recomendaciones, algunas de las cuales todavía están pendientes de cumplirse. Entre ellas, cabe recordar el llamado que el primero hizo al gobierno colombiano para retirar del servicio, por decisión presidencial, a los funcionarios estatales notoriamente comprometidos en violaciones. El Grupo de trabajo, a su turno, también llamó la atención acerca del peligro que para el disfrute de los derechos humanos representan las restricciones al habeas corpus y las atribuciones excesivas otorgadas a miembros de los organismos de seguridad por disposiciones de estado de sitio, varias de las cuales han sido convertidas en legislación permanente.

El interés de Naciones Unidas por Colombia también se ha expresado en los servicios de asesoramiento que el gobierno ha recibido de esa organización en los últimos años, y en los informes generales de los relatores temáticos en los que la mención del problema colombiano es cada vez más frecuente y detallada. Pero hace falta sin embargo que la propia Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas preste una atención directa y decidida al caso colombiano. Queremos reflexionar sobre estas y otras posibilidades en nuestro seminario, especialmente en el primer día, en el cual también analizaremos los alcances del recientemente creado Grupo de trabajo sobre detenciones arbitrarias y el importante tema de los derechos del niño.

Además de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está cada vez más preocupada por la situación colombiana. De 1988 a hoy ha expedido ya cinco resoluciones declarando la responsabilidad del Estado colombiano por violaciones de derechos humanos. Entre ellas se encuentran las causadas contra dos defensores de derechos humanos: Martín Calderón Jurado, abogado del Comité de Derechos Humanos de García Rovira, asesinado el 8 de octubre de 1988; y Alirio Pedraza Becerra, abogado del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, desaparecido en Suba el 4 de julio de 1990. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos efectuó además una visita formal a nuestro país el pasado mes de mayo, durante la cual se entrevistó con allegados a las víctimas, organizaciones de derechos humanos y autoridades estatales. Su

informe sobre Colombia deberá ser considerado en el próximo mes de octubre. Acerca de las posibilidades de contribución del sistema interamericano de derechos humanos con los colombianos tendremos también aquí oportunidad de intercambiar ideas.

Asimismo, abordaremos el tema de las posibilidades que ofrece la Organización Internacional del Trabajo -OIT- para el mejoramiento de la situación de derechos humanos en Colombia. Muchas de las violaciones al derecho a la vida tienen su causa en la privación efectiva de derechos económicos, sociales y culturales. No es gratuito que el mayor número de víctimas asesinadas en estos últimos años hayan sido trabajadores, campesinos e indígenas. La situación puede resultar mucho más seria en el futuro cercano como consecuencia de la aplicación que en Colombia, al igual que en otros países, pretende hacerse de una política económica neoliberal. Ya en Venezuela se han sentido con fuerza los negativos efectos sociales de la privatización y la desrregulación de la economía a ultranza. Colombia no tardará, desafortunadamente, en mostrar preocupantes síntomas de agravamiento de la condición de vida de los sectores más pobres. La OIT ha producido numerosas decisiones en relación con nuestro país, en las cuales se reclama la necesidad de dar cumplimiento a obligaciones contraídas internacionalmente por Colombia en relación con libertad sindical, trabajo forzoso y garantías laborales. Tendremos oportunidad en estas jornadas de conocer algunas de esas decisiones y explorar qué otros espacios en materia de derechos humanos existen para los colombianos en la OIT.

Si hemos hecho avances relativos en el reconocimiento nacional de la importancia de los derechos humanos y en lograr captar de alguna manera la atención internacional de Naciones Unidas, de la Comisión Interamericana y de la OIT respecto a nuestras dificultades en esa materia, todavía es mucho el terreno que nos queda por recorrer para obtener una plena utilización de los mecanismos internacionales que permitan poner fin al enfrentamiento bélico en el país. Entre el conflicto armado y la violación de los derechos humanos existe una especie de círculo vicioso. La guerra es fuente de violaciones; pero la persistencia de éstas dificulta la terminación de aquella. Tal círculo vicioso necesita romperse, y una forma adecuada de hacerlo sería a través de un mejoramiento sustancial de la situación de derechos humanos.

Con justa razón, el gobierno ha exigido reiteradamente a las guerrillas la manifestación de una voluntad inequívoca de paz como condición para negociar. Pero el gobierno debería también dar muestras inequívocas de esa voluntad. Es difícil percibirla cuando existe una altísima impunidad en relación con la violencia en general y con la violación de derechos humanos en particular. Igualmente grave puede ser el hecho de que el gobierno haya presentado a consideración del Congreso un proyecto de ley reglamentario

de los estados de excepción que contempla el juzgamiento de civiles por la justicia penal militar y por funcionarios administrativos, la censura de prensa, la captura y el allanamiento sin orden judicial por disposición de un simple comandante de policía, y el destierro interno. La reciente y discutible declaratoria del estado de conmoción interior, la del estado de emergencia en febrero pasado y la vigencia permanente de la legislación transitoria de estado de sitio aprobada por el Congresito en 1991 hacen temer que, pese a los avances innegables de la nueva Constitución en materia de reconocimiento de derechos, continuemos regidos en el futuro por estatutos de seguridad semejantes a los del oscuro pasado.

Una voluntad inequívoca de paz de parte del gobierno implicaría reconocer la gravedad de la situación de derechos humanos y adoptar medidas realmente enderezadas a ponerle término, entre las cuales pueden mencionarse por lo menos tres:

1) Se ha sugerido conformar un "Grupo de trabajo para el esclarecimiento y reparación de graves hechos de violencia", encargado durante seis meses de allegar y evaluar información sobre tales hechos, alimentar con ella y supervisar los procesos judiciales, e identificar las necesidades de reparación económica y social correspondientes. Sus funciones no serían judiciales, ni su existencia implicaría alteración de los procedimientos ordinarios, pero estaría ligado activamente a los procesos judiciales por conducto del Ministerio Público, y sería de esa forma un potente dinamizador de la labor judicial. No es un mecanismo costoso, pues lejos de significar la creación de cargos nuevos, lo que requiere es conectar y poner en relación funciones ya existentes en la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría, la Fiscalía, las Consejerías Presidenciales y las organizaciones sociales. El gobierno está en mora de dar siquiera una respuesta a esta propuesta, contenida en el informe de la Comisión para la Superación de la Violencia, titulado *Pacificar la paz.*

2) El gobierno podría potenciar los servicios de asesoramiento recibidos del Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Un asesoramiento más integral sería factible a través de la designación de un experto permanente de la ONU que colabore con las autoridades y la sociedad colombianas en el mejoramiento sustancial de la situación de derechos humanos y que rinda informe al respecto ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Ello permitiría a los colombianos ubicar aspectos por tratar y fortalecería, con el apoyo internacional, la voluntad política de hacerlo.

Una versión aún más avanzada de ese asesoramiento sería la aceptación de una misión permanente de Naciones Unidas, con atribuciones para velar por la protección de derechos humanos y el respeto al derecho humanitario. En El Salvador dicha misión fue acordada en virtud del pacto celebrado

entre la guerrilla y el gobierno en julio de 1990. Su labor fue decisiva para acercar a las partes enfrentadas y encaminarlas en la ruta de un acuerdo de paz, como lo veremos en este seminario.

3) Un paso más decidido todavía sería la aceptación de una mediación internacional, semejante a la que se dio también en El Salvador por conducto del Secretario General de Naciones Unidas. La posición del gobierno colombiano al respecto ha sido la de que está dispuesto a aceptar una veeduría internacional para que supervise el cumplimiento de los acuerdos de paz una vez que se realicen. Por la misma razón, no aceptaría intervención internacional antes de concretar los acuerdos porque el observador externo no tendría nada qué verificar.

Aunque en apariencia es lógica, esta posición pasa por alto el hecho de que es necesario dar un impulso grande a los acuerdos y no esperar a que se produzcan cuando la guerrilla se convenza de ello debido a su desgaste o a su derrota militar. La mejor prueba de la voluntad inequívoca de paz del gobierno sería aceptar esa mediación internacional. Pero el mayor obstáculo para ello es que teme que así la guerrilla adquiera protagonismo en el exterior y obtenga reconocimiento de status de beligerancia.

Correspondería a la sociedad convencer a las autoridades de que este status de depende de la capacidad que el gobierno tenga para asegurar un control territorial relativo, y no de la solicitud gubernamental de ayuda a la comunidad internacional. Y correspondería a la sociedad también hacer ver a las fuerzas guerrilleras que la persistencia en la lucha armada acarrea, cada día en mayor medida, efectos negativos para el disfrute de los derechos humanos en Colombia; que en la medida en que se ahonde la crisis de derechos humanos será cada vez más difícil lograr una paz negociada y una efectiva reconciliación en el país; y que en esa misma medida se alejan también las posibilidades de erigir cualquier régimen con mayor legitimidad que el actual.

Así como parece que hubiéramos empezado a salir del limbo jurídico con la aceptación de la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno, valdría la pena considerar seriamente la posibilidad de salir del limbo de la guerra con la aceptación de la ayuda internacional para resolver la crisis de derechos humanos y acercar a los combatientes a una solución pacífica.

Discutir con altura y en un ambiente respetuoso estos y otros aspectos es la invitación que queremos hacer a los participantes en nuestro seminario: tanto a los representantes del Estado como a los de las organizaciones sociales, a los estudiantes y a los académicos, a los colombianos en general, y a los expositores extranjeros, a quienes agradecemos el haber venido a compartir con nosotros estas preocupaciones. Queremos saber, en síntesis, así como lo hemos pretendido en nuestros dos anteriores seminarios, para

qué pueden ser útiles a los colombianos, y para qué no, los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario.

SALUDO AL EVENTO

*Julio Roballo Lozano**

En nombre de la Escuela Superior de Administración Pública, de sus directivos, funcionarios, catedráticos, investigadores y estudiantes, doy la bienvenida a los participantes en el Tercer seminario sobre la eficacia de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derechos humanitario en Colombia.

Mi saludo se dirige, con especial cordialidad, a los distinguidos expositores nacionales y extranjeros que tendrán a su cargo las ponencias programadas por los organizadores de estas jornadas académicas. Para nuestra Casa de Estudios es muy grato y honroso tenerlos como huéspedes durante estos cuatro días, que consagrarán a la reflexión, el análisis y el debate de temas relacionados con la aplicación y el alcance de los tratados suscritos por la comunidad internacional para proteger los "derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Como centro de educación superior y por su específica naturaleza de Universidad del Estado, la Escuela tiene una vocación académica especial por el estudio de todos aquellos valores, principios, normas, procedimientos, vivencias, actitudes y conductas que atañen a la defensa de la dignidad humana y al reconocimiento de los derechos inviolables en ella fundamentados. Por algo decía nuestro fundador, el doctor Guillermo Nannetti, que "el fin último de la administración es asegurar la plenitud de los derechos humanos". El Estado, el gobierno y el aparato administrativo son legítimos, justos y eficaces en la medida en que de modo efectivo reconocen, protegen y garantizan los bienes jurídicos esenciales de las personas, los

* Director General de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP.

cuales constituyen el fundamento mismo de la vida civilizada y de la ordenación racional de la sociedad.

Buena muestra de la importancia que otorga a esos derechos esta Alma Mater, es el hecho de que desde julio de 1990 haya comenzado a funcionar dentro de nuestra estructura orgánica el Instituto de Derechos Humanos "Guillermo Cano", creado por el Decreto 674 de 1987, el cual añade a sus funciones de difusión e investigación, un programa permanente de cursos, seminarios, foros y conferencias sobre los derechos humanos. Las actividades del nuevo instituto de la ESAP se enmarcan dentro del propósito gubernamental de defensa de los derechos humanos, uno de cuyos puntales se halla constituido por los programas de formación y capacitación en la materia, dirigido a los servidores del Estado, y en especial a los miembros de la fuerza pública, del Ministerio Público y de los cuerpos de policía judicial.

La Escuela Superior de Administración Pública tiene una viva y clara conciencia de la importancia que ostentan los derechos humanos para responder con eficacia a los desafíos que hoy plantean al Estado la búsqueda de la reconciliación nacional, el logro cabal de la justicia y el establecimiento de la paz estable y duradera. Por ello nos complace tenerlos hoy con nosotros, aunados en el propósito común de buscar un acatamiento más pleno y fiel de las normas internacionales que reconocen y tutelan los derechos proclamados por la Declaración Universal de 1948, y por los instrumentos en los cuales se desarrollan y concretan sus nobles enunciados.

SALUDO AL EVENTO

*Jorge Orlando Melo**

Es para mi muy placentero volver después de año y medio a la instalación de uno de estos eventos que ha contribuido tanto en el país en los últimos años al desarrollo de una conciencia cada vez mas clara sobre la importancia de los instrumentos y organismos internacionales de protección de los derechos humanos, y del derecho internacional humanitario.

Hace dos años en la instalación protocolaria de este evento expresé la voluntad que teníamos de concretar la visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al país, lo cual finalmente se logró este año. En ese momento tal vez habría sido difícil pensar que en un plazo tan breve serían realizados los cambios institucionales, constitucionales y en el clima general de opinión en relación con estos aspectos.

En relación con la Constitución, creo que si no tenemos una posición absolutamente maximalista tenemos que sentirnos bastante satisfechos con ella, así como con el esfuerzo que se ha desarrollado para que sus normas empiecen a actuar. También creo que el desarrollo concreto de la institución de la tutela mostrará que la Constitución no se ha quedado en letra muerta. Además será muy interesante el debate que se pueda dar aquí sobre los procesos específicos y las decisiones concretas que ha tomado la Corte hasta este momento, las cuales han asumido los jueces abriendo mecanismos legales de protección a áreas impensadas hace años.

En relación con el derecho internacional humanitario, la situación ha sido un poco más compleja en términos formales, aunque creo que también

---

* Consejero presidencial para la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, hasta principios de 1993.

se han hecho avances serios en el terreno de su respeto real, sobre todo, por parte de las instituciones estatales. En tal sentido, fue un importantísimo avance que la Constitución señalara su vigencia en todos los casos, y el gobierno así lo entiende. Esto es algo que ha tenido impacto y que se expresa de alguna manera en el comportamiento real de las instituciones estatales. Ha habido un problema de orden, más bien de contexto y de oportunidad, en relación con la aprobación del Protocolo II, pero mi posición, que pienso es compartida en general por el gobierno, es que las normas incluidas en ese protocolo están vigentes, y que la acción del gobierno colombiano, la que realiza, por ejemplo, el Ejército en la represión de la guerrilla, debe estar sometida a los mismos principios y contenidos, los cuales eventualmente estarían formalizados con la aprobación del Protocolo II, pues ya las normas internas colombianas consagran su vigencia dentro del país, a través de la norma constitucional y de algunas normas legales.

Desafortunadamente de alguna manera se politizó excesivamente la discusión del problema del Protocolo II, pues se convenció al país y a muchos sectores del Estado, en buena parte por la acción de algunas personas que apoyaban la aprobación de estas normas, de algo completamente equivocado: que la aprobación del protocolo II implica un reconocimiento político adicional al que actualmente le da el Estado colombiano a la insurgencia guerrillera. En un contexto político bastante complejo en el cual hemos enfrentado crisis de muchos estilos en el desarrollo institucional, eso ha dificultado mucho la toma de una decisión definitiva en cuanto a la oportunidad de la presentación al Congreso de la República de este protocolo.

Pienso, y aquí me separo un poco del análisis de Gustavo Gallón, que también la realidad ha cambiado; que la persistencia del nivel general de violencia no ha permitido que se perciba la real disminución en las violaciones de derechos humanos con participación de agentes del Estado, y también la disminución bastante fuerte en aquellas que por el perfil de la víctima o por sus actividades se pueden percibir como políticas.

Yo no comparto las cifras de Gustavo Gallón; creo que corresponden a la prolongación de un modelo de análisis que tenía validez hace dos o tres años, y no dan cuenta de nuevas categorías para definir cuáles son los delitos políticos. Creo que lo que está ocurriendo es algo completamente diferente; no voy a poner sino un simple ejemplo: En el día de ayer escuchamos en la Uribe durante dos o tres horas las denuncias de la comunidad por acciones del Ejército que violaban los derechos campesinos, por lo que se llamó bombardeos y ametrallamientos indiscriminados contra la población civil en el marco de la más intensa acción militar hecha contra la guerrilla en el último año y medio; pero a pesar de eso práctica-

mente todas las quejas tuvieron que ver con daños materiales y no con víctimas civiles. Aunque esto minimiza algunos aspectos irregulares que se pueden haber presentado en la zona, basta pensar en el mayor costo que tuvieron operativos mucho menores en otras áreas del territorio colombiano como el Magdalena Medio, hace poco más de dos años. Creo que ha cambiado la actitud y que ese cambio es importante, sobre todo si pensamos que en este momento, probablemente no por voluntad del gobierno sino por la estrategia de la guerrilla, que en este sentido parece bastante compleja e indescifrable, es probable que no tengamos una negociación exitosa a plazo muy corto, e incluso que tengamos un incremento en la actividad militar de la guerrilla que lleve y haga necesario un incremento en la respuesta del Estado.

A pesar de ello, pienso que el hecho de que la acción directa del Ejército se esté realizando dentro de un marco mucho más respetuoso de la ley, hace que lo verdaderamente grave y lo preocupante en este momento esté por otro lado, en el cual se empieza a generar de nuevo un clima que hace aparecer la acción legítima de orden político, social o sindical ante los grupos directivos de la opinión y los sectores dominantes en el orden social o político, como una acción que está necesariamente vinculada a la guerrilla y que es una especie de protección o mandato que se cumple a nombre de ésta. Esto, por supuesto, afecta en primer lugar a los grupos que realizan actividades de defensa y protección de los derechos humanos, e incluso a las instituciones estatales que no escapan a estos esfuerzos, tales como la misma Defensoría del Pueblo, que figuró como una entidad que estaba para obedecer las órdenes de la guerrilla.

Frente a quienes tratan de obstaculizar o condenar la defensa de los derechos humanos a causa del enfrentamiento guerrillero, hay que insistir en que precisamente cuando hay riesgos de incremento de la acción militar, es necesario reforzar y extremar los mecanismos de protección y reforzar la vigilancia del Estado, el cual no puede ceder a la tentación de ver la defensa de los derechos humanos realizada desde instituciones públicas o de instituciones privadas como algo ilegal, estimulado por la guerrilla, y con el objetivo de crear obstáculos a la acción legítima de las Fuerzas Armadas. A veces, evidentemente, funcionarios u organismos del Estado reaccionan con irritación y desplantes ante estos grupos, pero creo que es importantísimo lograr un clima en el cual el Estado no dé ningún apoyo a quienes estén tratando de volver a la situación vivida a mediados de la década del 80' según la cual, la acusación de guerrillero o de paramilitar se convierte en una acusación con un alto riesgo personal. Detrás de los esfuerzos de estos grupos de opinión que están tratando de polarizar la percepción de los derechos humanos, está en primer lugar la sensación de que el Estado colombiano ha hecho demasiadas concesiones en relación

con los derechos humanos. Creo que ello no ha sido así y que tenemos que seguir actuando dentro de la misma dirección en que hemos actuado, pero reconociendo el contexto político anotado, que desnaturaliza a veces propuestas formalmente correctas, bien intencionadas, que pueden provocar una reacción negativa dentro de un país que el gobierno no controla, porque su función no es la de reemplazar una sociedad civil que en Colombia es muy activa y organizada, pero desafortunadamente no muy progresista en algunos aspectos.

El otro supuesto grave es que no es posible hacer una acción adecuada contra la guerrilla sin violar los derechos humanos; o que no se pueden proteger los derechos de los propietarios de determinadas zonas frente al secuestro y al "boleteo", sino es superando la acción del Estado, que se ve como tímida e ineficiente, mediante acciones que obviamente caerían dentro de un terreno ilegal.

El presidente fue muy claro en señalar en su discurso de instalación del Congreso, que esta actitud, más que apoyar al Estado, representa desprecio o condena a las Fuerzas Armadas.

En el plazo inmediato es un peligro que nos volvamos a polarizar dentro de la idea de que la defensa de los derechos humanos es un acto de apoyo a la subversión. De otra parte, existen algunos sitios en los que se favorece una acción de arrazamiento de la guerrilla, pero en realidad en los niveles fundamentales del Estado ha ido desapareciendo esta tendencia, aunque ella puede volverse a reactivar por obra de algunos grupos.

Quiero aprovechar precisamente esta ocasión para señalar mi complacencia, como lo manifesté desde el día que se hizo la primera actividad colombiana en esta dirección, por la candidatura del doctor Alfredo Vásquez Carrizosa al premio Nobel de la paz. Creo que esto, independientemente del reconocimiento a sus méritos personales, representa un reconocimiento a los grupos de derechos humanos que actúan en Colombia, y también un apoyo a su creciente legitimación, así como a la institucionalización colombiana. Esto es muy importante, y por eso me siento muy complacido por esta proclamación que espero sea reconocida universalmente.

Muchos de los aspectos que se discutirán en este evento, serán útiles para la acción misma del Estado; y muchos de ellos obviamente estarán también sujetos a la controversia, pero en todo caso sé que estamos estamos trabajando en la dirección adecuada, y en consecuencia debemos reforzar los esfuerzos actuales.

APLICACION ACTUAL DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO

Mario Madrid-Malo Garizábal[*]

Entre los principios fundamentales que recoge la Constitución proclamada el 4 de julio de 1991 se halla el consagrado en su artículo 9º, a cuyo tenor las relaciones exteriores del Estado se "fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia". De tales principios hace parte el expresado con la fórmula *pacta sunt servanda*, que recoge el artículo 26 de la Convención de Viena al disponer: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Centenares de libros se han escrito para explicar y justificar este principio de la fuerza obligatoria de los tratados, sin cuya aceptación como postulado exiomático se harían del todo imposibles las relaciones internacionales. Los tratados jurídicamente perfeccionados establecen una regla imperativa de conducta para el Estado signatario, que vincula a todos sus órganos constituidos, aun el judicial, y que hace ineludible su aplicación leal por las autoridades nacionales.

En sus informes acerca de la incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos en el orden interno y la exigibilidad de dichas normas ante los tribunales nacionales, Colombia ha sido enfática en manifestar que los dos Pactos de Nueva York, aprobados por la Ley 74 de

---

[*] Director del Instituto de Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP.

1968, y la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José", aprobada por la Ley 16 de 1972, no sólo forman parte de la legislación interna colombiana, sino que "suplen cualquier vacío o deficiencia en materia de reconocimiento de derechos humanos que pueda existir en el resto de la legislación vigente"[1]. Con declaraciones como la que acabo de citar, nuestro país reconoce que la vigencia de esos instrumentos como normas jurídicas obligatorias queda garantizada por su incorporación a la normatividad nacional, y que dichos tratados pueden invocarse directamente ante las autoridades colombianas. En lo que se refiere a los documentos de cancillería, es clarísimo el valor que Colombia otorga a los ya citados pactos. Pero, ¿coinciden tan solemnes y rotundas afirmaciones con el cumplimiento práctico que por el Estado colombiano se da a sus obligaciones con respecto a las normas contenidas en ellos?

Es bien cierto que el deber estatal de respetar los derechos humanos y de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción el pleno y libre ejercicio de ellos, no puede considerarse sólo como una obligación impuesta por normas de carácter convencional, sino como un imperativo jurídico general, planteado por un ordenamiento ecuménico cuya jerarquía es superior a la de las leyes internas de los Estados y a la de los tratados multilaterales sobre los derechos de la persona. La propia Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados miembros obligaciones jurídicas concretas en relación con los derechos humanos. Como lo advierte un jurista español, los miembros de la ONU "tienen el deber jurídico de actuar de conformidad con los propósitos de la Organización y, por consiguiente, están jurídicamente obligados a respetar y a observar los derechos y libertades fundamentales y a evitar toda discriminación"[2].

Sin embargo, el esfuerzo de la comunidad de las naciones por promover universalmente el respeto efectivo de los derechos *iguales e inalienables* de todos los miembros del género humano, tiene en nuestro tiempo su más realista y elaborada expresión en los acuerdos de voluntades regidos por el derecho internacional. Los instrumentos que conforman el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los conflictos armados, hacen patente la voluntad supranacional de proteger los bienes jurídicos esenciales del hombre a través de normas vinculantes y preceptivas cuyo cumplimiento es imperativamente exigido en virtud del principio *pacta sunt servanda*, y cuya inobservancia culpable genera responsabilidad para el Estado infractor.

---

[1] CCPR/C/1/ Add. 50 (1979), párr. 3. Citado por O'DONNELL, DANIEL en *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, pág. 43.

[2] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO. *El derecho internacional contemporáneo* , Ed. Tecnos, Madrid, 1980, pág. 209.

Hoy, cuando se aproximan al centenar los instrumentos de alcance universal y regional sobre uno y otro ordenamiento, cabe preguntarse cómo se aplican sus estipulaciones y cuáles son las reales consecuencias de la transgresión de éstas. Piensan algunos que la eficacia de esos tratados, pactos, convenciones y protocolos es puramente simbólica, porque su recepción formal en los ordenamientos nacionales no ha servido para limitar efectivamente el ejercicio de las competencias estatales, ni para asegurar el sometimiento democrático del poder al derecho, ni para humanizar los conflictos armados o atemperar su potencia devastadora. Antes de tildar de cínicos o de pesimistas a quienes así razonan, vale la pena considerar, en el contexto de nuestro *hic et nuc*, si hay una correspondencia exacta y una plena armonía entre la acogida formal que las autoridades colombianas dan a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho humanitario, y la protección real que esos derechos reciben dentro de nuestra situación concreta de violencia proteica y conflicto armado.

Transcurrido un año desde la proclamación de la nueva Carta Política, es desconsolador comprobar la persistencia de lo que el doctor Gallón Giraldo describe como "una especie de tecnología jurídica"[3], mediante la cual logra impedirse que la normatividad internacional se transforme en "derecho auténtico" dentro de la vida colombiana.

Para ilustrar esa dramática persistencia basta un ejemplo. En fallo de 12 de septiembre de 1991 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia aún insistía en su tesis de que

> en los procesos de inexequibilidad la confrontación de las normas acusadas (...) sólo puede ser hecha con las disposiciones de la Carta constitucional y nunca con normas de derecho internacional, pues la infracción de ésta es extraña a la jurisdicción nacional de la Corte, plantea problemas interestatales que escapan de su competencia y no implican violación directa de la Constitución [4].

No es fácil comprender cómo bajo el imperio del artículo 93 de la Constitución de 1991, que reconoce expresamente la prevalencia de los tratados internacionales en el orden interno, todavía siga la jurisprudencia colombiana sosteniendo impávidamente que una norma legal no puede ser declarada inconstitucional por resultar violatoria de estipulaciones de derecho internacional incorporadas a nuestra normatividad interna. Aun

---

[3] GALLÓN GIRALDO, GUSTAVO. "Derecho internacional de los derechos humanos y derecho interno colombiano", en *Guerra y Constituyente*, Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombiana, Bogotá, 1991, pág. 102.

[4] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, sentencia del 12 de septiembre de 1991.

reconociendo, con la sentencia del 12 de septiembre, que la Constitución de 1991 "no eleva las leyes aprobatorias de tratados a rango constitucional", hoy debe aceptarse la jerarquía supralegal de los tratados sobre derechos humanos y admitirse que su violación por leyes comunes implica el quebrantamiento de la preceptiva constitucional. De lo contrario no se estaría dando cumplimiento al artículo 93 de la Constitución, que hace parte de las normas sobre protección y aplicación de esos derechos.

De otro lado, el alto número de víctimas civiles producidas durante los últimos años por el enfrentamiento entre la fuerza pública y los grupos alzados en armas, hace inevitable preguntar cuál es la aplicación real que tienen en nuestro país las normas internacionales destinadas a proteger a la población civil no combatiente. Según las estadísticas de *Justicia y Paz* recogidas por el doctor Alejandro Valencia Villa en su reciente libro sobre la humanización de la guerra, entre enero de 1988 y marzo de 1991 el conflicto armado que se desarrolla en territorio colombiano costó la vida a 3.547 personas, de las cuales 386 -esto es, el 11%- eran civiles[5]. Hace pocos días se publicaron en un diario bogotano las cifras de los militares, policías y guerrilleros que perdieron la vida como resultado de enfrentamientos ocurridos durante el primer semestre de 1992: en 180 días de conflicto perecieron 240 miembros de la fuerza pública y 440 integrantes de la guerrilla. Se afirma en el mismo periódico que a lo largo del semestre cayó un hombre de la fuerza pública cada 20 horas, y un hombre de la guerrilla cada 10 horas[6]; sin embargo, en el informe de prensa no hay datos detallados sobre las víctimas civiles de esos seis meses de guerra. Apenas se habla vagamente de que "este año la guerrilla ha asesinado a 77 personas ajenas a los choques". Contrasta la precisión de las cifras sobre bajas entre los combatientes con la insuficiencia de las que se refieren a las muertes de personas de condición civil. Parece que los muertos civiles causados por el conflicto no merecen ni el honor de la estadística, pero todos sabemos que su número sigue siendo impresionante.

Es de recordar que aun sin haber adherido la República de Colombia al Protocolo II de Ginebra, en nuestro derecho interno rige desde 1962 el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, norma en virtud de la cual "cada una de las partes contendientes" tiene la obligación de observar, con respecto a quienes no participan directamente en las hostilidades, un conjunto de prohibiciones humanitarias cuya finalidad es proteger a las personas contra los atentados a la vida y la integridad corporal, la toma de rehenes y otras acciones criminales y bárbaras. ¿Se está

---

[5] Cfr. VALENCIA VILLA, ALEJANDRO. *La humanización de la guerra*, Ed. Tercer Mundo, Bogotá, 1991, pág. 47.

[6] Véase *El Tiempo*, lunes 29 de junio de 1992, pág. 3-A.

aplicando en su integridad ese artículo 3º por los bandos que contienden en nuestro país, o -por el contrario- pertenece dicha norma al catálogo triste de las disposiciones condenadas a una vigencia sin acatamiento?

Los artículos 93 y 214 de la Constitución consagran en forma expresa la prevalencia del derecho internacional humanitario en el orden interno y su aplicación obligatoria en todo caso de conflicto armado. La observancia del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra es para el Estado colombiano una exigencia imperativa e ineludible de su propio ordenamiento fundamental. Tal observancia no tiene el carácter discrecional y optativo, sino forzoso.

Resulta conveniente anotar, además, que la aplicación del artículo 3º común por las autoridades colombianas no está sometida al principio de la reciprocidad; por lo tanto, el hecho de que la guerrilla, como parte contendiente, no observe los mandatos que ese artículo impone a todas las partes enfrentadas en un conflicto, jamás podrá invocarse ni alegarse por el Estado colombiano para abstenerse de aplicar las disposiciones de dicha norma. Sería no sólo antijurídico, sino manifiestamente inmoral, el que Colombia condicionara el cumplimiento de una estipulación de derecho humanitario a la conducta del enemigo. De hacer tal cosa el Estado estaría asumiendo un comportamiento lesivo del orden jurídico internacional y abiertamente violatorio de su propia Ley Fundamental.

Se ha debatido mucho sobre si Colombia debe o no hacerse parte del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. El debate ganaría claridad si en la cátedra universitaria, en las columnas de prensa y aun en ciertos despachos oficiales no se mantuviera el equivocado criterio según el cual la aplicación de dicho Protocolo implica el reconocimiento del "status de beligerancia" a los grupos guerrilleros.

En múltiples ocasiones ha tenido quien habla la oportunidad de aclarar, ante auditorios civiles y militares, que una cosa es ser sujeto de derecho humanitario y otra bien distinta adquirir el carácter de "comunidad beligerante". Vano empeño; entre la oficialidad de nuestras fuerzas militares y aun en algunos medios de prensa siguen imperando los criterios que en 1977 expuso el Ministerio de Defensa para desaconsejar la firma del Protocolo II de Ginebra por parte de la delegación colombiana que asistía a la Conferencia Diplomática de ese año.

Frente a una obcecación tal debe reiterarse:

1. Que el otorgamiento de beligerancia es una práctica del derecho consuetudinario internacional sobre el reconocimiento de gobiernos, ajena, por lo tanto, al derecho de Ginebra.

2. Que, con arreglo a la doctrina internacional, las condiciones para ser reconocido como beligerante son distintas a las que el Protocolo II señala para hacerse destinatario de los derechos y deberes consagrados en él.

3. Que la aplicación del Protocolo II no afecta la exclusividad, autonomía y plenitud de la competencia soberana del Estado, ni altera sus atribuciones en materia de seguridad nacional, defensa y orden público.

4. Que ninguna estipulación del Protocolo II autoriza intervenciones, ingerencias o intromisiones de otros sujetos de derecho internacional en los asuntos internos del Estado en cuyo territorio tiene lugar el conflicto, de manera que ese instrumento no vulnera ni pone en peligro el derecho a la autodeterminación de los países que son parte de él.

Con todo, más urgente y necesaria que la adhesión formal de Colombia al Protocolo II, es la adopción de políticas que hagan patente la firme voluntad del Estado de aplicar los principios y las normas internacionales cuya finalidad es hacer el conflicto armado menos cruel e inhumano, dar la debida protección a los civiles afectados por el enfrentamiento, y garantizar el respeto efectivo de los derechos fundamentales aun en aquellos casos en que es legítimo el uso de la fuerza. Incluso en el marco de una contienda bélica los derechos humanos deben estar protegidos por un régimen de derecho que libere al hombre de la arbitrariedad, la violencia ciega y el terror.

La nueva Constitución reconoce expresamente "la primacía de los derechos inalienables de la persona" (art. 5º) y señala como uno de los fines esenciales del Estado garantizar la efectividad de esos derechos (art. 2º). Ante preceptos tan rotundos y bien intencionados el país todo tiene el deber ético de exigir a las autoridades una actitud más firme y comprometida en lo que hace a la aplicación de la normatividad internacional sobre los derechos humanos. Estos derechos no son un espejismo ni una utopía, sino exigencias reales y tangibles de justicia que se identifican con las más elevadas aspiraciones del hombre. Como hace algunos años lo advirtió un estadista colombiano, allí donde no se protegen los derechos humanos "podrá haber un conglomerado, pero no una comunidad; podrá haber gobierno, pero no democracia; podrá haber progreso, pero no desarrollo social; podrá haber orden, pero nunca normalidad y pacífica convivencia"[7].

---

[7] BARCO, VIRGILIO. *Informe al Congreso* , 1987.

ES MEJOR EQUIVOCARNOS POR LA PAZ, QUE ACERTAR CON LA GUERRA

*Horacio Serpa Uribe**

Comentaba que era tan dramática en nuestro país la situación en materia de derechos humanos, y tan dramática la violencia que nos asedia a todos los colombianos, que para rendir homenaje a la memoria de unos muy apreciados luchadores en esta materia que habían desaparecido recientemente, había que hacer con precisión la aclaración de que habían muerto de muerte natural. Y es explicable que ello sea así, porque la violencia nos afecta diariamente generando la angustia que conocemos, y produciendo toda una serie de circunstancias lamentables que por supuesto tenemos el deber de analizar para superar en la forma más debida y de la manera más pronta posible.

Como aquí se mencionó, la violencia, que por supuesto lesiona en forma dramática los derechos humanos, y en especial al principal de ellos, la vida, se hace evidente desde diferentes ángulos y con distintos pretextos, para la mayor parte de las más disímiles organizaciones.

Existe la violencia de la delincuencia común que crece permanentemente al amparo de la impunidad; la violencia del narcotráfico, que se genera, según lo han advertido en los últimos días los periodistas, desde los propios centros de reclusión institucional; y la violencia paramilitar, que desafortunadamente crece en muchos lugares como El Carmen de Chucurí, donde hace poco se hizo una radiografía sesgada, sobre el accionar guerrillero, sin que se hubiese examinado la otra cara de la moneda, la de los mal denominados grupos de autodefensa ciudadana.

---

* Consejero presidencial para la paz hasta finales de 1992.

También existe sin duda la violencia guerrillera, que en oportunidades llega a rigores tan tremendos que permiten hablar de procesos de bandolerización del movimiento insurgente, expresión que sirve para desvirtuar su intención política. Y existe por último la violencia que se genera desde determinadas instancias del Estado, cuando integrantes de las fuerzas de seguridad asumen un comportamiento ilegal y criminal, doblemente criticable, pues ellos tienen el deber de ser los más celosos observadores de las disposiciones del Estado y de la Constitución.

A este respecto el gobierno tiene una posición clara: ni autoriza ni patrocina actividades de esta naturaleza, ni las encubre; las cuestiona, las sanciona,y pide para ellas el más riguroso accionar en materia de investigación y de juzgamiento; el gobierno no quiere que en el interior de las instituciones gubernamentales, policiales, militares, existan unidades o grupos de personas que arteramente se dediquen al accionar criminal de lesionar los intereses ciudadanos.

El gobierno del presidente Gaviria considera que en este propósito de lograr la estabilidad democrática, el desarrollo cabal de las disposiciones de la carta fundamental y el respeto de los atributos ciudadanos tienen mucho que aportar; estima que a ese respecto tiene un compromiso vigente, actual, que aspira a atender en la forma más cabal. Con ese propósito, en desarrollo de ese afán, que es sincero, se ha propuesto adelantar algunas acciones, de las cuales me permito hacer relación por lo menos en algunas de sus partes:

El gobierno considera que es importante producir en el menor tiempo posible el más completo desarrollo constitucional en materia legislativa. Para ese propósito, como lo ha mencionado recientemente el presidente Gaviria, se propone al iniciar las sesiones ordinarias del próximo 20 de julio, llevar a consideración de las cámaras toda una serie de propuestas con ese objetivo. Además, el gobierno quiere participar en el examen de los nuevos conceptos institucionales, no solamente a nivel del Congreso sino también en las diferentes instancias de la controversia nacional; considera que en esas disposiciones se ha producido una transformación que no puede quedarse en el terreno de lo teórico, de lo retórico; quiere buscar que se cumplan, quiere participar con el resto de colombianos en la preocupación inmensamente grata y necesaria de buscar el establecimiento en nuestro país del ejercicio de una democracia que sea evidentemente popular, participativa y democrática.

Quiere el gobierno también continuar, y ojalá con éxito, la lucha contra la impunidad, en todos los niveles: en el comportamiento de todos los colombianos que hayan abandonado el criterio de la legalidad y la justicia y se hayan entregado a la depredación y a la violación de la ley, para que sobre ellos caiga el más condigno castigo; no porque le afane asumir una

actitud de represión, ni porque deje de considerar como cosa principal y primera entre todas las demás el desarrollo de una acción para la prevención del delito, sino porque estima que cuando quiera que se transgredan estas disposiciones que han sido y que deben ser determinadas dentro de un criterio de justicia, corresponde al Estado asumir el comportamiento de producir un reproche que nos permita a todos los habitantes del país gozar de la estabilidad democrática que en oportunidades con angustia echamos de menos.

Considera el gobierno que es absolutamente indispensable avanzar en la pedagogía y la protección de los derechos humanos de los colombianos, y en este buen propósito no se considera ni mucho menos depositario de la verdad.

El gobierno estima de gran importancia para Colombia, para nuestra democracia, la actividad que cumplen muchos colombianos que con criterio cívico, y con altruismo, ennoblecen la patria dedicados a la defensa de los derechos humanos de los colombianos; y dentro de ellos cabe destacar la preponderante actividad de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Quiero decirle a su director y sus miembros que el importante discurso pronunciado en esta mañana va a ser objeto de un decidido y riguroso análisis por parte del gobierno nacional, porque tiene una enorme trascendencia: en él se reconoce una nueva disposición de ayudar a Colombia; está inspirado en unos principios democráticos y éticos que corresponden al talante de nuestra nación y al anhelo ecuménico de los colombianos; y general es un aporte a ese afán por mejorar la convivencia que nos arrastra a todos los que estamos aquí y a la inmensa mayoría de nuestros compatriotas.

El gobierno considera que su mejor aporte para lograr dicho objetivo es prodigar las acciones que sean necesarias para encontrar en Colombia concordia, entendimiento y paz. El gobierno cree que lo está haciendo, aunque no considera que haya sido necesariamente acertado en todas sus ejecutorias, y por eso se mantiene atento hacia las diferentes manifestaciones que se hacen al respecto. Nos interesan las sugerencias; queremos discutirlas en un ambiente de búsqueda de mayores satisfacciones a Colombia en materia de paz. En este sentido, los aspectos fundamentales de la posición del gobierno en lo relacionado con el proceso de paz, son:

En primer lugar, el gobierno quiere hacer énfasis en que, interpretando el querer nacional, ha tratado de generar los espacios que hagan posible un entendimiento entre los colombianos. Ha reconocido que el proceso con la Coordinadora Guerrillera debe ser necesariamente diferente a los que se han cumplido con las otras cuatro organizaciones insurgentes que actualmente se han vinculado a la vida democrática nacional. En relación con esos acuerdos queremos decir que constituyen un patrimonio de Colombia;

que nos parece muy importante que más de 3.200 colombianos que estaban levantados fusil en mano contra las instituciones, hayan determinado vincularse a la vida ordinaria de nuestros compatriotas, y que en este sentido el gobierno continuará haciendo todo lo que sea necesario para el cumplimiento cabal y exacto del contenido de esas cláusulas: con exceso, con generosidad, convencido de que es el mejor ejemplo para que en Colombia todos tomemos conciencia sobre la posiblilidad de encontrar cabalmente la paz que nuestro país demanda.

El gobierno aceptó discutir con la Coordinadora Guerrillera sin exigir el cese al fuego unilateral, que fue una característica de los anteriores procesos. El gobierno fue a Tlaxcala luego de las infructuosas deliberaciones de Caracas, a decirle a la Coordinadora Guerrillera que se analizaran los diferentes temas de la agenda de diez puntos, sin que fuera indispensable que el primero de ellos, el del cese al fuego, se hubiera solucionado, aunque sí que permaneciera en el temario; fue también a decirle a la guerrilla que ni mucho menos aspiraba a que se lograse en relación con ellos una rendición en la mesa de las deliberaciones; y reconoció en dicha mesa que la guerrilla colombiana no estaba vencida, que el gobierno iba a conversar con sus voceros en el afán de encontrar unos puntos de coincidencia, unos acuerdos que permitiesen finalmente encontrar una solución política en el conflicto armado.

El gobierno dijo a la Coordinadora Guerrillera una cosa que nos parece del mayor valor: "queremos discutir todos los temas por difíciles o espinosos que sean, queremos que se analicen porque no queremos dejar sin estudiar ni una sola opinión, ni una sola manifestación sobre ninguno de los aspectos que tengan que ver con la vida nacional, dado que aspiramos a encontrar la manera de poner término definitivo a este agudo enfrentamiento".

El gobierno fue además, a Tlaxcala, a decir que tenía mucho interés en explicar sus propias políticas, lo que le valió la acusación de algunos de que el gobierno había ido a hacer con la guerrilla lo que no había querido hacer aquí con los gremios y con las organizaciones del sector social, que había asumido un comportamiento que calificaron como una rendición de rodillas ante el sector insurgente nacional. Me refiero a los intransigentes, a los carentes de la serenidad y de la tolerancia que se requieren en Colombia para encontrar los mejores niveles de paz.

El gobierno también hizo énfasis en algo sobre lo cual vale la pena hacer un comentario muy concreto: se estima que la paz no solamente debe tramitarse entre el gobierno y la representación guerrillera, que es un asunto nacional y tiene que ver con las querencias de todos los colombianos, con sus intereses, con su lucha y con sus anhelos de justicia, y que por consiguiente era y es absolutamente indispensable lograr la vinculación al proceso de los diferentes sectores de la vida nacional: los partidos, el

Congreso, los gremios, el sector social, los académicos, los estudiantes, los maestros, los campesinos, los sindicatos, etc.

Estimamos que sus opiniones, sugerencias, planteamientos y demandas, han de ser objeto de análisis por parte del movimiento insurgente y por parte de la representación del gobierno nacional, aunque hay que tener en cuenta que los acuerdos deben suscribirse entre quienes en la práctica son los contendientes de esta severa confrontación.

Para referirme a algunos de los comentarios del señor director de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, se aspiraba hacer un análisis sobre una propuesta que tramitaron recientemente el doctor Vázquez Carrizosa y otros de los integrantes de la Asamblea Constitucional (sin que en relación con ese punto se hubiera logrado un apoyo de los partidos allí representados): la conformación de una especie de gran comisión que analizase con un riguroso criterio todos los casos relacionados con la violación de los derechos humanos y con toda esta espiral creciente de la violencia que nos asedia.

El gobierno mantiene el ánimo de hacer ese análisis y sin duda que estará dispuesto a realizarlo, así no sea posible en relación con la situación de la paz; pero cuando este avance sea posible, esperamos contar con una comisión veedora de los acuerdos que se pacten, como garantía de su cumplimiento y factor de señalamiento de las partes o de la parte que no se avenga al cumplimiento exacto de sus compromisos. Esta posibilidad se mantiene vigente. El hecho de que no se acepte una mediación internacional, obedece fundamentalmente al criterio que no se la considera necesaria, no porque se haya llegado a analizar que su aceptación dé lugar al reconocimiento internacional del estado de beligerancia, o porque se generen solidaridades con el sector guerrillero por parte de los diferentes países del mundo: nosotros tenemos un criterio a ese propósito que se ha venido haciendo creciente en Colombia y es que todos los días decrece en el nivel de lo internacional, el apoyo a organizaciones guerrilleras, y más si estas cumplen su accionar en países que pueden ser con justicia reputados como democráticos. Hay que reconocer que aquí en Colombia no hay realmente una satrapía, existen imperfecciones de la democracia, pero también muy claras y sanas intenciones para lograr la superación de esas dificultades.

Valga a este propósito un ejemplo: sin la participación gubernamental, en Colombia no hubiese sido dable la convocatoria, por lo menos como se hizo el año anterior, de la Asamblea Nacional Constituyente, que fue un factor indispensable para ahora poder contar con instrumentos y espacios que nos permitan alcanzar en el menor tiempo posible la paz.

En la Consejería para la Paz tenemos comunicación radial con las organizaciones sediciosas; todos los días hay algún contacto; seguramente

no en todas las oportunidades se habla sobre el proceso de paz y sobre la necesidad de generar convivencia, en oportunidades escasamente se hace alguna referencia sobre el frío de Bogotá y el calor de La Uribe por diferentes circunstancias; realmente hemos tenido la oportunidad de ponernos de acuerdo, hemos estado dialogando con afán patriótico frente a frente, en Caracas y en México, y tendremos, ojalá, la oportunidad de volverlo a hacer.

En la parte gubernamental prevalece el criterio de que esta instancia de lo internacional, que se entiende como muy importante y especial, podrá ser utilizada cuando de verdad nos sea dable comenzar el desarrollo auténtico de un proceso de paz.

De todas maneras yo quiero decirle a los organizadores del evento y a todos ustedes que vamos a estar muy pendientes de estas deliberaciones. Con seguridad de aquí saldrán luces, caminos, orientaciones y sugerencias muy importantes para los colombianos, pero muy especialmente para el gobierno, que hagan más viable el propósito del entendimiento.

También hay que demandar a la guerrilla unos determinados comportamientos. Todos los colombianos tenemos que ser muy francos con el gobierno, y muy exigentes; pero tenemos también que ser igualmente francos, sinceros, severos y exigentes con el movimiento insurgente nacional. Es importante, como lo demandaba ayer un campesino de La Uribe, que la guerrilla le haga conocer a los colombianos cuáles son sus propuestas, que no se conocen. Lo más específico que se ha realizado a este propósito en las últimas semanas es un comunicado de Francisco Caraballo en el que invita a los colombianos a acompañarlo a ejecutar en Colombia una revolución de corte marxista-leninista, lo que a decir verdad entra bastante en contrapelo con muchos de los anhelos nacionales.

Los doce puntos que se presentaron a consideración del Congreso son todos muy interesantes, pero no son claros, ni específicos, ni concretos, ni amplios; su criterio general induce a todos a estar de acuerdo con ellos: primero, hay que derrotar la violencia en Colombia; segundo, hay que derrotar la pobreza en Colombia; hay que hacer justicia, y hay que buscar que se exploten los recursos naturales de nuestra patria con un criterio nacionalista. Desde luego que sí, pero ¿cómo lo uno y lo otro? ¿Qué alcances tiene cada cosa?

A este propósito los colombianos podemos colaborar para buscar que el movimiento insurgente exponga sus peticiones, o diga a los colombianos cuáles son de verdad los fundamentos de su rebeldía y cuáles son en especial las propuestas que hacen para discutir en busca de un acuerdo concreto. Yo pienso que hay que pedirle también al movimiento insurgente colombiano que se ponga a estudiar la Constitución Nacional; que la aprecie en su contenido.

Yo les he dicho: no sigan reclamando que no estuvieron en las deliberaciones de la gran asamblea; no fue posible lograrlo, pero allá estuvieron sus ideas, allá estuvo su concepto de rebeldía, ahí estuvo su protesta, ello se examinó detenidamente; cada uno de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente es testigo de esta circunstancia.

En el contenido de esas disposiciones existen unos parámetros que nos van a permitir los espacios que requerimos para el entendimiento, si los utilizamos cabalmente todos, es decir, también la guerrilla, a la cual hay que pedir que no siga creyendo que la violencia trae la paz. Todo esto se lo he dicho personalmente a sus voceros, y por eso me considero con autoridad para exponerlo públicamente. Que no sigan entendiendo que con actos de saboteo, con amenazas, secuestrando alcaldes o volando torres de electrificación, el gobierno va a llegar más pronto a hacer concesiones en la mesa de las deliberaciones; ese es un criterio desueto, que no corresponde a la realidad nacional.

Los colombianos no quieren más violencia; el gobierno no va a ir nuevamente a deliberar con la insurgencia si se incrementa la violencia. Lo hará, pero decididamente y con criterios conciliadores si se generan instancias de conciliación, si se le reduce, por decirlo de alguna manera, el ímpetu a la confrontación.

Y finalmente, pienso que hay que decirle a la guerrilla que no siga entendiendo la paz como una imposibilidad, pues eso nos pone en contrapelo. Pienso que si el gobierno y la guerrilla llegaran a la mesa de conversaciones asistidos por la opinión general de los colombianos, como ya lo acabo de manifestar, con la decisión de encontrar la paz, de pronto la hallamos; es posible que no, pero lo más seguro es que logremos avenir unos criterios y unos conceptos que nos permitan a las partes lograr las más satisfactorias coincidencias. ¡Qué bueno fuera que la guerrilla colombiana asumiese la actitud de abandonar la lucha armada como instrumento de avance y de persuación política!.

En general pienso que nos corresponde a todos los colombianos de verdad, tener una actuación protagónica en esto del anhelo de la convivencia. Los colombianos no quieren vivir con la corrupción administrativa, con la reiterada violación de los derechos humanos, con los asesinatos, con las prácticas deshonestas en el accionar político, con circunstancias de entrega de la soberanía nacional; creo que sería muy importante que los colombianos todos asumiésemos la decisión de no convivir con el fenómeno guerrillero.

Ahí está la Constitución Nacional. Si todos la acogiésemos; si nos fuera dable por supuesto sobre la base de que haya garantías y espacios para la confrontación política democrática, inducir al movimiento insurgente para que reconozca en esa Constitución, y lograr que todos nos comprometié-

semos, bajo la veeduría suprema del pueblo, a cumplir esas cláusulas, podríamos encontrar la Arcadia que en materia de tranquilidad y seguridad estamos buscando afanosamente.

Desde el otro punto de vista no nos resignemos, porque hay quienes quieren hacernos creer que esa es una verdad inmodificable; no nos conformemos con aceptar que nuestro único destino como colombianos es el de la guerra; lo han venido diciendo en los últimos tiempos en algunos editoriales algunos muy importantes editorialistas de la prensa, muy conspicuos voceros de los sectores gremiales, muy importantes dirigentes políticos, que se abandone la instancia de los acuerdos políticos porque la única salida es la de la confrontación; no, la paz no es una utopía, es algo que podemos tener en nuestras manos, por lo cual todos debemos luchar. Yo tengo la absoluta seguridad de que somos muchos los colombianos que compartimos el criterio de que preferimos equivocarnos buscando la paz que acertar haciendo la guerra.

POR EL DIALOGO, LA CONCILIACION Y LA PAZ

*Alfredo Vásquez Carrizosa**

Se dijo atrás que hace tres años los jueces escasamente sabían lo que eran las obligaciones de las convenciones internacionales sobre derecho humanos. Yo podría decir que hace diez años, cuando se estaba promulgando en Colombia el estatuto de seguridad de la administración Turbay, no solamente había una gran ignorancia sobre los derechos humanos, sino también sobre la ilegalidad de la tortura. Hemos avanzado mucho y estamos ya en un foro como estos que se va a ocupar de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y el derecho humanitario.

Yo diría que este seminario tiene tres deberes: en primer lugar, admitir que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario son parte del derecho nacional; resulta aberrante que la Corte Suprema de Justicia se negara hace poco tiempo a considerar los convenios internacionales como un derecho comparable con la Constitución y con la ley, porque la Constitución misma establece que los convenios internacionales hacen parte del derecho nacional, y de nada valdría la ratificación que hace el Presidente de la República y la aprobación del Congreso Nacional si todo esto son cartulinas y papeles para los discursos, pero no discursos sagrados para la consagración de los derechos humanos. Hay que acabar con esa herejía, y sentar de veras el principio de que los derechos humanos están en la Constitución, pero también en los convenios internacionales tales como la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, los Convenios de 1966 sobre derechos civiles y políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales más la Convención Interamericana de 1969, los cuales forman un conjunto completo y cabal

* Presidente del Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos.

de definiciones sobre los derechos humanos y de procedimientos para saber hasta dónde puede llegar el Estado en materia de estados de excepción, y hasta dónde puede recortar las libertades públicas. Aquí se toman los derechos humanos como algo que le pertenece al señor presidente de la república, y no como algo que está verdaderamente explicado en esos convenios.

En segundo lugar, necesitamos que las organizaciones internacionales estén más cerca de Colombia. Hay un relator sobre ejecuciones extrajudiciales, nombre que en realidad cubre con un eufemismo los asesinatos. Dicho señor relator vino a Colombia hace unos tres años, conversó con todo el mundo, pero se fue y ha seguido haciendo sus informes desde Ginebra y eso no puede ser así; tenemos que rogarle que por lo menos dos veces al año venga a entenderse con los representantes del gobierno, las Fuerzas Armadas, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los ministros, el presidente, y saque una conclusión; no podemos seguir con un relator de la Comisión de Derechos Humanos que no viene a Colombia, a menos que lo aceptemos como un relator teórico, enteramente abstracto que no se ocupa de la verdadera realidad.

Digo esto porque vengo de un Comité de los derechos humanos que ha estado mezclado en lo que es la guerra sucia, no porque la hagamos sino porque la sufrimos. El Comité Regional de Medellín se acabó cuando tres presidentes, comenzando por Héctor Abad Gómez que era un ciudadano inminente, fueron ultimados, y desde entonces los miembros del Comité Permanente se reúnen en cualquier parte: en un restaurante, en la casa, en la calle, pero no dicen dónde porque en Medellín no se puede reunir un Comité de Derechos Humanos; y en Barrancabermeja han muerto cuatro miembros del Comité Regional de los Derechos Humanos, que son José Humberto Hernández, Blanca Cecilia Valero, Alvaro Bustos y Julio César Velero; queda el presidente, Jorge Gómez Lizarazo, que ha prometido cerrarlo. Nosotros le hemos dicho por teléfono que no lo haga, que deje al gobierno nacional cumplir con sus funciones de acordarle garantías a todos los colombianos inclusive a los que se ocupan de los derechos humanos, pero que no lo cierre porque eso sería en realidad un servicio que se le presta a los miembros de los grupos paramilitares.

Yo reclamo a los miembros del gobierno que el Comité de Barranca está próximo a ser cerrado y les quiero reclamar que el Comandante de la Policía declaró pocas horas después del último asesinato, que la víctima era un guerrillero, lo cual además de no ser cierto compromete la responsabilidad de las Fuerzas Armadas en el hecho y estimula la persecución contra los sobrevivientes del Comité de Barranca. La fuerza pública declara que los miembros de éste Comité protegen a los guerrilleros, y eso lo dicen encima de un cadáver; pues bien, la fuerza pública tiene que presentar sus

demandas al Procurador General de la Nación, debe obrar legalmente, y decir cuáles protegen a los guerrilleros y cuáles no; lo que no podemos hacer, es asistir impasibles y mudos al asesinato de los miembros de los comités de derechos humanos.

Tercero, es necesario, señores del gobierno, alcanzar la verdad respecto de la violencia en Colombia. Hay una dicotomía muy fácil de explicar: por una parte los discursos sobre los derechos humanos, bellísimos y extraordinarios; y por otra parte están los procedimientos prohibidos y prohibitorios de ciertas entidades. Una cosa es el discurso que se manifiesta por la radio y por la televisión: "somos partidarios de los derechos humanos" y la gente queda convencida, menos los candidatos a cadáver, porque esos sí no quedan convencidos con el discurso.

Yo reclamo la exacta apreciación de la verdad; por eso, manifestando mi gran respeto por las Fuerzas Armadas, quisiera manifestar mi deseo de que éstas participen en las comisiones de paz. ¿Porqué no van a hacerlo, cuál es el impedimento para ello? Las Fuerzas Armadas no figuran en las conversaciones; dicen por la televisión y por la radio que a esos bandoleros les van a aplicar la pena del fuego. Aquí salió en la televisión el retrato de unos aviones nuevos que tienen un ojo instantáneo que detecta a los sobrevivientes por la noche y permite bombardearlos, es decir aplicarles la ejecución extrajudicial desde arriba. Creo que se debe detectar la verdad; la oratoria fácil no tiene lugar en este país porque estamos frente a una guerra sucia de enormes proporciones, que acumula cadáveres en una forma impresionante.

La organización Americas Watch en su último informe impreso en abril de este año, decía que en Colombia, que es una de las naciones con una tasa de criminalidad más alta del mundo, hay más muertos políticos y más muertos por todas las circunstancias que en los Estados Unidos, con la diferencia de que aquí somos 33 millones de habitantes y en ese país son 250 millones. Eso es una estadística monstruosa que acusa la violencia en el país, y evidencia la necesidad de cambiar el método de conversaciones con la guerrilla; se lo digo con mucho respeto al señor consejero para la paz: yo ya he ensayado y ensayado, pero lo venidero tiene que ser algo nuevo; está muy bien que se adelanten conversaciones con diversas agrupaciones insurgentes, pero va a llegar el momento en que el gobierno tiene que reunirlas a todas para convenir un acuerdo general, porque no podemos tener cinco acuerdos de paz con cinco organizaciones distintas; eso no es posible.

Hay que pensar en la gran Comisión de la cual se habló en la Asamblea Constituyente, porque aquí se necesita traer a todos los hombres importantes de este país, cualquiera que sea su ideología, a los miembros de la iglesia católica, a los representantes de los guerrilleros para saber en qué consiste

el problema; no podemos estar eternamente echando discursos sobre los derechos humanos y llamando los aviones para que bombarden a los campesinos. La gran Comisión me parece una medida urgente; ojalá que no sea demasiado numerosa porque cuando hay mucha gente los discursos se convierten en una enfermedad terrible del público colombiano; aquí hay muchas personas entre los magistrados, los expresidentes, los políticos y no políticos, los empresarios, los obreros y la iglesia que pueden aportar alguna luz sobre la manera de conducir a la paz.

Por último, quiero ocuparme del derecho humanitario. Este derecho es algo totalmente irreal en Colombia por que se han ratificado las cuatro convenciones que hablan de la guerra terrestre, naval y aérea, y en todos los convenios en el artículo tercero se consagra el deber del Estado para acordarle una protección a las poblaciones civiles que no forman parte de la lucha, pero en Colombia no se aplica a pesar de que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por la ley 5 de 1960 y fueron ratificados en la Confederación Helvética.

El ejército dice que no se ha ratificado el Protocolo número II, pero eso es un eufemismo como cualquier otro, porque dicho protocolo no modifica el artículo 3º sobre la protección a las poblaciones civiles; además se dice que en él se llega a reconocer la beligerancia y la personería de los grupos insurgentes: eso no es cierto, se habla de otras fuerzas pero no se obliga al reconocimiento de la personería y de la beligerancia; no es que las fuerzas insurgentes una vez que se ratifique el Protocolo II van a montar embajada en las Naciones Unidas con bandera y con secretarias.

En El Salvador, que tuvo una guerra de más de diez años, las dos partes aprobaron los convenios sobre el derecho humanitario; yo le recomendaría al gobierno que enviara una misión al Salvador para saber qué pasó con esa aprobación, cuál fue la ejecución, en qué consistió el procedimiento para que se respetaran los derechos humanos. Me parece muy importante que los testigos de la tragedia salvadoreña nos ilustren sobre lo que puede suceder en Colombia, y especialmente para que no haya el recurso a la dicotomía constitucional.

Tengo para mí, y esto no es materia de este simposio, pero quiero recordarlo, que recientemente se proclamó el estado de conmoción interior por el decreto 1155 con el objeto de evitar que los narcotraficantes y los terroristas salieran a la calle; pero en él se excluye el "habeas corpus", artículo 30 de la Constitución que es una de las garantías de los derechos humanos en este país, y un derecho irreformable según el artículo 214 numeral 2º de la misma Carta Magna. Así, los derechos humanos, no pudiendo ser recortados en ningún momento, lo fueron; y de la misma manera que se recorta el artículo 30, se pueden recortar muchos más; y concluimos que el concepto de conmoción social es muy bonito, pero

tenemos unas leyes muy parecidas al estado de sitio, aunque para el exterior se dice que aquí no lo hay ... y en realidad se borran los artículos estimados como fundamentales.

A mí me parece que eso no es honrado con la Constitución. El gobierno tiene muchas maneras de obviar la aplicación indiscriminada y absoluta del "habeas corpus"; no se necesita programar el estado de conmoción interior, como no se necesitaba proclamar el otro estado de excepción, o sea la emergencia económico-social, para subir el sueldo a los empleados públicos y a los congresistas.

De modo que necesitamos un procedimiento de consulta más general, verdadera, en la cual figuren los insurgentes y todos los estamentos de Colombia, y en donde se precisen los programas propuestos. Pienso por ejemplo, que muchas de las reivindicaciones de los insurgentes tienen un carácter evidentemente social, pero no se hable de eso; tengo la convicción de que la reforma agraria es inevitable, y que aquí en Colombia no habrá paz mientras no se hagan las reformas agraria y urbana. La primera fue tramitada desde 1961 por el presidente doctor Alberto Lleras Camargo, y todavía a estas horas no existe; pero es necesaria porque una vez que salgan los guerrilleros a la calle, sea por su voluntad o porque desde el cielo les apliquen las ejecuciones extrajudiciales, entonces irán directamente al cementerio, o necesitarán tierra para trabajar, y esa tierra habrá que dárselas, y generosamente. Son muchos los guerrilleros que están con las armas en la mano y que podrían venir a la paz si existiesen canales para crearles un medio de vida más afanoso que ir todos los meses al ministerio a ver si ya el cheque salió; por eso la reforma agraria es indispensable, y como tal debe ser abocada por la gran comisión de conciliación, para ofrecerla a los alzados en armas. Si no hay reformas habrá un diálogo sin fin.

Tendría muchas cosas que agregar pero no quiero abusar de la paciencia de la asamblea; sólo me resta formular los más fervientes votos por la paz en este país que merece grandezay conciliación. Tenemos una amplia zona selvática sin habitantes, en la cual se pueden crear fincas de toda especie para el uso de los guerrilleros o para cualquiera que los quiera utilizar; aquí es posible llegar a un régimen social armonioso; no podemos estar confinados en las ciudades a lamentarnos de la guerra sucia y dejando que en las selvas sigan creciendo los árboles para bien de los ecologistas; no, tenemos que utilizar todo el territorio nacional, que es amplio, que es generoso, que es abundante, para que vayan allí los guerrilleros y exista la paz.

Quiero agradecerles la paciencia que han tenido de escucharme, y extiendo los más fervientes votos por el éxito del seminario que ahora se reúne.

SISTEMA UNIVERSAL, NACIONES UNIDAS Y ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO -OIT-

ASESORIA Y COOPERACION TECNICA EN DERECHOS HUMANOS POR LAS NACIONES UNIDAS*

*José L. Gómez del Prado***

INTRODUCCION

Uno de los principales propósitos de las Naciones Unidas es lograr la cooperación internacional "en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión"; para ello todos sus miembros se comprometen a tomar acción conjunta y separada en cooperación con la Organización. Así pues, los derechos humanos junto con el desarrollo y el mantenimiento de la paz constituyen el núcleo esencial de los principios y objetivos de la Carta de las Naciones Unidas.

Desde la adopción de esta Carta, en 1945, las Naciones Unidas han venido elaborando un sistema universal de normas para la promoción y la protección de los derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea General define el sentido y el alcance del concepto "derechos humanos y libertades fundamentales" de la Carta y constituye la base de un código internacional de los derechos humanos, formado por los dos Pactos Internacionales de derechos humanos y unas setenta convenciones e instrumentos internacionales. Los dos últimos de esos instrumentos son la Convención de los Derechos del Niño, ratificada ya por más de 117

---

* Las opiniones expresadas en este documento son las del autor y no reflejan necesariamente el punto de vista de la Organización de las Naciones Unidas.

** Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Ginebra).

Estados, y la Convención sobre los Trabajadores Migrantes, que todavía no ha entrado en vigor. Este sistema de normas universales para el respeto de la dignidad humana llamado "sistema convencional" contiene una serie de mecanismos de supervisión a nivel internacional para la protección y promoción de las normas previstas en dichos tratados.

Paralelamente a este sistema las Naciones Unidas han puesto en pie un "sistema extraconvencional" formado por procedimientos especiales que permiten tomar medidas urgentes para ayudar a aquellas personas que sufren de graves violaciones de sus derechos. Estos procedimientos permiten a las Naciones Unidas plantear ante los gobiernos desde una perspectiva humanitaria casos de tortura, ejecuciones sumarias o arbitrarias, desapariciones, detenciones arbitrarias, así como casos de intolerancia religiosa y otros; dentro de este "sistema extraconvencional" que permite acciones sobre fenómenos de violaciones de derechos humanos, existen también mecanismos de investigación específicos para examinar situaciones de violaciones en países, lo cual hacen anualmente las Naciones Unidas en el foro de la Comisión de Derechos Humanos y en la Asamblea General.

Junto a estos dos sistemas de protección de los derechos humanos, las Naciones Unidas han desarrollado un programa de prevención que consiste en el suministro de ayuda para el establecimiento y fortalecimiento de infraestructuras encargadas de la promoción de normas, obligaciones, mecanismos y procedimientos a través de la información y la formación, como parte del programa de Servicios de Asesoramiento y Cooperación Técnica.

ELEMENTOS Y DIMENSIONES DEL PROGRAMA DE ASESORIA Y COOPERACION TECNICA

Las directrices del Programa de Servicios de Asesoría y Cooperación Técnica en Materia de Derechos Humanos están fijadas en las resoluciones pertinentes de la Comisión de Derechos Humanos y de la Asamblea General. Los servicios de asesoría son el instrumento complementario y operante de los otros componentes del programa de derechos humanos (normas, mecanismos). El objetivo principal del programa es mejorar el disfrute de los derechos humanos de manera concreta a través de proyectos que fortalezcan las instituciones nacionales y regionales y los procesos democráticos.

El programa se estableció inicialmente de conformidad con la resolución 926 (X), del 14 de diciembre de 1955, de la Asamblea General, en una época en la que no se había todavía elaborado el actual sistema universal de derechos humanos. Dicha resolución contiene los elementos de base del programa: servicios de asesoría por expertos; becas; seminarios, que el

Secretario General puede proporcionar a petición de los gobiernos. El programa se ha ido transformando para adaptarse a los cambios y desarrollos acaecidos en el mundo, sobre todo a partir de los años ochenta.

Dos acciones importantes han marcado su estructura: En noviembre de 1987, a solicitud de la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social, ECOSOC, el Secretario General estableció el Fondo Voluntario de Cooperación Técnica en Materia de Derechos Humanos, cuyo objetivo es suministrar aporte financiero adicional para actividades prácticas que permitan una mejor aplicación de las convenciones y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos promulgados por las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales o regionales. La otra acción tomada por la Asamblea General fue el lanzamiento en 1948 de la Campaña Mundial de Información en Derechos Humanos, con el fin de informar y concientizar al público en general sobre los derechos humanos y sobre los mecanismos, procedimientos y esfuerzos de las Naciones Unidas para fomentar y proteger estos derechos.

Cuando se estableció el programa de servicios de asesoramiento, la Asamblea General indicó que las formas, condiciones y cantidad de asistencia estarían fijadas por el Secretario General, habida cuenta de las necesidades más importantes de los países en desarrollo y de conformidad con el principio de que los países demandantes asuman responsabilidades, en la medida de lo posible, por todo o gran parte de los costos contraidos en el suministro de asistencia.

Aunque el programa continúa recibiendo fondos del presupuesto regular de las Naciones Unidas, la mayor parte de sus proyectos están financiados por contribuciones voluntarias hechas al Fondo de Cooperación Técnica en materia de derechos humanos; ellas han permitido una expansión extraordinaria en estos últimos cuatro años: Actualmente el sector de la asistencia técnica está considerado como el más dinámico del programa de derechos humanos.

El Fondo ha permitido al Centro de Derechos Humanos proveer asistencia a Estados miembros en la integración de normas de derechos humanos en constituciones nacionales, que han sido elaboradas en una serie de países del Tercer Mundo y excomunistas, en aspectos legales y técnicos de elecciones democráticas; adaptación de legislaciones nacionales a las normas universales de derechos humanos; creación de instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos; establecimiento de centros de documentación y de capacitación; traducción y publicación en lenguas locales de documentos, y publicación de material de información.

Además, el programa tiende, a través de la capacitación de funcionarios nacionales responsables de la aplicación de las normas en materia de

derechos humanos como jueces, magistrados, abogados, policías, militares y oficiales de prisiones, a adaptar los comportamientos y las acciones de esos grupos a las normas internacionales.

La concientización y difusión de información sobre temas relacionados con los derechos humanos es otro aspecto básico del programa que pone de relieve el papel importante que juegan las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general en la protección de los derechos humanos. En este sentido cabe poner de relieve que la Comisión de Derechos Humanos en sus últimas resoluciones relativas al programa de servicios de asesoramiento recomienda a los gobiernos ponerse en contacto y cooperar con organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, para formular y ejecutar programas financiados por el Fondo Voluntario.

Las contribuciones voluntarias recibidas hasta la fecha desde que se estableció el Fondo son de unos cinco millones de dólares de los Estados Unidos; de los cuales aproximadamente tres millones ya se han gastado o están presupuestados. Los principales contribuyentes al Fondo son los países occidentales, pero figuran también algunos países del Tercer Mundo: Alemania, Australia, Austria, Canadá, Colombia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Irlanda, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Uruguay.

Los recursos del Fondo sirven para financiar actividades tendientes a establecer o reforzar las instituciones regionales y nacionales y actuar como catalizadores para la promoción y protección de los derechos humanos. El Secretario General asegura la coordinación entre las actividades bajo el programa regular y las del Fondo.

Con la creación del Fondo y los recursos necesarios se han podido diseñar programas globales a nivel nacional o regional en los cuales se han integrado una serie de elementos y actividades, lo que ha permitido dar una mejor respuesta a las necesidades y situaciones particulares de un país. Ejemplos de dichos programas han sido Colombia, Namibia, Paraguay, Rumania y Polonia; a nivel regional o subregional el Centro de Derechos Humanos ha suministrado ayuda a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, al Centro Africano de Banjul y al Instituto Arabe de Túnez.

Los programas a nivel nacional o regional pueden integrar otros elementos que no están dentro de la competencia del Centro de Derechos Humanos, pero sí dentro de la competencia o prioridades de otros órganos de las Naciones Unidas, o cubrir necesidades que pudieran financiarse a través de acuerdos bilaterales.

En estos últimos años se ha ido tomando conciencia de la necesidad de un enfoque global del sistema de las Naciones Unidas para tratar de los problemas que están ligados entre sí, como son el desarrollo, el manteni-

miento de la paz y los derechos humanos. La protección de estos derechos a nivel nacional puede prevenir una serie de fenómenos que llevan al desplazamiento interno o externo (refugiados) de poblaciones, o a crisis que ponen en peligro la paz. Un enfoque global está todavía por definir e integrar en las Naciones Unidas.

Entretanto, el Centro de Derechos Humanos, para poder afrontar el reto con los escasos recursos que tiene, colabora con las otras agencias y programas del sistema de las Naciones Unidas en su tarea de suministrar asistencia técnica y servicios de asesoramiento a los gobiernos, con el fin adicional de evitar el innecesario doble empleo. El Centro está en contacto regular con el PNUD, con el cual en algunos casos específicos, como Colombia y Paraguay, ejecuta programas conjuntos; con la OIT, la OMS, la UNESCO, el ACNUR, el Servicio de la Prevención contra el Crimen de las Naciones Unidas, así como otras organizaciones intergubernamentales como la Organización de la Unidad Africana, la Secretaría del Commomwealth y el Consejo de Europa.

Esta cooperación del Centro se realiza también con organizaciones no gubernamentales que juegan un papel primordial en la defensa de los derechos humanos, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, Amnistía Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y la Comisión Andina de Juristas. Asimismo el Centro ha colaborado y continúa colaborando en la ejecución de numerosas actividades con instituciones académicas como el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (Francia); el Instituto Interamericano de Derechos Humanos de San José (Costa Rica); el Instituto Internacional de Derechos Humanitario de San Remo (Italia); el Instituto Arabe de Derechos Humanos de Túnez; el Instituto Raoul Wallenberg de la Universidad de Lund (Suecia); el Centro Africano para la Democracia y los Derechos Humanos de Banjul (Gambia).

SERVICIOS DE ASESORIA DE EXPERTOS

Uno de los componentes de base del programa es el suministro de expertos. La Comisión ha venido recomendando al Secretario General todos los años, desde que se estableció el programa, que provea servicios de asesoría de expertos que ayuden a los gobiernos en el desarrollo de las infraestructuras necesarias para cumplir con las normas internacionales de derechos humanos. Desde 1955, fecha en que se estableció el programa, hasta la creación del Fondo Voluntario, pocos (dos o tres) habían sido los gobiernos que habían recurrido a esta forma de asistencia; sin embargo, desde 1988 el número no ha cesado de aumentar y en más de veinte ocasiones el Centro ha proveído este tipo de asistencia a países como

Albania, Bulgaria, Colombia, Guatemala, Lesotho, Mongolia y Rumania.

Junto a este tipo de asistencia hay que señalar que a principios de los años 80, la Comisión de Derechos Humanos introdujo un nuevo procedimiento al aprobar una serie de resoluciones que pedían al Secretario General proveer asistencia técnica a gobiernos que parecían iban a respetar los derechos humanos de una manera más eficaz que gobiernos autoritarios anteriores, y nombrar a expertos en determinadas situaciones a este respecto. Esta nueva tendencia que se ha aplicado en Bolivia (1983); Guatemala (1987); Guinea Ecuatorial (1980); Haití (1987 y 1991) y El Salvador (1992), ha interferido en el programa regular de asistencia técnica y ha politizado los debates en el seno de la Comisión de Derechos Humanos.

En efecto, la situación de los derechos humanos en esos países había sido examinada anteriormente por la Comisión por un número de años consecutivos bajo el tema de graves violaciones de los derechos humanos, en debate público en algunos casos, en otros en privado, y a veces en ambas formas.

El tema del programa bajo el cual la Comisión examinaba la situación de esos países permitía a la Comisión seguir de cerca y supervisar la situación en el país respectivo. Cambios positivos operados en esos países (a veces la elección de un gobierno civil) permitieron que la Comisión pasara a la asistencia técnica, lo cual indicaba que la Comisión reconocía que los gobiernos necesitaban ayuda para poder hacer respetar los derechos humanos, pero al mismo tiempo aligeraba el tratamiento de situaciones difíciles que hubieran necesitado continuar siendo examinadas bajo los procedimientos de protección.

Las causas que llevan a graves violaciones de los derechos humanos en una sociedad son múltiples, estructurales y profundamente arraigadas en la trama social. Los aspectos culturales, económicos, históricos, políticos y sociales están íntimamente ligados cuando dichos fenómenos ocurren: Un cambio político puede abrir un proceso pero no transformar las instituciones de la noche a la mañana, o terminar con la corrupción y liquidar un estado de impunidad; además, el programa de servicios de asistencia técnica no había sido establecido para cumplir con procedimientos de protección.

Sin embargo, los expertos nombrados por el Secretario General para proveer dicha asistencia se ha visto confrontados con situaciones en las que las violaciones de los derechos humanos continuaban en los países para los que se les pedía asesoramiento; en la mayoría de casos aquellos han tenido que hacer uso de los mismos métodos de análisis para evaluar la situación que se utilizan bajo los procedimientos de protección: En casos como Haití y Guinea Ecuatorial recomendaron explícitamente a la Comisión volver a pasar esas situaciones al tema de "graves violaciones".

A falta de otro tema en el programa, la Comisión ha pasado al de asesoramiento y asistencia técnica situaciones que hubieran necesitado de

un procedimiento de protección; hubiera podido, tal como lo había sugerido el delegado del Canadá en 1988, establecer algunas subdivisiones en el tema de graves violaciones, que hubiesen correspondido a varios tipos de situaciones según la gravedad, y así mantener dentro del tema a países que empezaban un proceso de restablecimiento del estado de derecho pero con muchas dificultades y pocas probabilidades de mejorar en un corto plazo.

El paso de estas situaciones al tema de asistencia técnica ha permitido a la Comisión poder seguir de cerca una situación que en el mejor de los casos hubiese salido del debate público para volver a un debate privado, y en el peor hubiese desaparecido del tema por algún tiempo.

Así pues, actualmente el Secretario General puede proveer a los gobiernos dos tipos de servicios de asesoramiento de expertos:

a) Expertos/consultores (para diferenciarlos de los otros) que asisten a los gobiernos a pedido de éstos en un área específica para la protección o la promoción de los derechos humanos;

b) Expertos solicitados por la Comisión de Derechos Humanos al Secretario General para ocuparse de una situación de derechos humanos y cuyos mandatos están contenidos explícitamente en una resolución.

ASISTENCIA EN COLOMBIA

La situación de los derechos humanos en Colombia viene siendo marcada por la violencia y la impunidad. El tráfico de drogas, las guerrillas, la existencia de escuadrones de la muerte, la concesión de poderes amplios a las fuerzas armadas para poder combatir la agitación social, son algunos de los factores de la desestabilización de la sociedad colombiana. Desde una perspectiva internacional, Colombia es parte en los principales tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, y principalmente en los dos Pactos internacionales de derechos humanos, la convención contra la Discriminación Racial, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o degradantes y la Convención de los Derechos del Niño; asimismo, Colombia ha prestado su colaboración en materia de investigaciones sobre derechos humanos. Varias instituciones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias y el Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, han visitado el país e investigado sobre esos fenómenos.

En 1988, el gobierno emprendió un programa global de protección y promoción de los derechos humanos para ayudar a transformar las características negativas que afectan a la sociedad colombiana, y a fomentar un

estado de derecho; y creó una nueva institución: La Consejería Presidencial para la Defensa, la Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

El Centro de Derechos Humanos ha venido prestando su ayuda a Colombia a través de un programa de cooperación técnica entre el Gobierno de Colombia y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, cuya aplicación corre a cargo de la oficina del Consejero Presidencial para la Defensa, la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, con el objeto de fortalecer en Colombia las instituciones nacionales y las infraestructuras necesarias encargadas de la protección y promoción de los derechos humanos. En el marco de este proyecto, el Centro ha venido proporcionando servicios de asesoramiento de expertos, becas, libros y documentación, y colaborando en la producción de materiales didácticos (audiovisuales e impresos) sobre los derechos humanos.

Esa asistencia ha venido impulsando una serie de proyectos importantes en el campo de derechos humanos, tales como la recuperación de un sistema de personeros municipales, que desempeñan un papel muy similar a nivel local al del ombudsman; también se han realizado importantes actividades en materia de educación, capacitación e información. Una contribución del Gobierno italiano ha hecho posible que el Centro y el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia organizaran un curso de capacitación muy pormenorizado sobre derechos humanos y procedimientos penales, destinado a los jueces colombianos, que se impartió en Castelgandolfo en 1989. Los Gobiernos del Canadá y los Países Bajos también han contribuido financieramente a la Oficina del Consejero Presidencial, así como el Centro de Información de las Naciones Unidas en Bogotá; UNICEF; la Fundación Naumann y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

En 1990, el programa fue examinado por un consultor independiente, el Sr. L. Varela Quirós (Costa Rica), ex miembro de la subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU, quien evaluó dicho proyecto para determinar hasta qué punto se estaban alcanzando sus objetivos inmediatos de manera adecuada, así como su grado de eficiencia pasada o futura en asistir al Gobierno a fortalecer las instituciones nacionales encargadas de la promoción y la protección de los derechos humanos.

El Sr. Varela Quirós hizo las recomendaciones siguientes:

a) La oficina del Consejero Presidencial debería disponer de fondos propios que le permitan desarrollar actividades a largo plazo de manera sistemática.

b) Las funciones desempeñadas por los personeros municipales en la defensa, la protección y la promoción de los derechos humanos deberían potenciarse y debería prestarseles el apoyo logístico necesario para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficiente.

c) Los cursos de formación para jueces, policías, personal militar y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deberían continuar y ampliarse. Se debería hacer hincapie en el respeto de las normas que garantizan los derechos fundamentales.

d) Se debería difundir ampliamente la información relativa a las instituciones colombianas encargadas de la protección de los derechos humanos, para que la población conozca tales instituciones.

e) Se señala especialmente el cumplimiento efectivo de las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas, y por el Relator Especial sobre Ejecuciones sumarias o Arbitrarias que visitaron Colombia en 1988 y 1989, respectivamente.

Actualmente se contempla la posibilidad de hacer una nueva evaluación del programa de la Consejería Presidencial con el fin de determinar los sectores que puedan haber facilitado u obstaculizado el logro de sus objetivos, así como hacer recomendaciones para futuras acciones.

NUEVAS ESTRATEGIAS DE COOPERACION TECNICA: LA RELACION ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS, LA DEMOCRACIA Y EL DESARROLLO

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los dos Pactos internacionales no sólo contienen los derechos civiles y políticos necesarios para el establecimiento de un estado de derecho, sino también los derechos económicos, sociales y culturales que son la base para el desarrollo económico y social; además, la Declaración contiene derechos de la llamada tercera generación que se refieren a la solidaridad internacional.

Los derechos civiles y políticos y las libertades fundamentales constituyen la base y el fundamento de un estado de derecho y del funcionamiento de instituciones democráticas. Durante mucho tiempo ha estado vigente la idea que para el disfrute de los derechos civiles y políticos lo único necesario era que el Estado no interviniera; actualmente se ha llegado a una visión más realista que considera necesario que el Estado debe facilitar los servicios y el funcionamiento adecuados si se quiere que esos derechos sean respetados. Ello implica costos y prioridades para el Estado, que son imprescindibles si se quieren mantener y fortalecer las instituciones democráticas.

Por otra parte, los derechos económicos, sociales y culturales proclamados en los diferentes instrumentos internacionales corresponden a necesidades básicas del ser humano, las cuales, como las relacionadas con los derechos civiles y políticos, deben satisfacerse para alcanzar un desarrollo

equilibrado (y no sólo un aumento de la producción), imprescindible si se desea mantener un sistema democrático. Es pues el conjunto de todos los derechos (que son interdependientes e indivisibles) el que hace actuar al ser humano como motor para lograr el desarrollo. Hay que hacer hincapié en que el cultivo que alimenta a las sociedades democráticas es la participación popular.

Las organizaciones internacionales financieras y de desarrollo han tardado mucho tiempo para llegar a conclusiones que se imponían de por sí, y hacer la relación entre derechos humanos, democracia y desarrollo. Sólo en estos tres últimos años y sobre todo a partir de 1990 las organizaciones internacionales han empezado a integrar la dimensión de los derechos humanos en sus estrategias de desarrollo.

Así por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Conferencia para el Comercio Exterior CNUCED, reconocen en la Declaración aprobada en 1990 sobre cooperación internacional, que la utilización de los recursos humanos y el respeto de los derechos humanos estimula la creatividad, la innovación y la iniciativa.

La Estrategia Internacional para el Desarrollo, de las Naciones Unidas, pretende asistir a sistemas positivos que estén basados en el respeto de los derechos humanos, incluyendo los derechos sociales y económicos, y sistemas de justicia que protejan a todos sus ciudadanos.

Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha elaborado el concepto de "desarrollo humano", cuyo objetivo primordial es el de ampliar la gama de opciones para que el desarrollo sea más democrático y participativo. Todo individuo deberá poder participar en las decisiones que afectan a la comunidad en la que vive, y poder disfrutar de las libertades políticas y económicas. El desarrollo humano significa desarrollo para y por el individuo.

La Cuarta Convención de Lomé, de la cual son parte 81 países del Africa, el Caribe, el Pacífico y la Comunidad Europea, estipula en su artículo 5 que la cooperación debería estar concebida de acuerdo con un enfoque positivo que reconozca el respeto de los derechos humanos como el factor de un verdadero desarrollo.

Así pues, la universalidad de los derechos humanos se encuentra hoy en el centro de las políticas internacionales de desarrollo, y los derechos proclamados en la Declaración y en los Pactos están reconocidos como fundamentales e imprescindibles para un sistema democrático.

Lo que se necesita ahora es su aplicación en la práctica. El Centro pone a la disposición de las agencias internacionales de desarrollo sus conocimientos y experiencias para que puedan integrar en sus programas a nivel nacional la dimensión de los derechos humanos. Por otra parte, puesto que la democracia requiere el respeto a estos derechos, los escasos

recursos del Programa de Servicios de Asesoramiento y de Cooperación Técnica de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos están dirigidos a actividades de prevención y promoción que puedan actuar como soporte para transformar estructuras y programas deficientes, y fortalecer instituciones democráticas. El programa tiende así a complementar las nuevas estrategias en materia de cooperación técnica.

De ese modo, dentro de sus límites, el programa puede asistir a los países para fortalecer los mecanismos necesarios de protección y de promoción de los derechos humanos, afianzando el Estado de derecho y las instituciones democráticas con verdadera participación popular, con el fin de movilizar los recursos humanos para lograr un auténtico desarrollo.

EL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCION ARBITRARIA

*Roberto Garretón**

ESTABLECIMIENTO DEL GRUPO DE TRABAJO

En su 47º período de sesiones, correspondiente al año 1991, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) dispuso la creación de un Grupo de Trabajo (GT) destinado a investigar los casos de detención arbitraria, cuyo mandato se extiende por tres años, el cual está formado por cinco expertos independientes de Francia, Chile, Senegal, India y Checoslovaquia designados por el Presidente de la Comisión -en el momento, el peruano Enrique Bernales-, en consulta con los demás miembros de la mesa.

El GT sólo pudo constituirse en septiembre de 1991, celebrando un segundo período de sesiones en diciembre y el tercero en marzo de 1992.

En el 48º período de sesiones de la Comisión, el grupo presentó su primer informe, que mereció elogiosos comentarios de las delegaciones de Suiza, Austria, Senegal, Colombia, Venezuela, Reino Unido, Canadá, Estados Unidos, República Federativa Checa y Eslovaca, Chile, España, Suecia, Costa Rica y los Países Bajos. La representación de Cuba presentó lo que llamó "críticas de fondo", las cuales se analizarán más adelante.

La creación del GT es consecuencia de un largo debate en el seno de la CDH y de la Sub-comisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (SCPDPM), que se inició en 1985 cuando la primera encomen-

---

* Vicepresidente del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, creado en 1991 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

dó a la segunda que analizara la práctica de la detención administrativa. Se encomendó al experto de Francia Louis Joinet que preparase un documento de trabajo que se evacuó en 1987, y se amplió en 1990 con las respuestas que los gobiernos dieron a un cuestionario que les fue propuesto.

Tal como lo hace presente el informe del Relator de la Subcomisión, el problema de la detención arbitraria presenta áreas comunes con los mandatos de otros expertos y Grupos de Trabajo, tales como el de las ejecuciones sumarias, la tortura, los estados de excepción, las desapariciones forzadas o las detenciones de personas por enfermedad mental o aquejadas por problemas mentales.

En una Adición a su informe presentado a la SCPDPM en 1990, el Relator propuso el establecimiento de un Relator Especial o de un GT para el estudio de las detenciones arbitrarias o abusivas[1], y aquella así lo hizo, transmitiendo a la CDH su propuesta,por la cual, en la Resolución 1991/42 optó por el GT y le fijó su mandato, tras una larga negociación[2].

EL MANDATO DEL GRUPO DE TRABAJO

Uno de los mayores problemas que presenta la resolución 1991/42 ha sido el de determinar el mandato específico del GT.

El precepto señala:

> La CDH decide crear, durante un período de tres años, un grupo de trabajo compuesto por cinco expertos independientes con el cometido de investigar los casos de detención impuesta arbitrariamente, o que por alguna otra circunstancia sea incompatible con las normas internacionales pertinentes establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados.

---

[1] La Asamblea General de las Naciones Unidas, al aprobar el "Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión", aceptó que el texto se aplicara tanto a las detenciones administrativas como a las que emanasen de resolución judicial. De este modo, para los efectos de la protección de la persona perdía sentido la proyectada elaboración de un conjunto de principios para la primera, que había sido uno de los mandatos hechos a la SCPDPM. De allí que las propuestas del Relator Sr. Joinet y de la SCPDPM prefirieran la expresión "detención arbitraria o abusiva", y el mandato del GT aludiera a la "detención impuesta arbitrariamente".

[2] Un interesante estudio sobre la discusión de la resolución de la CDH que creó el GT y de su mandato, en REED BRODY "La ONU crea un Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria", publicado en el *Boletín de la Comisión Andina de Juristas* Nº 29, correspondiente a julio de 1991.

Para fijar el sentido auténtico del precepto, el GT debió recurrir a todos los elementos de hermenéutica, no solo el tenor literal, sino también a la historia fidedigna del establecimiento del precepto, y a los elementos lógico y sistemático.

En efecto, cada palabra del texto, cuidadosamente elegidas, ha dado lugar a debate.

Investigar: aparentemente es el primer GT de la CDH cuyo mandato, de carácter temático, es el de hacer investigaciones, es decir indagaciones con el objeto de llegar a una verdad. El mandato del GT sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria, (Resolución 20-XXXVI/80); el de los Relatores Especiales sobre la Tortura (1985/33) y el de las Ejecuciones sumarias o arbitrarias (1982/29) se refieren a informes sobre "cuestiones relativas a (el asunto respectivo)"; el de los estados de excepción, a mantener una lista de los países que declaren o alcen dichos Estados, y examinar cuestiones relativas al respeto de las normas nacionales e internacionales que garanticen la legalidad de su aplicación y su repercusión en el goce de los derechos humanos.

Casos: en consonancia con el mandato de investigar, se encomienda al GT tratar "casos", es decir, situaciones individuales y no fenómenos o "cuestiones", lo que se traduce siempre en informes globales por países.

De detención: la palabra detención tiene diversos significados que varían según las diversas legislaciones: en algunos casos se refiere al hecho de la "aprehensión" en oposición a la "prisión" que es el estado que sigue a aquella; en otros casos incluye tanto el acto de la aprehensión como la mantención en el tiempo de la privación de libertad. El GT optó por considerar que la expresión "detención" incluye el arresto y la mantención en prisión, antes, durante y después del juicio, abarcando también el arresto no judicial o administrativo.

Impuesta: esta palabra se agregó a petición de la delegación de Cuba, para que quedase claro que lo objetado es la circunstancia de estar la persona privada de libertad, y no las condiciones en que ella se encuentre, ni si ha sido o está siendo objeto de torturas, pues esta última materia es propia del mecanismo del Relator Especial sobre la Tortura.

Arbitrariamente: el mandato del GT ordena investigar dos clases de detenciones: (a) las impuestas arbitrariamente, y (b) las que por alguna otra circunstancia sean incompatibles con las normas internacionales que señala. De modo que la arbitrariedad no deviene necesariamente de la incompatibilidad con las normas internacionales.

La complejidad de la cuestión la revela la enorme gama de situaciones que van desde la retención de un extranjero en el aeropuerto por unos minutos para hacer una verificación, a la detención que termina en desaparecimiento, como lo señala el entonces Relator de la SCPDPM y

actual Presidente de GT sobre la Detención Arbitraria Louis Joinet, en una contribución a un enfoque metodológico para el estudio sobre la detención administrativa. Ambas situaciones pueden ser arbitrarias, y la última sin ninguna duda.

La expresión "arbitraria" la emplea la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) precisamente al hablar de detenciones: "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado" reza el artículo 9. Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) también prohibe la detención o prisión arbitrarias (art. 9). El Comité designado por la CDH para estudiar el derecho de toda persona de estar libre de arresto, prisión o deportación arbitraria sostuvo que "el término 'arbitrario' no es sinónimo de ilegal, y denota un concepto más amplio. Parece claro que, aunque la detención o prisión ilegal es casi siempre arbitraria, una detención o prisión hecha de acuerdo a la ley, puede, no obstante, ser también arbitraria". El Comité consideró arbitraria la detención o prisión cuando se efectúe por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o sea conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y a la seguridad[3].

El GT, en lugar de definir el término "arbitrario" optó por describir con alguna amplitud situaciones o casos en que la detención tiene tal carácter, como se verá más adelante:

> que por cualquier otra circunstancia sea incompatible con las normas internacionales pertinentes establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados .

El GT consideró al detallar las "situaciones de detención arbitraria" que lo eran aquellas en que no se respetaban determinados preceptos de la DUDH, del PIDCP y del "Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión" (CPR). La delegación de Cuba al comentar el informe del GT en el 48º período de sesiones de la Comisión sostuvo que esos principios, contenidos en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas no eran sino recomendaciones, de modo que es "peregrino pretender que los Estados miembros tengan que enfrentar el inadmisible dilema de, o bien estar obligados a aplicar a ultranza esos principios o convertirse en reos ante el GT por no hacerlo por alguna razón legítima".

---

[3] BRODY, REED. *Op. cit.*

Por el contrario, el delegado de la Confederación Helvética sostuvo que ese CPR, "en la medida en que ese documento adoptado sin votación puede ser considerado como aceptado por la comunidad de Estados, esperamos que el GT pueda invocarlo y aplicarlo con éxito en el cuadro de su mandato".

Debe destacarse que el Relator Especial para la Tortura, M. Kooijmans, también ha utilizado como criterio de referencia el mismo CPR.

SITUACIONES DE DETENCIONES ARBITRARIAS

El GT describió las situaciones que estimó constitutivas de detención arbitraria, fijando tres categorías:

Categoría I: Casos en que la privación de libertad es arbitraria, porque es evidentemente imposible invocar base legal alguna que la justifique (se señala, a título de ejemplo, el caso de una persona que sea mantenida en prisión luego de haber cumplido la condena o de haberse beneficiado con una ley de amnistía).

Categoría II: Casos en que la privación de libertad deriva de hechos objeto de diligencias judiciales o de una sentencia motivada por el ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7 (igualdad ante la ley), 13 (libertad de entrar y salir del propio país), 14 (derecho de asilo), 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 19 (libertad de expresión y opinión), 20 (libertades de reunión y asociación) y 21 (derecho de participación política) de la DUDH; o en los artículos 12 (derecho de la circulación y residencia), 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 19 (libertad de expresión), 21 (derecho de reunión), 22 (derecho de asociación), 25 (derechos de participación política), 26 (igualdad ante la ley) y 27 (derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas) del PIDCP.

Categoría III: Casos en que es tan grave el desacato a las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, ya sea en su totalidad ya en parte, que confiere a la privación de libertad, en la forma en que fuere, el carácter de arbitraria. Para juzgar el carácter de arbitraria o no arbitraria de ésta han de tomarse principalmente en consideración las circunstancias que se mencionan, según se trate de "situaciones con anterioridad a juicio" (tanto de detención administrativa o judicial, señalándose algunos casos propios solamente de detención judicial) o de "situaciones con posterioridad al juicio". Se mencionan diversas situaciones, todas en contravención a preceptos que expresamente se citan de la Declaración Universal, del Pacto de Principios Civiles y Políticos y del Conjunto de Principios sobre Detención o Prisión.

Evidentemente que para determinar si una detención es o no arbitraria, el primer referente es la legislación internacional; no obstante, el estudio del derecho interno se hace obligatorio al menos en dos circunstancias, y así lo dice el GT en su informe a la Comisión de Derechos Humanos:

a) en primer lugar, el gT deberá estudiar la legislación interna cuando tenga que investigar los casos individuales para determinar si se ha respetado la ley del país, en cuyo caso tendrá que comprobar si el derecho interno es compatible con las normas internacionales; y

b) cuando se sostenga que en un país determinado la práctica de la detención arbitraria es posible debido a la existencia de leyes que contravienen las normas internacionales.

Nuevamente en esta parte fue la Delegación de Cuba la que objetó el criterio, pues si, a su juicio, el GT pretende comprobar si la ley interna es consonante con las normas internacionales

> yerra por omisión al no expresar que esas normas internacionales que no pueden ser contradichas por la legislación nacional son las normas internacionales pertinentes ... establecidas en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes aceptados por los Estados; (...) la anomalía se hace más preocupante cuando en las categorías citadas se mencionan, de manera generalizadora, casos en que la detención o prisión está motivada por el ejercicio de derechos o libertades proclamados en ciertos artículos del PIDCP, instrumentos del cual no son parte decenas de Estados miembros de Naciones Unidas (entre ellos Cuba), a los cuales se pretendería así exigir obligaciones jurídicas que no han contraído.

Es obvio que el GT no ha pretendido exigir concordancia de la legislación interna con instrumentos internacionales que no han sido suscritos o ratificados por algún país. La indicación en la categoría II separadamente de disposiciones de la DUDH y del PIDCP, que aluden a los mismos derechos, revela el propósito de aplicar la primera a todos los Estados y el segundo sólo a los que son parte de él. Si se pretendiera aplicar el segundo a todos los Estados, no se habrían citado los preceptos de la primera, que están comprendidos en los del Pacto.

METODOS DE TRABAJO

El GT se propuso, como primera tarea, luego de definir su marco jurídico, establecer sus métodos de trabajo. Para ello debió ceñirse a los términos de la resolución 1991/42 que le dio origen y considerar los procedimientos de otros grupos de trabajo, como el de Desapariciones Forzadas.

La Resolución 1991/42 fija algunos parámetros:

a) las fuentes de información para el GT son los gobiernos, organizaciones integubernamentales, no gubernamentales, individuos interesados, sus familias y sus representantes. La historia del establecimiento del GT excluye la posibilidad de que se recurra a fuentes como los medios de comunicación social (dispositivo 3 de la resolución); pero también el GT ha buscado superar la corriente acusación a los procedimientos especiales de la CDH de una falta de coordinación entre los diversos mandatos. Para ello, ha tenido una constante comunicación con el personal de secretaría y con los relatores especiales e integrantes de otros grupos de trabajo.

b) el GT debe realizar sus tareas con "discreción, objetividad e independencia", lo cual supone: que debe evitar la adopción de actitudes de condena pública hacia países determinados; que requiere de un procedimiento contradictorio, única garantía de un actuar "objetivo"; y que sus integrantes no deben estar sujetos a presiones de los gobiernos a que pertenecen (dispositivo 4);

c) el mandato de investigar casos refuerza la necesidad de un procedimiento contradictorio.

Sobre la base de estos criterios, el grupo fijó sus métodos, que en síntesis consisten en establecer dos procedimientos (uno ordinario y uno de urgencia); criterios de admisibilidad y principios para declarar arbitraria o no arbitraria una privación de libertad, así como las medidas a adoptar en caso de que sí lo sea.

Criterios de admisibilidad

El grupo analiza, si *prima facie* la detención es arbitraria según las tres categorías que se han mencionado.

Así, si se observa que la denuncia solo pretende obtener una revisión por el GT de una sentencia judicial, el caso es considerado inadmisible y no se transmite al Gobierno. Incluso, si se aplica el procedimiento de urgencia, se ha dispuesto que en la comunicación al Ministro de Relaciones Exteriores se le haga expresamente la reserva que la comunicación "en nada prejuzga la decisión final del GT acerca de la posible arbitrariedad de la detención".

El GT resolvió que la detención producto de una sentencia judicial ejecutoriada desde hace varios años, originada en un delito común, no quedaba incluido en su mandato y no fue transmitido al gobierno.

Procedimiento ordinario

a) Salvo que se justifique la necesidad de procedimientos de urgencia, el GT transmitirá la comunicación del interesado, sus familiares, represen-

tantes, ONG u organización intergubernamental, al gobierno en contra del cual se ha formulado. Para facilitar el trabajo de quienes formulan comunicaciones, así como para que el GT se encuentre en mejor condición de apreciar la efectividad y el carácter arbitrario de la detención, se ha elaborado un formulario que enumera los principales aspectos que son necesarios para una adecuada comprensión del caso. Además de los antecedentes de hecho (individualización del detenido, fecha y lugar del arresto), el grupo requiere saber antecedentes de derecho: legislación aplicable; cargos formulados; recursos judiciales interpuestos y sus resultados, así como "un breve informe acerca de los motivos por los cuales se considera arbitraria la privación de libertad".

b) Se da traslado de la comunicación al gobierno afectado, para que proporcione los antecedentes del caso. Se fija un plazo de respuesta de noventa días, y si la respuesta no es evacuada, el GT se siente habilitado para "tomar una decisión fundándose en todos los datos de que dispone".

c) En respeto del carácter contradictorio del procedimiento, la respuesta del Gobierno es transmitida a la fuente de la comunicación, para que formule sus observaciones o facilite información complementaria.

Procedimiento de urgencia

Este se realiza cuando: a) la detención constituya una amenaza grave para la salud o la vida del detenido; b) haya circunstancias particulares que así lo ameriten.

El procedimiento de urgencia -que consiste en transmitir el caso por la vía más rápida al Ministro de Relaciones Exteriores del país afectado (y no, como en el procedimiento ordinario, a la Representación Permanente ante Naciones Unidas), es acordado por el GT si se encontrare en sesión. En caso contrario, y en el evento mencionado en el literal a), lo resuelve el Presidente, y en la situación b), el Presidente con el acuerdo de otros dos integrantes.

Decisiones

Sobre la base de las informaciones reunidas, o en ausencia de respuesta del gobierno, el GT adopta una resolución para cada caso que le ha sido sometido, y que según Reed Brody "podrían ser cientos si no miles".

a) Si el detenido fue liberado el caso se archiva. Este predicamento fue fuertemente controvertido por la Comisión Internacional de Juristas, en carta de 9 de marzo. El GT fue sensible a la inquietud de tan prestigiosa organización no gubernamental, y en su tercer período de sesiones resolvió que aún cuando la persona esté en libertad, "el GT se reserva la posibilidad

de pronunciarse caso a caso sobre el carácter arbitrario o no de la privación de libertad".

b) Si la detención no se considera arbitrariamente, el caso se archiva.

c) El GT puede demandar mayor información, si estima que carece de todos los antecedentes para resolver. Así se hizo con un gobierno al que se le sometió un cuestionario destinado a obtener mayores explicaciones sobre aspectos de su legislación penal.

d) Si el GT estima que la detención es arbitraria, así lo declara en una decisión que es transmitida al gobierno, en la cual se incluyen las recomendaciones. Estas decisiones son incluidas en el informe anual que el GT debe presentar a la Comisión de Derechos Humanos, conforme lo exige su mandato.

LO ACTUADO EN EL PRIMER AÑO

En realidad, el GT aún no tiene un año, y por ello en su primer informe a la Comisión de Derechos Humanos tuvo que manifestar que

> constituido desde hace escaso tiempo, el GT no se considera por el momento, en condiciones de presentar a la Comisión conclusiones y recomendaciones definitivas acerca de los casos sometidos a su consideración.

Hasta el momento, el GT ha recibido comunicaciones por más de 240 personas detenidas en 24 países; 11 gobiernos han respondido. En el próximo período de sesiones ya el grupo estará en condiciones de adoptar resoluciones respecto de aquellos casos en que ha concluido el procedimiento contradictorio, sea por haberse evacuado la respuesta de la fuente, sea por haber vencido sin respuesta el plazo concedido a los gobiernos, sea porque el gobierno al que se le pidió precisiones sobre denuncia que se le hacía ya la evacuó.

MATERIAS DE RESOLUCION PENDIENTE

La complejidad del mandato se revela en el conjunto de situaciones especiales respecto de las cuales el grupo quiere tomar una decisión de carácter general, pero tienen soluciones distintas en las legislaciones:

a) casos en que el cómputo de la pena se inicia con la ejecutoria de la sentencia, no imputándose el tiempo cumplido en prisión preventiva;

b) una variedad de la anterior, es la no contabilización en la pena que se imponga en el país que ha obtenido la extradición, del tiempo en que la

persona estuvo detenida en el país requerido mientras se dilucidaba la procedencia de la petición de entrega;

c) si el arresto domiciliario debe considerarse detención para los efectos de su calificación o no como arbitrario;

d) si constituyen detención las privaciones o restricciones de libertad, no con un sentido de castigo o preventivo, sino con fines de reeducación por el trabajo, que muchas veces trata de cambiar las convicciones del afectado;

e) la detención no seguida de proceso para una persona extraditada precisamente para ser procesada;

f) casos de violaciones múltiples y graves al derecho a un juicio imparcial. A veces se producen violaciones al debido proceso pero no de una identidad tal como para dar a la detención el carácter de arbitrariedad excepcional que amerite ser considerada en el procedimiento establecido en la Resolución 1991/42. Pero si estas son muchas -o algunas de especial gravedad- pueden dar al arresto el carácter de arbitrario.

BALANCE

Ciertamente es muy prematuro hacer un balance del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Lo cierto es que en el mundo de las ONGS su constitución ha abierto muchas esperanzas que sus integrantes buscan satisfacer. Para muchos gobiernos la cantidad de personas arrestadas por motivos políticos en muchas partes del mundo también es motivo de seria preocupación, y por eso en la Comisión de Derechos Humanos hubo consenso para el establecimiento del GT y una fuerte aprobación al cumplimiento de su mandato al conocer el primer informe, así como a los métodos de trabajo y a los criterios fijados para la admisibilidad. Es probable que se produzca una enorme cantidad de comunicaciones que puedan provocar entorpecimientos y frustraciones. Aparentemente la Comisión está muy consciente de este riesgo, pues en su Resolución 1992/28 le pidió al GT que "le haga todas aquellas propuestas y recomendaciones que le permitan desempeñar aún mejor su misión".

NIÑOS DE AQUI Y ALLA

Convención y Comité de derechos del niño

*Marco Antonio Murillo Niño**

LOS NIÑOS NOS CUENTAN

Mauricio, Diana, Omar, Doris, Elverth, Angélica, Viviana, Jeaneth y otros niños del sector de Ciudad Bolívar en Bogotá:

> No sabemos de qué derechos hablan porque nosotros no los conocemos; aquí en nuestro barrio sólo conocemos el derecho de vivir en el barro, de tener que trabajar sin poder jugar, de aguantar hambre; también dicen que nosotros somos el futuro de Colombia y del mundo y entonces nos dan a entender que nuestros problemas son de interés mundial y escriben cosas muy bonitas, que nuestra situación tiene que ver con lo económico, lo polítlco, lo psico-social, lo cultural, palabras que muchos de nosotros no entendemos; seguramente quieren decir que no tenemos la suficiente plata para criarnos como los hijos de los ricos, con todas las comodidades, y que no podemos educarnos, ni divertirnos, ni superarnos para triunfar en la vida. Nosotros que vivimos en estos barrios que llaman Sectores Populares o

* Corporación de Desarrollo Cultural, RED para la Infancia y la Familia América Latina y el Caribe. Pido disculpas por extender la voz de millones de niños y jóvenes, quienes deberían expresar aquí su realidad, sus intereses, necesidades e ilusiones; por transmitir mediante estas líneas las sorpresas de la vida, el rigor con que crecen, la inmensurable capacidad para concertar su formación con el adulto, para compartir las reglas del juego de un mundo de dependencia, reconocer las diferencias sociales, las leyes del mercado y la falta de condiciones reales para un desarrollo armónico, justo y equitativo. Un especial agradecimiento a miles de niños y familias, trabajadores y educadores populares, a investigadores y representantes de organizaciones que han hecho posible este documento.

marginados, somos los que sufrimos verdaderamente la miseria y somos pobres no porque queremos o por que Dios lo quiere así, sino porque nuestros padres y nosotros no tenemos oportunidades para vivir bien y soportamos la mala nutrición, la falta de salud porque nos enfermamos constantemente, nos maltratan, no podemos estudiar y cuando crecemos no sabemos qué hacer y por eso algunos son drogadictos y otros hacen mal a los demás. También nuestros padres tienen que sufrir mucho para darnos lo poquito que pueden conseguir y la mayoría no pueden trabajar en grandes empresas ni en fábricas donde ganen bien porque no saben leer ni escribir y se tienen que contentar trabajando por días, y cuando salen a vender mercancías o frutas o gaseosas los policías no los dejan y les quitan todo. El Gobierno y muchos dicen que nos ayudan y respetan nuestros derechos, pero nosotros no sabemos cómo lo hacen, no los vemos por ningún lado, ya no les creemos porque ni siquiera los conocemos y se parecen al cuento de caperucita roja y el lobo feroz, donde el lobo engaña a la abuela y a caperucita haciéndose pasar por bueno.

Aquí, muchas veces estamos alegres y jugamos a la lleva, al gato y al ratón, bolas, cinco huecos y ponchados, pero nos da miedo porque lo hacemos cerca del basurero y nos puede hacer daño o nos podemos caer y como es tan alto nos podemos hasta matar, lo que más nos gusta es elevar cometa que hacemos con hojas de papel periódico y guadua; pero estamos tristes porque sabemos que algunos niños han muerto muy pequeñitos y los que logramos sobrevivir tenemos que aguantar la falta de protección y nos da miedo, es como si estuviéramos desnudos y nadie nos quisiera abrigar.

Muchos amiguitos de nosotros en estos barrios han muerto en los lavaderos de las casas o quemados o porque se caen en pozos de aguas sucias y otros se queman el cuerpito jugando con veladoras o cuando tratan de cocinar los alimentos para sus hermanitos; todo esto sucede, cuando el papá y la mamá salen a trabajar y nos dejan solos en la casa; a otros de nosotros los que ya estamos grandecitos, también nos toca salir a trabajar cargando ladrillos, vendiendo cigarrillos y dulces, vendiendo condimentos o trabajando en la plaza de mercado cargando bultos -por la plata que nos quieran dar; así ayudamos en la casa para la comida, para que nuestros hermanitos puedan tomar tetero y para otras cositas que se necesiten.

Nosotros quisiéramos saber si algún día podemos mejorar nuestra situación, vivir en una casa que no sea de lata ni de cartón, que tenga agua, luz y las aguas sucias no se estanquen ni al frente, ni a los lados, que podamos estudiar y también jugar, que podamos creer que tenemos derechos y podemos ser el futuro...

Verónica, Manuel, Sandra, Jorge, Antonio, Pablo, jóvenes entre 16 y 19 años, de Cerro Navia, Sector Popular de Chile, comentan:

Cuestión de principios
(canción) -Fragmento-

Y si tienes frío o si tienes hambre
quisieras que todo de repente cambie
y si te lo callas un momento
y si no aclaras nada de esto a tiempo
sentirás la pena de morir con tu silencio,
sentirás la pena de morir con tu silencio.

Estamos hartos de todas las injusticias contra nosotros. Primero dicen que demos a conocer lo que sentimos, que somos el futuro de este país. Pero cuando nos damos cuenta de la realidad en que vivimos, que el sistema es privilegiado para algunos, que nuestra educación está destinada para servidores, en tanto a otros se les educa para mandar abusando del poder. Y por qué nosotros, si todos somos iguales?... Es decepcionante ir repitiendo lo que tu papá, mamá, mundo adulto nos ha enseñado. Hoy es tiempo de cambiar y decir lo que pensamos sin temor al autoritarismo. Jóvenes, niños, adultos, ancianos, somos todos personas, por qué no actuamos juntos? Te invito a empezar ahora...

Una joven voluntaria, en Panamá, comenta sobre la ocupación norteamericana:

Los niños están muy agresivos, desarreglados, sucios. Parecen abandonados les hace falta atención de los adultos, sino están los padres que sea alguien, algún adulto.
Están hambrientos, siempre tienen hambre. Los que tienen mucho deben compartir, no deben desperdiciar.
Estos niños no tienen privacidad, no tienen derechos. Dependen de todos. La guerra les ha privado de todo derecho...

Un niño comenta:

Cuando mi mamá me despertó, todo estaba rojo, había mucho ruido, corría mucha gente y cuando salimos habían matado a mi perro y a mis amiguitos del frente.
Yo sentí mucho miedo,... Vi un avión que echaba candela y dos barcos que disparaban al tutelar de menores. Yo sentí mucho miedo y estaba temblando y asustado, pensaba que me iban a matar y explotó mi casa...

El niño Dante de 12 años, peruano, escribe algunas estrofas recopiladas en el libro *Los pequeños zorros* de Juan Granda Oré-Rada Barnen y los titula *un nuevo día*:

> Dice que un día, tanto padecer acabará. Ese día todos los que han hecho sufrir, recién van a sufrir como nosotros.
> Y cuando los malos quieran huir no podrán, porque hasta sus perros los atajarán.
> Los cerros contarán todo lo que han visto, y así montonazos se joderán.
> Nosotros sin miedo, contentos estaremos. Todos tendremos papá, mamá, hermanos, también comida, ropa, plata, todo. Dicen pues que este día vendrá. Así me han dicho .

Así, encontramos los derechos al revés, el poderío impone el castigo a los débiles hasta causar peligro a la supervivencia de la generación y se articula cotidianamente el grito de "Salvese quien pueda" ante una situación de permanente violación a los derechos fundamentales del ser humano.

Lamentablemente, esta es la realidad que caracteriza el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, que a pesar de los progresos y adelantos de la humanidad, para una gran mayoría de los pobladores del mundo la satisfacción de las necesidades básicas de salud, alimentación, vivienda, educación y recreación, es sólo una posibilidad cada día más lejana, difícil y angustiosa.

Estadísticas suministradas por UNICEF han demostrado que por lo menos 150 millones de niños menores de cinco años padecen desnutrición, sobreviven con una salud y desarrollo deficiente, 100 millones de niños están privados de educación, 52 millones trabajan en condiciones de inseguridad y riesgo para su salud, 30 millones viven en las calles, 7 millones se encuentran en centros de adopción... 40 mil niños menores de los cinco años mueren cada día por enfermedades que son prevenibles y no existen políticas para superar el contagio de enfermedades, desarrollar acciones contra la explotación sexual, el maltrato físico y psicológico, preservar el medio ambiente, establecer sistemas de saneamiento y descontaminación, prevención de catástrofes naturales, suministro de agua potable y mejores condiciones de vida.

Estas cifras y formulaciones son más que reconocidas y seguramente podrán aumentar en observación directa con las condiciones de vida en poblaciones rurales y urbanas que a diario se debaten entre la miseria y la injusticia.

Los derechos del niño son los derechos humanos precoz y permanentemente violados; no se puede vivir, ni crecer, ni formarse con base en promesas, buenas voluntades y las mejores intenciones; se requiere de un

compromiso consecuente de los gobiernos para implementar políticas por el mejoramiento de las condiciones de vida, establecer mecanismos serios, veraces de respeto y defensa de los derechos de la infancia, asignar recursos, unificar esfuerzos y coordinación acciones, en cumplimiento al compromiso adquirido en la Cumbre Mundial realizada en New York en 1990.

EL PROCESO DE FORMULACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Desde inicios del siglo la formulación de proyectos, múltiples iniciativas y formas de presión, han generado el objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales de los niños.

En 1923, La Unión Internacional Save the Children redacta y aprueba una declaración que contiene cinco principios básicos de protección a la infancia conocida como Declaración de Ginebra. En 1924 la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones aprueba la Declaración en cuyo texto encontramos los elementos básicos que orientan procesos venideros.

Declaración de los Derechos del Niño de 1924

Por la presente declaración de los derechos del niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento de deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

En 1946, se estableció el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) con el propósito de ayudar a los niños y niñas víctimas de la Segunda Guerra Mundial.

En 1948, la Comunidad Internacional, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó la

Declaración de los Derechos del Niño, conformada por Diez Principios, reafirmados en los Derechos Fundamentales del Hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana.

> Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento... a fin de tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad.

En 1978, el gobierno de Polonia propuso la primera versión de una Convención Internacional relativa a los Derechos del Niño.

En 1979, se declaró el año Internacional del Niño, motivando la atención mundial en beneficio de la infancia y creándose un grupo de trabajo parte de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, encargado de revisar la propuesta de Polonia y presentar un texto final.

En 1989 (20 de noviembre), el grupo de trabajo presentó el texto definitivo de la Convención, aprobado por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

1990 (2 de septiembre), la convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor al haber sido ratificada por 20 gobiernos; pretende establecer para todos los pueblos un instrumento de validez universal, señalando el respeto y observancia de esos derechos en un mandato para el Estado, los padres y la sociedad.

LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Su importancia radica en el hecho de ser el primer instrumento que establece con carácter de obligatoriedad la responsabilidad de cumplir con sus normas; precisamente su cumplimiento y respeto podrá ser exigido jurídicamente; aspira ante todo colocar el tema del niño, su vida y desarrollo, como una prioridad no sólo en sus primeros años sino para el futuro, como un imperativo moral y ético vigente en todo momento y espacio de interacción social.

Este tratado internacional da un paso de gran trascendencia, en la medida que define al niño no como un ente pasivo de derechos, sino como un sujeto activo que puede expresarse y participar, reconociendo la dignidad del niño-joven como persona y en consecuencia de sus derechos inalienable; el interés superior del niño no puede ser definido para grupos selectos o casos concretos, sino para la niñez en general, definida como "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad"; los beneficios no

responden a un gesto de caridad, benevolencia y espontánea solidaridad, sino que deben responder a una función jurídica y social para las cuales se preven mecanismos de información, seguimiento y revisión de su aplicación.

La convención cubre cuatro grandes categorías de derechos:

Derechos de supervivencia, referidos a la protección y cuidados necesarios para garantizar el nacimiento y supervivencia del niño, los cuales comprenden aspectos tales como el derecho a la vida, a un nivel de vida adecuado y acceso a servicios médicos, de seguridad social y actividades de prevención en salud.

Derechos al desarrollo, referentes a las condiciones de promoción y protección necesarias para un desarrollo armónico e integral del niño. Incluyen derechos a tener una familia; a la educación; acceso a información, juego, recreación y actividades culturales; libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a la privacidad y a la identidad cultural.

Derechos de protección, referidos a las acciones de defensa y promoción por parte del Estado y los adultos, de aspectos fundamentales relativos a la vida del niño. Abarcan todos los derechos anteriores pero cubren además la protección contra toda forma de explotación o de crueldad; separación arbitraria de la familia; contra el abandono y el maltrato y todo abuso del sistema judicial penal.

Derechos de participación, concepto inédito en la legislación de minoridad, que se refiere al ejercicio de la condición de sujeto social por parte de los niños. Entre los derechos consagrados en este grupo, se encuentra la libertad de expresar sus opiniones y dar su parecer en los asuntos que afectan su vida. Además, en la medida en que se desarrollan sus capacidades, el derecho del niño a mayores oportunidades de tomar parte en la vida social de su país.

Joan Worker, de Filadelfia, cuenta:

> Ayer enterramos al hermano. Había estado en un hospital durante un mes, y los padres pagaron todo el dinero que teníamos. Pero hace unos días, le volvió a doler fuertemente el corazón. Los médicos le recetaron una medicina que cuesta casi 150 dólares. Mamá no tuvo tanto dinero, y el boticario que vive en nuestro edificio, no se la dio prestada porque mi papá está sin trabajo... Mi hermanito tenía 6 años. Yo tengo 10. Me duele el corazón también. Puedo morir. Esto puede sobrevenir en cualquier momento, quizás hoy inclusive...

La esencia de la nueva ética en favor de la Infancia está resumida en el principio del Plan de Acción aprobado en la Cumbre Mundial: "Los niños ante todo. Es decir, las necesidades esenciales de los niños deben tener la

máxima prioridad en la asignación de recursos". No sólo obliga a conceder primacía a la protección de la vida y el desarrollo de la infancia, sino también a que esta prioridad sea absoluta. Exige un compromiso que no puede posponerse en favor de otras prioridades que puedan parecer más urgentes; por el contrario debe mantenerse firme frente a los vientos de cambio que siempre soplan en el mundo de los asuntos humanos.

La aplicación de la Convención

Se insta a cada país a que reexamine, en el contexto de su situación nacional particular, su actual presupuesto nacional y en caso de los países donantes, sus presupuestos de asistencia para el desarrollo, para asegurarse de cumplir con las principales metas de supervivencia, desarrollo y protección del niño:

a) Entre 1990 y el año 2000, reducción de una tercera parte de la tasa de mortalidad de niños menores de un año y menores de cinco años o hasta 50 y 70 por 1.000 nacidos vivos, respectivamente, si ello representa una tasa de mortalidad menor;

b) Entre 1990 y el año 2000, reducción del 50% de la tasa de mortalidad materna;

c) Entre 1990 y el año 2000, reducción del 50% de la tasa de malnutrición grave y moderada de los niños menores de cinco años;

d) Acceso universal al agua potable y a medios sanitarios de eliminación de excrementos;

e) Para el año 2000, acceso universal a la educación básica y finalización de la enseñanza primaria por lo menos por el 80% de los niños en edad escolar;

f) Reducción de la tasa de analfabetismo de adultos (cada país determinará el grupo de edad conveniente) a por lo menos la mitad del nivel registrado en 1990, con especial interés en la alfabetización de las mujeres;

g) Mejoramiento de la protección de los niños en circunstancias especialmente difíciles.

Rafael León, periodista peruano, en el suplemento *Area Chica*, auspiciada por Radda Barnen, cuenta:

> Muchas fueron seducidas dentro de sus familias, por el tío el padrastro o el mismo padre. En otros casos, soldados o policías se cobraron con ellas la pernada brutal de las zonas de emergencia. Para algunas de estas chicas se trató de un juego de manos con el enamorado, el amigo, el compañero de colegio. Así, son cinco mil niñas las que anualmente en el Perú quedan embarazadas y se convierten en madres precoces. En muchos casos ni siquiera existe en sus cabezas la relación de causalidad entre algo parecido

> a un acto sexual y una criatura en los brazos con la que no es suficiente jugar, porque es un hijo al que hay que mantener.
> Por lo general el padre no existe, nunca un violador se hace cargo del producto de su delito y si se trata de un menor de edad, no tiene ninguna responsabilidad ni obligación con el niño ni con la madre. Cosas de ley.De esa ley que culpabiliza a estas niñas del propio abuso sexual del que fueron objeto y las coloca, mitad delincuentes, mitad madres a secas, en la condición de la persona adulta que a los quince años por sentido común no pueden ser. Fuera de la lay, salvo para los que la perjudica, las madres adolescentes peruanas pueden terminar en un instituto para menores antisociales, trabajando en la calle con el hijo colgado, sobrecargadas de responsabilidades dentro de esos hogares que facultaron el maltrato sexual o, incluso, reproduciendo lo que les ocurrió, para sobrevivir. En la prostitución, por ejemplo. Antes de tiempo sus vidas maduraron para lo peor, truncando su educación, afectando su salud y cerrando toda posibilidad de salir adelante tal como lo había soñado. Aquí los derechos del Niño reclaman por su condición de niñas, de mujeres, de personas.

En 1991, UNICEF diseñó un documento base para la presentación de los informes de cada país y la definición de programas nacionales en cumplimiento con las metas de la Cumbre Mundial y la aplicación de la Convención, con los siguientes lineamientos:

1. Una introducción que deberá incluir las prioridades de desarrollo nacional, la importancia del desarrollo humano dentro de los programas de desarrollo económico y el lugar que ocupan las mujeres y los niños en los planes y programas nacionales.
2. Describir los problemas y necesidades insatisfechas de los niños con un breve análisis de las causas básicas y subyacentes.
3. Situación de los niños y las mujeres con respecto a las metas de la Cumbre Mundial.
4. Fijación de prioridades y adaptación de metas en vista de su importancia y su acción sinérgica, así como su factibilidad.
5. Determinación de etapas y normas.
6. Recursos necesarios con relación al costo-eficacia disponible en cada país; estimándose la contribución del gobierno, las familias, la comunidad y la necesidad de ayuda externa.
7. Reestructuración de los presupuestos nacionales y de las asignaciones de ayuda favoreciendo los programas que puedan llegar a cantidades sustancialmente mayores de participantes y beneficiarios.
8. Ejecución, estrategias y enfoques.
9. Vigilancia con participación directa de las comunidades y la sociedad civil.

10. Investigación y Evaluación periódica de los programas con el propósito de corregir su curso y mejorarlos.

11. Cooperación Internacional y coordinación interinstitucional.

Existen organizaciones internacionales de cooperación, de trabajo infantil, de fomento al desarrollo social, tales como Save de Children, Radda Barnen, Christian Children Fund, Instituto Interamericano del Niño, Bice, Defensa de Niños Internacional, Red para la Infancia y la Familia en América Latina y El Caribe... las cuales asumen la responsabilidad civil de difundir la Convención sobre derechos del niño, no como una estrategia publicitaria, sino como un proceso de formación, concientización y apoyo a los trabajos concretos con la infancia, juventud, familia y comunidad.

Recogiendo los artículos 43 y 45 de la Convención, se asume la necesidad de estructurar un instrumento de seguimiento de la aplicación de la Convención, proporcionar asesoría, disponer de informes confiables y alternativos con la participación de organismos civiles dentro de una perspectiva regional que sintetice las particularidades de cada país.

Así mismo, se impulsa un proceso de conformación de comités o núcleos de trabajos por el seguimiento a la aplicación de la Convención que genere temas de debate dentro de la plena dimensión al Interés Superior del Niño, como la intervención definitiva en beneficio de la niñez y juventud desde la práctica cotidiana, lo vivencial.

Se proponen establecer planes de trabajo permanentes que incidan en el conocimiento, interpretación, manejo, seguimiento y aplicación de los artículos de la Convención, como en la búsqueda de alternativas comunes de cambio en las condiciones de vida de la infancia en América Latina y el Mundo entero.

> Mi nombre es Rocío, soy de Quito. Tengo 14 años, trabajo en la calle durante el día y estudio en la noche. Mis problemas son familiares y económicos.
>
> A mí me gusta el trabajo, pero a veces hay muchos problemas... vender periódicos diarios hay que correr bastante y no siempre te compran. Los que te venden a veces quieren reducirte tus ganancias y los que te compran, pagarte menos... pero aún así a veces es divertido, a mi me gusta...
>
> Bueno, la manera de vida en el Ecuador es similar a todos los países tanto en lo económico como en lo personal. Ahí el gobierno no le importa nada los niños, sólo cuando hacen propaganda en las caricaturas, sólo ahí les importan los niños. Nos hacen muchas promesas, nos hacen propagandas, nos utilizan como medios de comunicación, de transporte, de todo pero nunca se han puesto a pensar si es que nosotros tenemos sentimientos, si es que nosotros también somos seres humanos. A ellos lo único que les interesa es el dinero, por eso los niños lo único que les interesa es el dinero,

por eso los niños lo único que se han percatado es nacer. Trabajar, ¿para qué? para ayudar a sus hermanos, a sus familias y para ayudarse ellos mismos.

En lo económico, ahí todo sube, cada mes, cada día sube todo, nada está fijo, incrementan lo más necesario que se usa para la alimentación del chico, no tienen la posibilidad de alimentase bien, entonces lo único que hacen es buscar en los basureros algo que comer para ellos, algo que les sirva a ellos porque con el trabajo que ellos ganan no les alcanza.

... Por eso los niños ahora tienen mejor manera de pensar para un futuro positivo para las demás generaciones que vengan porque lo que hemos hecho es luchar y luchar para que los derechos sean respetados y que los demás niños vengan no a sufrir sino tener una vida feliz, sana y alegre...

... Hay mucha violencia, por ejemplo un niño que esté trabajando en la calle es golpeado, maltratado, lo llevan preso y cuando lo llevan hay que pagar mucho dinero, a los abogados, a las personas, a los policías para que lo suelten o a veces lo mandan al penal y de ahí le dan la sentencia o al tribunal de menores según la edad que tenga; pero de igual manera van allá porque siguen sufriendo tanto los de adentro como los de afuera, se sienten ahí acorralados y lo único que buscan es golpearlo y hacerle ver quién es el más fuerte, el más superior.

Nosotros hacemos una marcha de niños, la hacemos todos los años para ir a la casa del Presidente, hacemos letreros contra el Presidente para que vea que nosotros también tenemos sentimientos y le invitamos así como los demás niños duermen en la calle, a él le invitamos una noche a dormir en la calle para que vea lo que es dormir en la calle. A él no le gusta todo eso y manda a sus guardaespaldas, a sus policías para sacarnos de ahí, pero como somos muchos y los guardaespaldas no nos alcanzan porque si nos matan ya tenemos el respaldo de alguien, de mayores, que desde ellos nos hablan. Entonces lo único que el Presidente tiene que hacer es escucharnos, pero nunca nos cumple...

LOS DERECHOS DEL NIÑO EN COLOMBIA

El gobierno de Colombia, como signatario de la Declaración de la Convención de los Derechos del Niño, está obligado a cumplir con los propósitos y metas de la Cumbre: establecer las normas jurídicas y la implementación de políticas en favor de la infancia; generar una conciencia de respeto de los derechos del niño, sus necesidades, sus oportunidades; fomentar el pleno desarrollo de su potencial humano tomando en consideración los valores culturales y sociales del país; presentar informes veraces y objetivos, correspondientes a la situación de la infancia y las políticas de

desarrollo adecuadas, con el propósito de "los niños ante todo", logrando un proceso de difusión, coordinación interinstitucional, y el apoyo de las familias, las comunidades, organizaciones no gubernamentales, instituciones culturales, religiosas, comerciales y de otra índole incluyendo los medios de difusión.

Este proceso se ha evidenciado mediante la propuesta de generar una nueva cultura del niño en el país, que se base en el respeto por sus derechos de supervivencia, desarrollo, protección y participación; invertir en la infancia es invertir en el futuro ya que de ella depende tanto la vida como las posibilidades de desarrollo de las siguientes generaciones, que serán las encargadas de la producción y dirección del país.

Con esta fundamentación, el Congreso de la República aprobó el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño y fue sancionada por el Presidente de la República, a través de la ley 12 de 1991.

Por otra parte el Decreto 2737 de 1989 estableció el Código del Menor, que consagra los derechos fundamentales del niño bajo los principios rectores que orientan las normas de protección; define las situaciones irregulares -origen, características y consecuencias- bajo las cuales puede encontrarse el menor; y señala la competencia, procedimiento y reestructuración de los servicios encargados de proteger al menor que se encuentre en condiciones anómalas ; así como el funcionamiento del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

La Nueva Constitución (1991), consagró los Derechos de la Niñez y el principio de prioridad, especialmente en los artículos 44, 45, 50 y 67, y la protección al menor trabajador se considera como principio fundamental del Estatuto de Trabajo, reglamentando los requisitos para poder trabajar, el salario, auxilio de transporte, vacaciones, dotación, seguridad social, vigilancia y control.

Con la participación de cerca de cuarenta entidades se puso en marcha la Campaña *No hay derecho pequeño, respetar los derechos de los niños es cuestión de grandeza,* buscando el reconocimiento y respeto de los derechos de los niños como los primeros derechos humanos, y asumiendo responsabilidades y deberes para con ellos ya sea en la familia o en cualquier actividad de la vida cotidiana en la que estén involucrados.

Algunos programas gubernamentales dirigidos a la infancia

Plan Nacional para la Supervivencia y Desarrollo Infantil "Supervivir".

Liderado por el Ministerio de Salud, hace énfasis en la necesidad de generar acciones que mejoren la salud de las madres y niños, en problemas como maternidad sin riesgos, enfermedades diarreicas, infecciones respi-

ratorias, enfermedades prevenibles con vacunas, malnutrición, y de privación psicoafectiva, fundamentado en el autocuidado y la importancia a la oferta de servicios de salud, de atención básica, atención a la mujer gestante y en edad fértil. Pretende llegar a 1'200.000 familias.

Hogares comunitarios de Bienestar

Es un conjunto de acciones del Estado y la comunidad encaminado a propiciar el desarrollo psicosocial, moral y físico de los niños menores de 7 años, pertenecientes a los sectores de extrema pobreza.

Este programa consiste en la conformación de hogares comunitarios en casas de las familias, en los mismos barrios, donde habitan los niños, y una madre comunitaria atiende hasta 15 menores de 7 años, con la asesoría del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. De 700.960 niños atendidos en 1991 aspira cubrir en 1992 a 1'550.000 niños.

Universalización de la Educación Básica Primaria

Liderado por el Ministerio de Educación, ofrece a la zona rural la primaria completa mediante la metodología de escuela nueva a niños entre los 7 y 14 años.

Se propone desarrollar destrezas investigativas, creativas, analíticas y aplicativas de los niños, al igual que actitudes cívicas, democráticas y participativas, llegando a las 26.000 escuelas rurales y cubriendo 850.000 niños.

Educación Familiar para el Desarrollo Infantil "Pefadi"

Liderado por el Ministerio de Educación, con la participación del ICBF y el Ministerio de Salud, tiene como objetivo lograr un desarrollo infantil adecuado.

Apoya procesos de descentralización, la utilización al máximo de la escuela y la capacitación flexible y autodirigida; ha beneficiado a 232.723 niños, 137.970 campesinos, 11.532 vigías comunitarios, 10.220 grupos y 8.889 agentes educativos.

Comunicación para la Infancia

Liderado por el Ministerio de Comunicación, se propone informar, sensibilizar y crear un ambiente favorable hacia la niñez en los sectores decisorios y en la población general, diseñando una política de comunicación integral.

Comité Interinstitucional para la Defensa, Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez y la Juventud

Creado mediante Decreto 3110 de 1990 para facilitar la integración y coordinación interinstitucional de las diferentes acciones en favor de la niñez y juventud.

Además de generar un ambiente de sensibilización y reconocimiento de los derechos de niños y niñas consagrados en la Constitución, ha elaborado algunos documentos como: "Listado de responsabilidad institucional frente a los articulados de la Convención"; "Cuadro de responsabilidades y competencias institucionales"; y "Formato único de denuncias". Y se encuentra en diseño una guía para agentes educativos y servidores públicos.

El gobierno ha diseñado un plan de acción en favor de la infancia, la niñez y la juventud en el cual se integran programas en ejecución y se incorporan otros como la protección especial de menores, el grado cero como año de transición entre el hogar y la educación primaria, comisarías de familia, programas adelantados por Coldeportes, Policía Nacional, la incorporación de organizaciones no gubernamentales y la puesta en marcha de programas de investigación para la infancia y adolescencia, recreación y cultura.

Existen otros programas desarrollados por organizaciones no gubernamentales, organizaciones populares, grupos de expresión social, que se definen con relación a sus propios objetivos, metodologías, intereses, etc., y proyectan acciones por mejorar las condiciones de infancia y juventud.

La situación de los derechos humanos de los niños en Colombia

> Son las 7 de la mañana, la campana de la escuela anuncia la hora de clases, de todos lados se ven venir niños; allí viene fatigada, bostezando, llorando la niña Carmen.
>
> Entró a la escuela asustada, escuchando con tristeza un eco profundo, la voz de su mamá le grita: ¡pórtese bien, sin peliar, niña burra, no vaya hacer lo que en la casa, jugar y rocheliar, porque le doy palo! ese fue el beso de despedida.
>
> Carmencita, sólo puede tomar agua de panela al día, vestir con remiendos, vive en una pieza de lata y cartón, con 7 hermanos más, a su padre lo mataron por rebuscarse la vida, su cara muestra manchas de anemia, pero aseguran que son por el sol y la lluvia, es pálida, de ojos vivaces y pelo amarillento, sin vida.
>
> Cuando la profesora llega al curso, la niña aún seca sus lágrimas, mientras los demás niños repiten a coro los números, escriben en sus cuadernos las

promesas de Colón y el descubrimiento de América y por último tratan de escuchar nuevamente el cuento de Caperucita Roja y el Lobo Feroz; Carmencita, es la única niña que no repite la clase de matemáticas, ni de historia, ni de español; por esta razón la profesora la regaña, la castiga de rodillas frente a todos, le grita desaplicada, desobediente, niña bruta, no debe volver a la escuela hasta no hablar con su acudiente.

El acudiente no pudo ir a la escuela y a Carmencita no la dejaron volver a clase; a pesar de esto, repasaba los números al contar a sus hermanos, tíos y vecinos, conocía la historia del barrio, la del mercado y la de la escuela que fue construida entre todos, y se inventa cuentos con los niños de su cuadra.

Carmencita nunca más volvió a la escuela porque tuvo que acompañar a su mamá a lavar, planchar y vender arepas frente a su casa, cuidar de sus hermanitos, a entender por qué hay niños que mueren de diarrea, sigue creando cuentos para mitigar el hambre y la pobreza, hoy sabe sumar, restar, multiplicar y dividir sus esperanzas por un futuro mejor.

Esta es la historia de Carmencita, Viviana, Andrés, Pablo y muchos niños más.

No quisiera caer en escepticismo o pesimismo, al ser crítico frente a los programas hasta ahora implementados, que aunque importantes, en su gran mayoría no responden a las necesidades e intereses urgentes de la niñez colombiana, y se han convertido en paliativos ofrecidos por el gobierno o instituciones sin atacar las raíces del problema ni presentar alternativas reales de cambio en las condiciones de vida; sin maximizar recursos y esfuerzos, presentan problemas administrativos, presupuestales, burocráticos, clientelistas y asistencialistas, vacíos en sus procesos metodológico-pedagógicos y en su cobertura, y el Estado cada vez más va descargando su responsabilidad en las familias, comunidad y organizaciones sociales, bajo un modelo de desarrollo que va en contravía del bienestar de la infancia y el interés superior del niño.

Hace pocos días, organizaciones populares, investigadores, líderes de comunidad, se referían a la falta de garantías sociales para dar cumplimiento a las metas de la Cumbre mundial en favor de la infancia, para aplicar el articulado de la Convención con una realidad donde la mayoría de la población se debate entre la precariedad económica y la desprotección, los niños sufren las inclemencias de la calle y la explotación laboral, la venta y tráfico de niños y sus órganos es indiferente, la ley de educación y contenidos curriculares no corresponden a las condiciones socio-económicas y culturales de la nación, ni se cuenta con la participación real del educando, familia o comunidad, donde cada día el desempleo crece, los impuestos arrebatan las mínimas posibilidades de sobrevivencia, el robo y

la delincuencia por altos funcionarios del Estado quedan impunes, la violencia es cada vez más difundida por los medios de comunicación, las condiciones de maltrato son gestos cotidianos, y el modelo neoliberal y las condiciones del Fondo Monetario Internacional frente a la deuda externa arrinconan a millones de niños y sus familias en la miseria y opresión.

Aunque parezca contradictorio en Colombia como en América Latina, mientras más se divulgan y se lucha por los derechos humanos, y especialmente de los niños, más se encuentran violaciones y formas de sometimiento, ejercidas por intereses individualistas, egoístas... por intereses capitalistas que ha incrementado en los últimos tiempos los abusos contra la dignidad del hombre y la degradación del ser humano.

Nos preguntamos: ¿Los derechos humanos y el respeto a la vida para quién? ¿A que clase social favorecen los derechos humanos y las violaciones?

En Colombia, 165 niños menores de 5 años mueren diariamente por falta de acciones preventivas de alimentación, salud, cuidado psico-biológico, etc.; más de 26.000 de los 700.000 niños que nacen mueren antes de cumplir un año; 1'200.000 menores de edad sufren alto grado de desnutrición porque no pueden consumir calorías, vitaminas y proteínas; los mismo que sufren de diversos síntomas de enfermedades que pueden ser prevenidas con programas adecuados de atención primaria; el 30% de las muertes de la población infantil están asociadas con la desnutrición, y muchos niños o jóvenes mueren en las puertas de los centros de salud y hospitales, esperando atención básica, sin contar las urgencias en los casos de poblaciones damnificadas y niños de la calle de 5'095.000 escolares el 75% presenta condiciones de desnutrición, riesgos psicológicos en su crecimiento, problemas en su aprendizaje y dificultades de socialización.

Más de 100.000 niños viven sometidos a toda clase de tratos crueles en las calles, 810.000 son explotados laboralmente, y se calcula que más de 25.000 son abandonados anualmente. El 75% de la niñez colombiana vive en condiciones precarias de vivienda, vestido, recreación y salud ambiental -no cuentan con agua potable-, sólo el 10.5% de la población infantil recibe atención preescolar y un 20% de niños y niñas de 7 a 13 años no tienen acceso a educación primaria; como su fuera poco, existen programas que violentan los principios de la Convención sometiendo a los menores a trabajos que implican altos grados de explotación.

Un reflejo de la situación, la presenta el sector de Ciudad Bolívar del Distrito Capital, reconocido como el tugurio más grande de América Latina: comprende 180 barrios y 1'700.000 habitantes aproximadamente, las condiciones de vida son infrahumanas, se carece de servicios públicos, empleo, educación y vivienda; el 70% del desempleo de la capital se concentra allí, apenas cuenta con un hospital con sólo 30 camas y equipos en mal estado, 19 escuelas con pésima dotación las cuales albergan a 13.000

estudiantes para una demanda de 200.000, hay 3 centros de mercado en condiciones deficientes de salubridad, el transporte cubre apenas el 60% de la demanda total, el servicio de alcantarillado, pavimentación y alumbrado público es pésimo, no existen sitios adecuados de recreación, deporte y expresión artística y mientras se habla de alternativas sociales para la niñez y juventud, los pobladores en mayo de este año denunciaron el asesinato de 150 personas menores de 18 años en 5 meses.

Ser niño, ser joven hoy en día es casi una utopía; es sentir todo el peso de la crisis económica, política y social; es ver frustradas muchas esperanzas de afecto, armonía, salud, aprendizaje y juego en una sociedad donde se afianzan conocimientos y capacidades únicamente para la sobrevivencia, que no sólo se da en términos económicos sino socio-culturales, para salir adelante, pese al costo social de marginamiento, segregación, explotación y postergación, traducida en el desconocimiento de las características inherentes al ser niño y ser joven, pues su protección es sustituida por la denuncia a su desarrollo integral y sus derechos por sólo obligaciones o buenas voluntades.

Cada día que pasa, los niños y familias de los sectores populares ven cómo se reducen sus oportunidades de subsistencia, no le encuentran sentido a la vida, se afianza la desintegración familiar y se ven abocados a problemas degradantes como la vagancia, el robo, la mendicidad, el tráfico y consumo de drogas, la prostitución y embarazo precoz, el homosexualismo y la subordinación a las más crueles y miserables formas de trabajo.

Basta con recorrer las calles de los barrios periféricos de las grandes ciudades, para reconocer esta cruda realidad, para encontrar en ellas un espacio de vida e intercambio de intereses, de trabajo en términos de "rebusque", de agrupación y afectividad.

Encontramos niños y jóvenes de y en la calle, agrupándose en bandas, pandillas o "parches" que frecuentemente son rechazados por la comunidad, perseguidos y violentados por la policía o grupos paramilitares, muchos trafican con armas y drogas, inhalan sustancias tóxicas, juegan maquinitas y se juegan la vida ante la sociedad y la angustia que les provoca el aislamiento social.

Pareciera que ya no hay lugar para ellos, que no pueden tener un espacio propio, que sólo requieren del hacinamiento, falsas esperanzas y orientaciones; son niños, son jóvenes e incluso familias mal llamadas de plástico o "desechables", producto de la falta de garantías sociales, de narcotráfico, de dictadura, de guerra, de televisión, niños y jóvenes que crecen con imágenes de violencia, engaño y discriminación, corridos de la escuela por falta de atención y problemas de aprendizaje, menospreciados por su color de piel, aseo, vestido o limitación física; en fin, son niños de los sectores periféricos o populares.

La situación de los niños en América Latina

La terrible situación de crisis económica y social que vive hoy día América Latina se refleja dramáticamente en la condición de vida de la infancia. Se teme que de la década perdida se pase a la generación perdida.

Ser pobre y niño hoy día en América Latina es una doble condición de desventaja y marginación, que lleva a comprometer hasta el más elemental derecho a la sobrevivencia. Y es que la sobrevivencia no es un horizonte de vida ni recoge la globalidad de aspiraciones de un proyecto social. Si las estrategias de sobrevivencia no van acompañadas de un rechazo a la sobrevivencia como tal, como horizonte y espacio de vida, no seremos sino cómplices de los intereses transnacionales que saben bien que una crónica situación de sobrevivencia es una situación más cercana a la desmovilización que a la movilización organizada, crítica y políticamente articulada.

En estos últimos años la tasa de mortalidad infantil ha empezado otra vez a subir, después de haber bajado entre 1960 y 1980. En síntesis puede calcularse que dos de cada diez niños fallecen antes del año de edad. Una "carnicería silenciosa" que cada año suma un número de víctimas superior al de una guerra devastadora. Todavía la civilización contemporánea garantiza para muchos niños tan sólo la paz de los muertos.

Los que sobreviven, enfrentan durísimas y dramáticas condiciones de existencia. Se puede calcular que la mitad de la niñez latinoamericana está desnutrida. 40 millones de niños deambulan trabajando en las calles, maltratados, explotados, expuestos a la agresividad y violencia de la "sociedad oficial". Deserción, abandono, repitencia son fenómenos masivos en el espacio educativo, mientras la lógica fondo-monetarista impone cortar drásticamente los recursos destinados al servicio escolar. Abandono, desamparo, violación, inexistencia anagráfica, maltrato, represión, hasta abiertas matanzas y torturas son fenómenos usuales en la experiencia de los niños pobres latinoamericanos. Se trata de la reproducción brutal en contra de los niños de una dinámica clasista e imperialista, manejada por quienes moralizan verbalmente en favor de "los derechos del niño", firman convenciones en defensa de la vida, y luego dictan las normas económicas y políticas que siguen matando, violando, explotando a los menores en favor del privilegio de unos cuantos acomodados.

En Brasil en estos últimos años miles de "meninos de la rua" han sido ejecutados por grupos paramilitares a sueldo de comités de comerciantes deseosos de "limpiar el barrio". ¿También esto se justifica en nombre de la "lógica del mercado"?

¿También esta inhumana filosofía que quiere acabar con la pobreza eliminando físicamente a los pobres?

Sin embargo, dentro de este obscuro escenario ni los pobres, ni los niños y niñas de nuestros pueblos se han resignado a tan cruda situación.

En el continente ellos han irrumpido también con fuerza y creatividad.

Los miles y miles de niños trabajadores, los que diariamente no sufren sino luchan y resisten junto con sus familias y sus comunidades, los que activamente participan en las "estrategias de sobrevivencia" populares, los que en la calle reconstruyen un espacio de vida frente a una sociedad que se los niega, los niños cargando sus hermanitos pequeños, el muchacho jugando entre escombros, el chico escribiendo sobre un papel sucio, dibujando, pintando colores aun cuando todo pareciera gris: todos ellos nos dicen de una infancia sufrida pero no muerta, sitiada pero no rendida, angustiada pero no desesperada.

Nos resistimos a pensar que a causa de tanto sufrimiento y engaño nos vamos acostumbrando a vivir en medio de la muerte, la violencia, del egoísmo; en medio de la opulencia para unos pocos y la miseria para la gran mayoría, en medio de la destrucción del núcleo familiar y comunitario; a repetir e implementar indiscriminadamente las sonadas frases: "sólo para blancos", "únicamente adultos", "aquí hablamos los mayores", "se arrienda sin niños", "no traigan niños a la reunión", "los niños son..."

Nos oponemos a la indiferencia frente al dolor de nuestros familiares, amigos o vecinos, a la indiferencia frente al alto costo de la vida, a la indiferencia frente a la manipulación y sometimiento a intereses particulares o extranjeros, a la indiferencia frente al deterioro cada vez mayor de las condiciones de vida.

Y es que cuando vamos en el bus cansados y maltratados, cuando vemos las calles llenas de comercio sin compradores, cuando sentimos el correr del tiempo con una vida sin metas ni objetivos, cuando percibimos la fatiga de la subsistencia, cuando experimentamos frustraciones y retrocesos cotidianamente, cuando llegamos a los barrios populares con calles de lodo y piedra, cuando entramos a sus casas de cartón y lata, cuando vemos esos niños semidesnudos, desnutridos y con lágrimas de humildad cantando rancheras de esperanza, imaginando castillos de armonía y soñando con amplios horizontes de dignidad, no podemos pensar en hacer parte de la indiferencia, quedarnos con los brazos cruzados o acostumbrarnos a vivir por vivir. Nuestro aporte se proyecta más allá de la reflexión crítica y es en la búsqueda de alternativas conjuntas para el cambio de las condiciones sociales.

Vemos la importancia de creer en la lucha por la defensa de los derechos humanos de los niños y comprometernos a crear una conciencia nueva y transformadora de la situación real de las comunidades, ser conscientes de nuestro papel histórico dentro de la sociedad y buscar las posibles soluciones a los problemas, en especial con la infancia, que necesita urgentemente unas condiciones humanas, justas y racionales.

Es nuestro deber hacer que los derechos de los niños cobren su magnitud dinámica y no se queden en una estructura estática de letras y buenas voluntades, es imperiosa la necesidad no sólo de declarar los principios o la convención, hay que ir más allá, abordarlos unificadamente y no escatimar esfuerzos para exigir su cumplimiento y podamos proyectar nuestro futuro en una sociedad que va creciendo con nuevas semillas capaces de florecer con un mundo más integral, armónico y solidario.

Convoco fraternalmente a todos los presentes a generar acciones concretas, cotidianas, vivenciales en torno a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, a crear un espacio de análisis y reflexión sobre la situación de la infancia, en foros, reuniones, seminarios, talleres sobre derechos humanos; muchas inquietudes reflejan la necesidad de conocernos, reunirnos, coordinarnos para construir nuevos horizontes, levantar nuevas esperanzas aislados de prevenciones y del usufructo de intereses individualistas y egocéntricos, intercambiar experiencias, aunar esfuerzos y recursos, crear canales de comunicación, apoyo, denuncia, que nos permita el fortalecimiento y mayor proyección.

Con profundo agradecimiento a la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, quiero proponer abrir un capítulo permanente sobre los derechos humanos de los niños y un proceso de interacción conjunta por el respeto y defensa de la niñez.

BIBLIOGRAFIA

AFANASIEV, I: *"No fusilen el arco iris"*, Editorial Planeta, Moscú, 1985.

COMUNICACION PARA LA INFANCIA Y LA MUJER: "Constitución Nacional y ley 12 de 1991", *No hay Derecho Pequeño*, Ministerio de comunicaciones, Bogotá, Colombia, 1991.

CUADROS FERRE, MARIA INES: "Situación de la Niñez y de la juventud en Colombia" (ponencia), Asociación Colombiana para la Defensa del Menor Maltratado, Cali, abril 18 de 1991.

CUSSIANOVICH,ALEJANDRO: "Ser pobre y niño hoy en América Latina", En *Niños trabajadores: experiencias y reflexiones*, IPEC, Lima 1988.

GOMEZ, MIGUEL; SOTTOL, SUSANA: *En paños menores, infancia y adolescencia en Paraguay*, CEDEM, RADDA, BERNEN, Asunción Paraguay, 1991.

GRILLO GEMMA ELISA; SHIBOTTO, GIANGI: ... Y *trabajan de todas las edades..., testimonios de niños trabajadores de América Latina*, Perú, 1a. Edición, enero 1992.

I.C.B.F.: *Código del menor*, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, Colombia, 1991.

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO: *Infancia,* Boletín No. 230, julio, 1990.

LEÓN, RAFAEL: "Jugando a la Mamá?", *Area Chica* Nº 7, Radda Barnen, octubre, 1991.

MURILLO N., MARCO ANTONIO: "Derechos Humanos y Sometimiento", Boletín Nº 3 LA RED, 1990, Boletín Nº 6, LA RED, Bogotá, Colombia 1991; "Los Derechos del niño", Escuela de Padres, COMPENSAR, Bogotá, 1990.

PRIETO, JAIME: "Sin mas ley que la del mercado", *Colombia Hoy*, Nº 84, Bogotá, 1990.

UNICEF: "Estado Mundial de la Infancia", 1990.

PROCEDIMIENTOS Y MECANISMOS DE CONTROL DE LA OIT

*Luis M. Zamudio**

De todos es sabido que la Organización Internacional del Trabajo nació como consecuencia de la Parte XIII del tratado de Versalles, su constitución de la OIT en 1919, fijó dos grandes postulados: el trabajo no es una mercancía; y la paz se logra y se conserva mediante una verdadera justicia social.

Entonces se sabía que el grado de injusticia era tal que la clase trabajadora estaba sometida a condiciones de vida y trabajo inhumanos y degradantes; pero se temía que una legislación laboral aislada produciría desventajas en la competencia que se denominó Revolución Industrial.

El preámbulo de la Constitución de 1919 y la Declaración de Filadelfia de 1944, parte integrante de la misma, exponen en forma clara la vocación de justicia social del organismo creado, y su función normativa.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ESFERA DE LA OIT

En la labor normativa de la Organización, se han adoptado a la fecha 172 Convenios y 179 Recomendaciones Internacionales del Trabajo, que abarcan muy diversas y variadas materias; los derechos humanos allí incluidos de acuerdo con una clasificación generalizada son: Libertad sindical trabajo forzoso y obligatorio e igualdad de oportunidades y de trato; pero la política actual de la Oficina Internacional del Trabajo, establecida por su director general, incluye otros: Trabajo de menores, y

* Consejero Regional en Normas de la OIT.

poblaciones y pueblos indígenas y tribales. No pasamos por alto la corriente que reconocería al trabajo en sí mismo como un derecho humano fundamental.

Los Convenios

Libertad sindical: Convenios y recomendaciones sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); representantes de los trabajadores, 1971 (núms. 135 y 143 R); Organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núms. 145 y 149 R); relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núms. 151 y 159 R); derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11, territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 84).

Trabajo forzoso u obligatorio: Convenios y recomendaciones sobre trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); imposición indirecta del trabajo, 1930 (núm. 53) R; abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)

Igualdad de oportunidades y de trato: Convenios y recomendaciones sobre igualdad de remuneración, 1951 (núms. 100 y 90 R); discriminación (empleo, ocupación), 1958 (núm. 111 y 111 R); trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156 y 165 R);

Trabajo de menores: Convenios y recomendaciones sobre Edad mínima. a) Edad mínima (industria, 1919, núms. 5; 22937, núm. 59); (trabajos no industriales, 1932, núm. 33; 1937, núm. 60) (agricultura, 1921, núm. 10); (trabajo subterráneo, 1965, núms. 123 y 124 R); edad mínima, 1973 núms. 138 y 146 R. b) Trabajo nocturno. De los menores (industria, 1919, núm. 6; 1948 núm. 90; trabajos no industriales, 1946, núms. 79 y 80 R). c) Examen médico. De los menores (industria, 1946, núm. 77); (trabajos no industriales, 1946, núms. 78 y 79 R); (trabajos subterráneos, 1965, núm. 124). d) Trabajos subterráneos. Condiciones de empleo de los menores (trabajo subterráneo), 1965, núm. 125) R.

Mecanismos de control

Tradicionalmente se han dividido los mecanismos de control en dos grandes ramas: métodos regulares y métodos especiales. Existen características comunes a ambos, tales como el control constitucional del cumplimiento (aplicación) de los Convenios ratificados por los Estados miembros. El mecanismo de control se inicia al aplicarse el artículo 22 de la Constitución de la OIT, que dice:

> Artículo 22
> Cada uno de los miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para

> poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite.

Antes de continuar con la explicación, aclaremos la acción vinculante en la esfera jurídica que resulta de la ratificación.

La ratificación consiste en la declaración de voluntad, realizada por un funcionario gubernamental con facultades suficientes para obligar a su Estado, frente a otros Estados o frente a organismos internacionales, manifestando que el espíritu y letra del Convenio se aplicarán a cabalidad.

Es necesario explicar que cada país recibe de modo uniforme la información relativa al cumplimiento de cada Convenio, para lo cual, después de la adopción de un Convenio en la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración de la Organización adopta un "formulario de memoria", relativo a cada instrumento en particular, que sirve de guía a los gobiernos para que suministren información, concreta y detallada sobre su aplicación legislativa y práctica.

El examen de estos informes se reservó en un principio a la Conferencia en pleno; más adelante, ante el aumento de ratificaciones y, consecuentemente de los informes escritos, se crearon dos cuerpos que auxilian a la Conferencia en el análisis de las informaciones recibidas. La Comisión de Expertos (cuerpo colegiado compuesto por 20 juristas de reconocimiento internacional), se encarga de estudiar si la legislación en su conjunto y la práctica nacionales dan plena aplicación a los convenios ratificados. Otro cuerpo que auxilia es la Conferencia en el estudio de la memorias, es la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo (en lo sucesivo: Comisión de Normas). Esta comisión se constituye inmediatamente después que la Conferencia inaugura formalmente sus trabajos, siempre el primer miércoles de junio de cada año. Su composición es tripartita.

Acción tripartita en los mecanismos de control

El artículo 23 de la Constitución de la OIT, a la letra dice:

> Artículo 23
> 1. El Director General presentará en la siguiente reunión de la Conferencia un resumen de las informaciones y memorias que le hayan comunicado los miembros en cumplimiento de los artículos 19 y 22.
> 2. Todo miembro comunicará a las organizaciones representativas y reconocidas, a los efectos del artículo 3, copia de las informaciones y memorias que haya enviado al Director General en cumplimiento de los artículos 19 y 22.

Al establecerse la obligación de comunicar copia de las memorias a las agrupaciones profesionales mas representativas de empleadores y trabajadores, se abre la posibilidad (y esa fue la intención del legislador en 1919) de que las agrupaciones profesionales transmitan sus comentarios a la Comisión de Expertos (C.E.). Evidentemente existe la posibilidad práctica de que los comentarios sean en sentido positivo o negativo, pero en la práctica el mayor número de comentarios se refieren a puntos de no coincidencia, de forma o de fondo, con lo informado por los gobiernos. Por ejemplo, la Comisión de Expertos en su informe a la 27A Reunión de la Conferencia, manifiesta haber examinado 201 observaciones provenientes, 48 de las organizaciones de empleadores y 153 de las de trabajadores; el número más elevado jamás recibido, que testimonia el interés de las organizaciones por la aplicación de las normas.

Del análisis de las memorias, la Comisión de Expertos desprende dos tipos de comentarios que le ayudarán en el seguimiento de cada caso en particular: las solicitudes directas y las observaciones. Las primeras consisten en una relación epistolar entre la C.E. y los gobiernos; sin ser de carácter confidencial, no se hacen del conocimiento público o general porque no se publican (los interesados pueden solicitar un ejemplar a la oficina). Una solicitud directa no satisfecha durante un cierto período, se convertirá en una observación, referida a casos en los que claramente se evidencia una falta de aplicación del Convenio, ya sea en la práctica o en una legislación insuficiente, o bien por una clara contradicción entre la letra y espíritu del Convenio y el derecho positivo del Estado miembro de que se trate. Estas observaciones se contienen en un informe que, de acuerdo a su mandato, dicha C.E. debe rendir a la Conferencia cada año. Este informe se publica en varios idiomas y es de amplia difusión. Para algunos tratadistas esta publicidad marca el inicio de lo que en la doctrina se conoce como "vergüenza pública"; sistema de "penalización" que se reconoce en el derecho internacional.

Una observación no satisfecha durante un cierto periodo, trae como consecuencia la remisión del caso a la comisión de normas de la OIT.

La comisión de Expertos

Su mandato

Examinar las memorias sobre los convenios ratificados (art. 22, Constitución); las memorias sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones (art. 19); las informaciones sobre la sumisión de los instrumentos a las autoridades competentes (art. 19); y las memorias e informaciones sobre la aplicación de los convenios en los territorios no metropolitanos de un Estado (arts. 22 y 35).

Composición

20 juristas de renombre internacional, elegidos a título personalísimo a propuesta del Director General de la Oficina al Consejo de Administración, por un período de tres años renovables sin límite.

Principios

Tres son los principios de este cuerpo colegiado: imparcialidad, objetividad e independencia.

La Comisión de Normas de la Conferencia

Composición y mandato

Su composición es tripartita, y para lograr la igualdad de votos entre los tres grupos se recurre a la ponderación de ellos, conforme al sistema de coeficientes. Su mesa está integrada por un presidente (gubernamental) y dos vicepresidentes (empleador y trabajador), escogidos de cada uno de los tres grupos. La completa normalmente un ponente (o relator).

Conforme reza el Art. 7 del Reglamento de la Conferencia, las atribuciones de la Comisión son: a) examinar las medidas adoptadas por los Estados para dar efecto a las disposiciones de los convenios en que sean parte, así como las informaciones proporcionadas por los Estados sobre el resultado de las inspecciones; b) analizar las informaciones y memorias enviadas sobre los convenios y las recomendaciones conforme al art. 19 de la Constitución; c) estudiar las medidas adoptadas por los Estados conforme al art. 35 de la Constitución. La Comisión debe presentar un informe a la Conferencia.

Objeto y organización de los trabajos

El objeto de los debates en la Comisión es intercambiar opiniones sobre la evolución de los problemas normativos de la OIT, y la manera en que los países cumplen con los compromisos contraídos en materia de sumisión y de aplicación de los convenios ratificados.

La discusión se realiza sobre la base del informe de la Comisión de Expertos, comenzándose con un debate sobre la parte general, al que sigue otro sobre el estudio general relativo al tema específico. La mayor parte de la reunión está dedicada a examinar las observaciones sobre la aplicación de los convenios y la obligación de sumisión.

Para el así llamado examen de casos individuales, la mesa de la Comisión confecciona una lista de países que tienen problemas importantes con respecto a uno o más convenios, o en materia de sumisión; sometida a la aprobación de la Comisión, se prepara sobre la base de las observaciones formuladas por la Comisión de Expertos en su última reunión (esta Comisión, como se ha visto, ya ha anticipado por su parte ciertos casos que quisiera fueran discutidos en la Conferencia). La Comisión de la Conferencia no está sin embargo limitada a los casos incluidos en el informe de la Comisión de Expertos, sino que podría examinar otros cuya importancia lo justifique y que figuran en una solicitud directa de ésta. Casos que no estén en estas condiciones no son susceptibles de discusión en la Conferencia.

Según la práctica seguida, la discusión se basa en los comentarios de la Comisión de Expertos y las explicaciones orales y escritas de los gobiernos interesados. Las informaciones provenientes de otros procedimientos de la OIT (p. ej., de casos ante el Comité de Libertad Sindical) tendrían que haber sido consideradas por la Comisión de Expertos en sus comentarios para poder ser incluidas en la discusión.

Los representantes de los gobiernos (que pueden o no ser miembros de la Comisión), cuyos países figuran en la lista son invitados a responder a las observaciones formuladas por la Comisión de Expertos. Pueden hacerlo por escrito, pero la Comisión de la Conferencia puede decidir que desea oir explicaciones orales suplementarias. Se trata, esencialmente, de permitir que el gobierno proporcione todas las informaciones sobre el caso, y señalar las dificultades que encuentra para el cumplimiento de sus obligaciones. Los miembros de la Comisión (en la práctica son generalmente los empleadores y los trabajadores) intervienen llamando la atención sobre los problemas graves, formulando preguntas, solicitando mayores explicaciones y sugiriendo soluciones a los problemas.

El debate sobre cada caso finaliza con una conclusión de la Comisión, enunciada por su presidente, la cual nunca modifica los comentarios de la Comisión de Expertos; sin embargo, las informaciones aportadas durante el debate son tenidas en cuenta por ésta en la prosecución de su tarea de control.

El diálogo es reproducido en el informe de la Comisión de la Conferencia. En 1957, la Comisión estimó que en algunos casos las discrepancias observadas eran tan fundamentales o databan de tanto tiempo, que debería llamarse la atención de la Conferencia sobre estas situaciones poco satisfactorias. Desde entonces, se destacan en el informe los casos considerados por la Comisión como más importantes o especiales de incumplimiento. El sistema utilizado en la actualidad fue adoptado en 1980, después de un examen detallado de la cuestión por un grupo constituido para el efecto, que deliberó durante las reuniones de la conferencia en 1979 y 1980.

El informe de la Comisión

El informe es publicado en las Actas de la Conferencia y sometido a ella para su adopción. Consta de dos partes: el informe general; y la reproducción del diálogo sostenido durante la reunión con respecto a los casos individuales.

En la parte general se destacan los casos importantes de incumplimiento, siguiendo diversos criterios. Por un lado, se trata de la falta de cumplimiento de obligaciones formales: falta de sumisión a las autoridades competentes de convenios adoptados por la Conferencia en un período de siete años seguidos; omisión de envío de la primera memoria; omisión de envío durante los dos últimos años de memorias sobre convenios ratificados; falta de información referente a todas o a la mayoría de las observaciones y solicitudes directas; omisión de indicar, durante los tres últimos años, las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores a las que los gobiernos deben enviar copias de las memorias e informaciones. En el informe se toma nota de las explicaciones proporcionadas eventualmente por los gobiernos sobre las dificultades que tuvieran para cumplir con sus obligaciones.

Por otro lado, se trata de los casos de falta de aplicación de los convenios ratificados. Ciertos casos especiales, considerados suficientemente graves por la Comisión y a cuyo respecto expresa su preocupación, son mencionados sumariamente en los llamados "párrafos especiales", con una conclusión o recomendación de la Comisión a ese respecto. Otros casos pueden ser mencionados bajo el criterio más severo de "falta continua de aplicación", cuando se ha comprobado graves deficiencias durante varios años en la aplicación de un convenio por determinado país. Son raros los casos mencionados bajo este criterio.

Cabe señalar que en el informe también se mencionan los casos de progreso, cuando se comprueba que los gobiernos han efectuado modificaciones en su legislación y en la práctica con el objeto de eliminar las discrepancias previamente discutidas por la Comisión.

Finalmente, existe un último criterio bajo el cual se mencionan a los gobiernos que se han abstenido de tomar parte en el debate relativo a su país, pese a las reiteradas invitaciones de la Comisión de la Conferencia. Durante la reunión de la Comisión en 1987 se adoptó una medida complementaria con respecto a este criterio, para hacer frente al problema planteado en los últimos años de no comparecencia de diversos gobiernos ante la Comisión. Esta medida prevé cierta publicidad en cuanto a la invitación de los gobiernos a presentarse ante la Comisión y establece que si éstos no respondieran, el caso se tratará de todos modos el último día de la discusión de los casos individuales. El objeto no es "tratar estos casos en cuanto al

fondo, sino de hacer resaltar en el informe la importancia de las cuestiones planteadas y las medidas que conviene adoptar para reanudar el diálogo".

El informe es sometido al plenario de la Conferencia, para su adopción.

Reclamaciones y quejas

Una característica común a ambos procedimientos es que se tramitan ante el Consejo de Administración. Los artículos constitucionales que establecen los procedimientos son:

> Artículo 24
> Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.
>
> Artículo 25
> Si en un plazo prudencial no se recibiere ninguna declaración del gobierno contra el cual se haya presentado la reclamación, o si la declaración recibida no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, éste podrá hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida.
>
> Artículo 26
> 1. Cualquier miembro podrá presentar ante la Oficina Internacional del Trabajo una queja contra otro Miembro que, a su parecer, no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado en virtud de los artículos precedentes.
> 2. El Consejo de Administración podrá, si lo considerare conveniente y antes de referir el asunto a una comisión de encuesta, según el procedimiento que más adelante se indica, ponerse en relación con el gobierno contra el cual se presente la queja, en la forma prevista en el artículo 24.
> 3. Si el Consejo de Administración no considerase necesario comunicar la queja al gobierno contra el cual se haya presentado, o si, hecha la comunicación, no se recibiere dentro de un plazo prudencial una respuesta que le satisfaga, el Consejo de Administración podrá nombrar una comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión planteada e informar al respecto.
> 4. El Consejo podrá seguir el mismo procedimiento de oficio o en virtud de una queja presentada por un delegado de la Conferencia.

5. Cuando el Consejo de Administración examine una cuestión suscitada por la aplicación de los artículos 25 o 26, el gobierno interesado, si no estuviere ya representado en el Consejo de Administración, tendrá derecho a designar un delegado para que participe en las deliberaciones del Consejo relativas a dicha cuestión. La fecha en que deban efectuarse las deliberaciones se notificará en tiempo oportuno al gobierno interesado.

6. Todo Miembro que haya comunicado una declaración en virtud del párrafo precedente podrá comunicar periódicamente, de acuerdo con las disposiciones del convenio, una nueva declaración que modifique los términos de cualquiera otra anterior y dé a conocer la situación en lo que concierne a tales territorios.

7. Cuando las cuestiones tratadas en el convenio caigan dentro de la competencia de las autoridades de cualquier territorio no metropolitano, el miembro responsable de las relaciones internacionales de dicho territorio deberá comunicar el convenio al gobierno promulgue la legislación pertinente o adopte otras medidas. Posteriormente, el miembro, de acuerdo con el gobierno del territorio, podrá comunicar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo una declaración por la que acepte las obligaciones del convenio en nombre de dicho territorio.

8. Cualquier declaración en virtud de la cual se acepten las obligaciones de un convenio podrá ser comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo:

a) por dos o más miembros de la Organización, respecto a cualquier territorio que esté bajo su autoridad conjunta; o

b) por cualquier autoridad internacional responsable de la administración de un territorio en virtud de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de cualquier otra disposición vigente para dicho territorio.

9. La aceptación de las obligaciones de un convenio en virtud de los párrafos 4 o 5 implicará la aceptación, en nombre del territorio interesado, de las obligaciones establecidas en el convenio y de las obligaciones que según la Constitución de la Organización se apliquen a los convenios ratificados. En la declaración de aceptación se podrán especificar las modificaciones a las disposiciones del convenio que sean necesarias para adaptarlo a las condiciones locales.

10. Todo miembro o autoridad nacional que haya comunicado una declaración en virtud de los párrafos 4 o 5 de este artículo podrá comunicar periódicamente, de acuerdo con las disposiciones del convenio, una nueva declaración por la que modifique los términos de cualquier declaración por la que modifique los términos de cualquier declaración anterior o por la que deje sin efecto la aceptación de las obligaciones de cualquier convenio en nombre del territorio interesado.

11. Si no se aceptaren las obligaciones de un convenio en nombre de un territorio al que se refieren los párrafos 4 o 5 de este artículo, el

Artículo 27
En caso de que se decidiera someter a una comisión de encuesta una queja recibida en virtud del artículo 26, cada miembro, le concierna o no directamente la queja, se obliga a poner a disposición de la Comisión todas las informaciones que tuviere en su poder relacionadas con el objeto de dicha queja.

Artículo 28
La comisión de encuesta, después de examinar detenidamente la queja, redactará un informe en el cual expondrá el resultado de sus averiguaciones sobre todos los hechos concretos que permitan precisar el alcance del litigio, así como las recomendaciones que considere apropiado formular con respecto a las medidas que debieran adoptarse para dar satisfacción al gobierno reclamante, y a los plazos dentro de los cuales dichas medidas debieran adoptarse.

Artículo 29
1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará el informe de la comisión de encuesta al Consejo de Administración y a los gobiernos a los cuales concierna la queja, y procederá a su publicación.
2. Cada uno de los gobiernos interesados deberá comunicar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, dentro de un plazo de tres meses, si acepta o no las recomendaciones contenidas en el informe de la comisión y, en caso de que no las acepte, si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia.

Artículo 30
En caso de que uno de los miembros no adoptare, para la aplicación de un convenio de una recomendación, las medidas prescritas por los párrafos 5b), 6b) o 7b)i) del artículo 19, cualquier otro miembro podrá someter la cuestión al Consejo de Administración. Si el Consejo de Administración reconociere que el miembro no ha adoptado dichas medidas, informará a la Conferencia sobre el particular.

Artículo 31
La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre cualquier reclamación o cuestión que le haya sometido en virtud del artículo 29 será inapelable.

Artículo 32
La Corte Internacional de Justicia podrá confirmar, modificar o anular las conclusiones o recomendaciones que pudiere haber formulado la comisión de encuesta.

Artículo 33
En caso de que un miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones.

Artículo 34
El gobierno acusado de incumplimiento podrá informar en cualquier momento al Consejo de Administración que ha adoptado las medidas necesarias para cumplir las recomendaciones de la comisión de encuesta o las contenidas en la decisión de la Corte Internacional de Justicia, y podrá pedir que se constituya una comisión de encuesta encargada de comprobar sus aseveraciones. En este caso, serán aplicables las disposiciones de los artículos 27, 28, 29, 31 y 32, y si el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia fueren favorables al gobierno acusado de incumplimiento, el Consejo de Administración deberá recomendar que cese inmediatamente cualquier medida adoptada de conformidad con el artículo anterior.

LIBERTAD SINDICAL: COLOMBIA ANTE LA OIT 1987-1991

*Alberto León Gómez Zuluaga**

INTRODUCCION

En primer término, es pertinente recordar que la libertad sindical es considerada como un principio básico, de obligatorio acatamiento por los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo, por el solo hecho de su pertenencia y aun cuando no hayan ratificado los convenios correspondientes, en cuanto tienen la obligación de cara a la comunidad internacional de aceptar y acatar la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, y con ello se obligaron a asumir los principios en ellos esbozados y a desarrollarlos efectivamente.

Es del caso recordar así mismo que otros instrumentos internacionales han incorporado como derecho humano fundamental el derecho de libre asociación sindical.

En este orden de ideas no resulta extraño que los órganos de control de la OIT se hubieran ocupado del Asunto de la libertad sindical en Colombia, con anterioridad a la ratificación de los convenios números 87 y 98, que fue registrada ante la entidad, para cada uno de ellos, el día 16 de noviembre de 1976.

Hemos tomado el período 1987-1991 por cuanto puede afirmarse sin temor a equivocación que ha sido el de mayores dificultades para la práctica de la libertad sindical en Colombia, pues durante estos años hicieron crisis múltiples circunstancias que en alguna medida venían afectando este derecho.

---

* Miembro fundador de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.

Para la OIT son claras dos cuestiones que valen la pena dejar expresamente señaladas, a saber:

a) La libertad sindical debe garantizarse no sólo en el derecho sino también en la práctica.

b) La responsabilidad internacional del cumplimiento de los convenios es del Estado, independientemente de que las violaciones sean agenciadas por los empleadores.

EL CASO COLOMBIANO

El Comité de Libertad Sindical (CLS) ha considerado que Colombia representa uno de los casos más graves de violación de la libertad sindical, especialmente en lo que toca con la garantía de los derechos civiles básicos, condición *sinne qua non* para un adecuado ejercicio de la libertad sindical.

En efecto, en su 259º informe el CLS manifestó: "sin duda el Comité se encuentra ante uno de los casos más graves que se le han sometido en lo relativo al respeto al derecho a la vida", y recalca el alto grado de impunidad reinante en el país y la forma como "la impune situación de violencia que afronta Colombia, que de manera general hace imposible las condiciones normales de existencia de la población, impide el pleno ejercicio de las actividades sindicales".

Y examinando las amenazas de muerte a los sindicalistas, fue enfático el CLS en manifestar: "el ambiente de terror que resulta de tales amenazas no puede sino incidir desfavorablemente en el ejercicio de las actividades sindicales", y subraya "que el ejercicio sólo es posible dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales y en un clima desprovisto de violencia, de presiones o de amenazas de toda índole."

Vistos estos pronunciamientos y después de un detenido examen de lo que en el período estudiado han hecho sobre Colombia los principales órganos de control (la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Oficina Internacional del Trabajo y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo), es posible resumir el caso colombiano así:

a) Discordancia entre la legislación interna y el derecho internacional del trabajo.

b) Violación de los derechos civiles y libertades públicas fundamentales que impiden el ejercicio del derecho de libre sindicalización[1], mediante asesinatos, desapariciones, arrestos ilegales y amenazas.

c) Violación del derecho de libertad sindical mediante la criminalización de la protesta sindical y la huelga.

---

[1] Los términos sindicalizar, sindicalización de usanza en Colombia, corresponden a los términos sindicar-sindicación que se utilizan en la terminología oficial de la OIT.

d) Tolerancia oficial con actos de discriminación antisindical (despidos, represalias, etc.).

En los párrafos siguientes se pretende -en una apretada síntesis- señalar cómo se ha dado ese examen por parte de los órganos de control.

Discordancias del derecho interno con las normas internacionales

Aun cuando podría pensarse que esta discordancia perdió importancia al entrar en vigencia el artículo 53 de la nueva Constitución Política de Colombia, esa primera impresión resulta equivocada, por cuanto aparentemente superviven, y los tribunales las siguen aplicando como tales, las viejas normas del Código Sustantivo del Trabajo C.S.T. y disposiciones complementarias que habían sido percibidas como violatorias de los convenios 87 y 98 por la Comisión de Expertos.

El gobierno, en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1991, a través de su delegado el entonces Ministro de Trabajo y Seguridad Social, señor Posada de la Peña, pretendió que con las normas de la Ley 50 de 1990 la legislación interna se había puesto a tono con el derecho internacional del trabajo.

La Comisión de Expertos tomó nota con interés del contenido de la mencionada ley, pero expresó reservas sobre algunos aspectos.

Como elementos de juicio adicional es bueno referir que no obstante que por su naturaleza las memorias detalladas de los convenios 87 y 98 deben presentarse cada dos años, Colombia ha sido requerida para que presente las suyas desde 1988.

Esta invitación en términos de la Organización, revela la especial inquietud de la Comisión de Expertos por la situación del derecho de libertad sindical en Colombia[2].

Así las cosas, es del caso conocer los puntos en los que la Comisión de Expertos señaló, entre 1987 y 1991, contradicción del derecho interno con los Convenios 87 y 98. Hizo observaciones en 1987,1989, 1990 y 1991.

Un primer aspecto hace relación con las trabas que la legislación anterior ofrecía para la creación de sindicatos y con la prohibición de constituir más de un sindicato de Empresas.

Con la Ley 50 de 1990 se produjo un cambio respecto del primer problema, no así en cuanto a la prohibición del llamado paralelismo.

La Comisión de Expertos ha hecho observaciones a Colombia en 1987, 1989, 1990 y 1991 sobre la intervención en la administración interna de los

---

[2] Los convenios sobre libertad sindical, por su naturaleza, están sujetos a la presentación de memoria detallada cada dos años. Cuando existe una especial situación que preocupe a la OIT -es el caso colombiano- se solicitan memorias anuales detalladas.

sindicatos. En particular quiero reseñar los puntos de la Ley 50 de 1990 que siguen siendo especialmente contrarios al Convenio 87 (cfr. Informes C.E. 1991): art. 384 del C.S.T. sobre nacionalidad de los miembros del sindicato; control de la gestión interna; presencia de las autoridades en la votación de la huelga (art. 444 i.f del C.S.T.); aprobación de elección de dirigentes por las autoridades administrativas, con privación del derecho de asociación para los responsables de la disolución de un sindicato (art. 380 C.S.T.) y el requisito de pertenencia a la profesión u oficio.

También ha preocupado a la Comisión de Expertos la prohibición a los sindicatos para intervenir en política; la posibilidad que otorga el D.L. 939 de 1966 para que el Ministerio termine una huelga transcurridos 40 días, para convocar tribunal de arbitramento; prohibición de la huelga a Federaciones y Confederaciones, y en servicios públicos no esenciales; facultad presidencial (Ley 48/68) para terminar una huelga que afecte la economía nacional en su conjunto, y despido automático de dirigentes sindicales que hayan intervenido o participado en una huelga ilegal.

En 1991 la Comisión de Expertos dijo en su informe, al formular observaciones sobre el Convenio 87, que ha pesar de los avances que pueda significar la Ley 50 de 1990 en algunos aspectos "todavía subsisten numerosas disposiciones que no son compatibles con el Convenio e insta al Gobierno a que tome lo antes posible las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica en completa conformidad con el Convenio" (cfr. Informe C.E. 1991). Así mismo, en 1991 la C.E. recordó al gobierno colombiano que había tomado nota en 1990 "de que sometería en breve al Congreso de la República un proyecto de ley sobre la modificación del art. 279 del Código del Trabajo, que prohibe a los sindicatos intervenir en cuestiones políticas" y ruega al Gobierno que comunique informaciones sobre la evolución que se produzca al respecto (cfr. Informe C.E., 1991).

En cuanto al Convenio 98, en el período 1987-1991 hubo observaciones a Colombia por parte de la Comisión de Expertos en 1989 y 1991. Estas se centraron en dos aspectos, a saber:

a) Impunidad de la persecución sindical y falta de estímulo gubernamental a la negociación colectiva.

b) La exclusión general a los empleados públicos de la contratación colectiva.

En ambos asuntos, la Comisión retoma el 259º informe del CLS al examinar los casos 1429, 1434, 1436, 1457 y 1465, contra Colombia.

En cuanto a los casos de persecución sindical la Comisión de Expertos requiere al gobierno para que refuerce las sanciones por este hecho, de tal manera que "tengan un carácter suficientemente disuasivo (cfr. Informe C.E., 1989), y enfatiza la "importancia de que las sanciones penales se apliquen en la práctica".

En el informe de 1991, la Comisión de Expertos tomó nota con satisfacción de que la Ley 50 de 1990 aumentó el monto de las sanciones pecuniarias aplicables en caso de actos contra el Derecho de Asociación (cfr. Informe C.E., 1991).

En cuanto a la Exclusión de los Empleados Públicos de la negociación colectiva, tanto en 1989 como en 1991 le manifestó al Gobierno en sus observaciones que la única exclusión permitida al tenor del Convenio 98 es la de los empleados públicos directos de la administración del Estado, y en 1991 rogó al Gobierno que tomara medidas para modificar la legislación (arts. 414 y 416 del C.S.T.), solicitándole además que comunique toda evolución que se produzca al respecto.

Quejas ante el Comité de Libertad Sindical por violaciones prácticas de los Convenios 87 y 98

Los casos conocidos por el CLS en el período escogido, que constituyen quejas contra Colombia, son los números: 1376, 1343, 1422, 1429, 1434, 1436, 1457, 1465, 1477, 1522 y 1562.

Por razones de brevedad, me limitaré a reseñar los pronunciamientos de mayor trascendencia, advirtiendo que en ellos se subsumen otros pronunciamientos.

En el último examen que hasta 1991 había hecho el CLS sobre el caso 1376, en 1988, dijo: "El Comité desea recordar una vez más que un clima de violencia que da lugar al asesinato o a la desaparición de dirigentes sindicales constituye un grave obstáculo para el ejercicio de los derechos sindicales; tales actos exigen medidas severas por parte de las autoridades" (Cfr. 254 Informe, B.O. Vol. LXXI, 1988, Serie B, Núm. 1).

El caso 1343, cuyo examen se inició en 1985, fue retomado por última vez en 1987 (mayo) y en esa oportunidad el CLS expresó: "Se declara (el CLS) particularmente atento y preocupado habida cuenta de las graves perturbaciones para el ejercicio de los derechos sindicales que resultan del clima general descrito por el Gobierno". Reiteró el Comité su conclusión general de 1986 de que deben adoptarse todas las medidas adecuadas para garantizar que cualquiera sea la tendencia sindical, los derechos sindicales puedan ejercerse en un clima desprovisto de toda forma de violencia, y "expresa que tales procesos (las investigaciones judiciales por asesinatos, desapariciones, ataques a la integridad física de sindicalistas) podrán concluir en un futuro próximo y permitirán identificar y sancionar a los responsables de los delitos". (cfr. 248 Informe del CLS B.O. Vol. LXX, 1987, Serie B, Núm. 1).

Al conocer del caso 1422 el CLS, tras advertir que los trabajadores amparados por fuero no hicieron uso de la acción judicial de reintegro, afirmó categóricamente que "tales despidos constituyen pues una violación

de los derechos sindicales de tales dirigentes" (cfr. 254º Informe del CLS B.O. Vol. LXXI, 1988, Serie B, Núm. 1).

El caso 1465 fue examinado por el CLS en su tercera reunión de 1988 (cfr. 259 Informe). La queja denunció que mediante acto administrativo la junta directiva de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia clasificó a un grueso número de trabajadores oficiales como empleados públicos, afectando de un lado la estabilidad y de otro su derecho a la contratación colectiva.

En sus conclusiones el CLS deja claro "que no le corresponde pronunciarse sobre legalidad o constitucionalidad de la reclasificación en cuestión, pero advierte que desde el punto de vista de la aplicación de los Convenios 87 y 98, el estatuto legal de los empleados públicos no es satisfactorio en la medida que tales trabajadores de empresas industriales o comerciales del Estado deberían poder negociar convenciones colectivas, disponer de una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical e incluso disfrutar del derecho de huelga en la medida en que la interrupción de los servicios que prestan no ponga en peligro de vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o en parte de la población".

El CLS pidió al Gobierno Colombiano que tome medidas con miras a que la legislación conceda a los empleados públicos las garantías y derechos fundamentales derivados de los Convenios 87 y 98, y sometió este aspecto del caso a la Comisión de Expertos, la cual lo examinó y comentó en su informe para la 76º reunión de la C.I.T. (1989), como se dijo antes.

De los casos examinados por el CLS en el período estudiado, tal vez ninguno ofrece la gravedad y complejidad del Nº 1434.

Cuando hizo por primera vez el examen de este caso (1988) el Comité afirmó encontrarse frente a uno de mayor gravedad en lo relativo al derecho a la vida; y en las múltiples oportunidades que lo ha examinado, el Comité ha hecho hincapié en la necesidad de que el Gobierno tome las medidas necesarias para reforzar al poder judicial en la lucha contra la impunidad, y que se tomen medidas rigurosas para desarticular los grupos paramilitares para los cuales pide todo el rigor de la ley penal.

En el caso 1477 el Comité consideró inadmisibles las razones de orden público esgrimidas por el gobierno colombiano para reprimir y prohibir el paro nacional de 1988, declarando que al obrar en esta forma el Gobierno obró en contradicción con el Convenio 87.

Expresamente en este caso el CLS consideró como legítimo derecho sindical la convocatoria a una huelga general de protesta contra la violencia antisindical y contra la política económica y social del Gobierno.

Al examinar el caso 1562, relativo al paro nacional de 14 de noviembre de 1990, consideró que la declaración de ilegalidad del mismo y su prohibición, "constituyen una grave violación de la libertad sindical".

BIBLIOGRAFIA

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe III*, (parte A) "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones" - Parte General y Observaciones acerca de ciertos países- correspondiente a los años: 1987 (73a. reunión); 1988 (75a. reunión); 1989 (76a. reunión); 1990 (77a. reunión) y 1991 (78a. reunión).

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Boletín Oficial*, Vol.LXX, 1987, Serie B, Núms. 1, 2, 3; Vol. LXXI, 1988, Serie B, Núms. 1, 2, 3; Vol. LXXII, 1989, Serie B, Núms. 1, 2, 3; Vol. LXXIII, 1990, Serie B, Núms. 1, 2, 3; Vol. LXXIV, 1991, Serie B, Núms. 1 y 2.

SISTEMA INTERAMERICANO

COLOMBIA ANTE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*María Consuelo del Río M.**

Esta intervención tiene como objeto informar sobre las Resoluciones proferidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Colombiano, en casos individuales de violación a los derechos humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada a nuestra legislación nacional por medio de la Ley 16 de 1.972, establece un sistema de denuncias individuales por medio del cual una persona puede poner en movimiento el sistema regional de protección si estima que sus derechos fundamentales han sido violados y que los recursos existentes dentro del ámbito nacional no han tenido la eficacia o la celeridad necesaria para remediar tal situación. Es así como la Convención otorga al individuo la capacidad jurídica internacional para cuestionar la responsabilidad de un Estado parte de la Convención, ya sea en contra del Estado del cual es nacional o de cualquier otro que haya violado sus derechos.

Con el objetivo general de lograr una intervención efectiva del sistema en el mejoramiento de la situación de derechos humanos en nuestro país, se han presentado casos individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cinco de estos casos han concluido con Resoluciones de ese organismo en los que se declara responsable al Estado colombiano por violación a derechos fundamentales.

La consecución de resoluciones individuales que declaren la responsabilidad del Estado colombiano genera tres efectos igualmente importantes:

---

* Coordinadora Area de Defensa, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.

a) Que puedan sancionarse y compensarse violaciones que de otra forma quedarían impunes; b) Que pueda contribuirse a la disminución de las violaciones en el país, en la medida en que en el plano internacional se genere interés y sensibilización frente a la situación general de derechos humanos en Colombia; y c) Que se generalice a mediano plazo el uso individualizado del sistema para que éste pueda consolidarse y desarrollarse.

Las Resoluciones que en materia de casos individuales ha proferido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las que declara responsable al Estado colombiano son las siguientes:

1.- *Resolución 24/87 Caso 9.620. Desaparición de Luis Fernando Lalinde Lalinde*

El 3 de octubre de 1.984 el estudiante Luis Fernando Lalinde Lalinde fue detenido por unidades del Batallón Ayacucho del Ejército colombiano, en el municipio de Jardín (Antioquia), en presencia de varios testigos. Múltiples diligencias se realizaron ante funcionarios judiciales y administrativos de la Procuraduría General de la Nación con el objeto de establecer el paradero del desaparecido y lograr la sanción de los responsables del crimen. A pesar de ello su desaparición continúa impune.

El caso de Luis Fernando Lalinde fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el doctor Héctor Abad, presidente del Comité Permanente de Derechos Humanos en Antioquia, quien sería posteriormente asesinado en agosto de 1.987. La Comisión Interamericana profirió Resolución en septiembre de 1.987 declarando al Estado colombiano responsable por la desaparición forzada del joven. Esta Resolución fue modificada por la Comisión, a instancias del gobierno nacional, el 16 de octubre de 1.988, cambiando la calificación de desaparición forzada por la de ejecución extrajudicial a pesar de que en esa fecha no se tenía conocimiento de la suerte del joven Lalinde.

La Comisión Interamericana, además de declarar responsable al Estado colombiano por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal en el caso del señor Lalinde, solicitó que se sancionara a los responsables.

Gracias a la insistencia de la Comisión Interamericana ante el gobierno colombiano para que se cumplieran las decisiones de la Resolución, recientemente el Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar ordenó la diligencia de exhumación del cadáver de una persona aparentemente dada de baja en un operativo del Ejército Nacional. Esta diligencia se realizó durante el pasado abril y se está a la espera del experticio técnico de identificación. Hay varios elementos que indican que ese cadáver es el de Luis Fernando Lalinde y que la dolorosa búsqueda de más de ocho años emprendida por la familia del desaparecido está por llegar a su fin.

2.- *Resolución 1/92. Caso 10.235. Desaparición forzada de Pedro Pablo Silva y otros*

Entre el 4 de marzo de 1.982 y el 13 de septiembre del mismo año fueron detenidas-desaparecidas trece personas, dos de las cuales fueron posteriormente asesinadas, dentro de los operativos ejecutados por la DIPEC por un secuestro ocurrido en la ciudad de Bogotá. Estas personas son: Pedro Pablo Silva Bejarano, Orlando García Villamizar, Edgar Helmut García Villamizar, Rodolfo Espitia Rodríguez, Hernando Ospina Rincón, Rafael Guillermo Prado Useche, Edilbrando Joya Gómez, Gustavo Campos Guevara, Manuel Darío Acosta Rojas, Bernardo Helí Acosta Rojas, Francisco Antonio Medina, Samuel Humberto Sanjuan Arévalo y Alfredo Rafael Sanjuan Arévalo.

Dos de estas trece personas fueron involucradas y luego condenadas en el proceso judicial adelantado por el mencionado secuestro investigado. Las once restantes no lo fueron o resultaron absueltas. Sus nexos familiares, de amistad, de vecindad o de conocimiento indirecto con los presuntos implicados en el secuestro fueron motivo suficiente para que la DIPEC los detuviera y desapareciera. La anterior fue la conclusión que en 1.984 emitió la Comisión Investigadora de la Procuraduría General de la Nación encabezada por el doctor Federico Torres Donado. Pese a ello nunca se produjo una sanción penal contra los implicados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos conoció este caso y mediante Resolución 1 de 1.992 que fue publicada en el Informe Anual de la Corporación en el presente año, concluyó que el Estado colombiano violó la Convención Americana en los artículos relacionados con los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad y a las garantías judiciales por la desaparición de los jóvenes mencionados, indicando que el gobierno debe pagar indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas. Además la Comisión señaló al gobierno de Colombia la necesidad de reabrir los procesos que absolvieron a los responsables y proceder a su sanción.

3.- *Resolución 31/91. Caso 10.318. Desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana*

El 7 de febrero de 1.989 una patrulla militar adscrita a la V Brigada del Ejército Nacional detuvo, en jurisdicción del municipio de San Alberto, al educador santandereano Isidro Caballero Delgado y a María del Carmen Santana quien se encontraba con él. Este hecho fue observado por vecinos del lugar, últimas personas que vieron a los retenidos. Hasta la fecha se desconoce su paradero.

A pesar de que existen testigos de los hechos, los funcionarios judiciales y de la Procuraduría General de la Nación que tuvieron a su cargo las investigaciones por el crimen no emitieron ninguna decisión sancionatoria

contra los responsables, razón por la cual el caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Surtido el trámite correspondiente el organismo internacional profirió la Resolución 31/91 en la cual declara responsable al Estado colombiano por la desaparición de estas personas y estima que el gobierno debe pagar indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas y sancionar a los responsables de la desaparición. Incluye la Comisión en esa Resolución, la obligación del gobierno de Colombia de proteger a los testigos que colaboraron en el esclarecimiento de los hechos.

4.- *Resolución 32/91. Caso 10.454. Ejecución extrajudicial de Martín Calderón Jurado*

Similares a las de los casos anteriores son las declaraciones contenidas en la Resolución 32/91 proferida en relación con la ejecución extrajudicial de Martín Calderón Jurado.

El señor Calderón era presidente de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos de García Rovira, asesor jurídico del Comité de Solidaridad y Defensa de los Derechos Humanos de la misma región y presidente del Concejo Municipal de Cerrito. Su ejecución se produjo el 8 de octubre de 1.988 cuando se movilizaba de la población de Cerrito a Chitagá en compañía de Primitivo Silva. Su vehículo fue interceptado por un grupo paramilitar que disparó 50 tiros a Martín Calderón y asesinó también al señor Silva. El señor Calderón había denunciado, con anterioridad, graves amenazas contra su vida. Después del doble asesinato pudo establecerse que miembros del Ejército Nacional se encontraban vinculados a la autoría del crimen. Sin embargo, las investigaciones penal y disciplinaria que se iniciaron permanecen aún en estado de indagación preliminar sin que se haya emitido ninguna sanción contra los responsables.

La Comisión Interamericana, además de declarar responsable al Estado colombiano por la violación al derecho a la vida en este caso, solicitó al gobierno de Colombia que se tomaran medidas especiales para proteger a los testigos, que se sancionara a los responsables del crimen y que se indemnizara a los familiares de la víctima.

5.- *Resolución 33/91. Caso 10.581. Desaparición forzada de Alirio de Jesús Pedraza Becerra*

El 4 de julio de 1.990 el doctor Alirio de Jesús Pedraza Becerra fue retenido en inmediaciones de Suba, ante testigos, por un grupo de hombres fuertemente armados que se identificaron como miembros de la Policía Judicial. Dos agentes de la Policía Nacional presenciaron la captura sin hacer nada para impedirla. Desde esa fecha se desconoce el paradero del doctor Pedraza Becerra.

El doctor Pedraza era miembro del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos desde hacía más de ocho años. Su desaparición fue ampliamente denunciada y ante la imposibilidad de establecer su paradero y lograr una sanción para los responsables se presentó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El organismo internacional concluyó el estudio del caso profiriendo la Resolución 33/91 de septiembre de 1.991 en la que declara responsable al Estado colombiano por la desaparición del doctor Pedraza e insta al gobierno para que sancione a los responsables del crimen y pague indemnización compensatoria a su familia.

Los cinco casos mencionados en los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos profirió declaratorias de responsabilidad contra el Estado colombiano, continúan sin que se produzca sanción contra los responsables. Esa impunidad se agrava en la medida en que el organismo internacional en todas las Resoluciones instó al gobierno colombiano para que profundizara las investigaciones en curso, reabriera las que fuese necesario y sancionara a los responsables de los crímenes.

Se espera aún que el gobierno colombiano acate la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relacionada con el pago de indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas, y la atinente a la protección de los testigos que, con riesgo de sus vidas, contribuyeron a esclarecer la verdad en cada caso.

Quizá la existencia de las Resoluciones de la Comisión Interamericana pueda servir para que en el futuro el gobierno de Colombia tome las medidas necesarias para evitar la consumación de graves hechos de violación a los derechos humanos como los descritos.

De otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una visita a Colombia a comienzos de mayo del corriente año (1992). Una visita preparatoria, presidida por el Presidente de esa Corporación, se había desarrollado en diciembre anterior. La realización de la visita, anunciada desde 1.988, evidencia una preocupación del organismo internacional por la situación de los derechos humanos en nuestro país. Durante su estadía en Colombia los miembros de la Comisión se entrevistaron con funcionarios gubernamentales, con organismos de derechos humanos y con víctimas de violaciones. Se espera que en su próximo período de sesiones, durante el mes de septiembre, la Comisión Interamericana rinda un informe sobre el resultado de esta visita *in loco*.

El trabajo hecho ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para obtener estos cinco pronunciamientos, así como la visita a Colombia, ha sido arduo. La naturaleza diplomática de la Comisión Interamericana, dependiente de la Organización de Estados Americanos, imprime a sus mecanismos una dosis de indecisión frente a ciertos

gobiernos aún en casos de violaciones flagrantes. En ocasiones es posible neutralizar esas características negativas, como lo evidencian los casos aquí relatados. Es de esperar que se logre una superación mayor de ellas en la medida en que sus mecanismos se utilicen sistemáticamente por todos aquellos que sean vulnerados en sus derechos fundamentales, y por todas las organizaciones que tengan dentro de sus objetivos promover y defender los derechos humanos en Colombia.

LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Juan E. Méndez[*]

INTRODUCCION

Al analizar las posibilidades que ofrece el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, debemos comenzar por reconocer que éste se encuentra en crisis, aunque este punto de partida, necesario para una evaluación realista, no pueda confundirse con el completo escepticismo sobre las posibilidades del sistema, ni con una búsqueda, posiblemente vana, de alternativas a su existencia.

El sistema está en crisis fundamentalmente porque hay un conflicto abierto entre los órganos de protección y los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos, preferidos éstos últimos por una aparente mayoría de gobiernos de nuestro continente, que está dispuesta a limitar la eficacia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Manifestaciones de esta crisis son las últimas dos reuniones de la Asamblea General de la OEA: En la de Santiago, en 1991, la Corte no consiguió que se debatiera el incumplimiento parcial de Honduras con sus fallos en los casos Velázquez y Godínez; en la de Nassau el pasado mayo, la Comisión fue objeto de ataques de una virulencia sin precedentes, en razón de su actuación en el caso peruano y de varias decisiones incluidas en su Informe Anual. El Consejo Permanente, por su parte, intenta limitar el acceso de los órganos de protección a la agenda de la Asamblea General, mediante la discusión a puerta cerrada de los informes de la Corte y de la Comisión.

---

[*] Secretario Ejecutivo, Americas Watch.

En buena medida el objeto de estos ataques es limitar las posibilidades de acceso de las víctimas de violaciones al mecanismo de quejas del sistema, para evitar las condenas explícitas a ciertos gobiernos por prácticas violatorias de los derechos humanos. En sentido supuestamente positivo, se habla de favorecer las actividades de promoción de los derechos humanos mediante la asesoría en abstracto, las acciones educativas, el análisis técnico de la legislación interna y la realización de conferencias. Es parte de la perversa ironía del lenguaje diplomático que quienes promueven estas iniciativas lo hagan a título de fortalecimiento del sistema.

Esta situación llama a las ONGs a pensar una estrategia concertada para hacer un uso más eficaz del sistema. Un primer paso, que mencionamos aquí pero que excede el marco de esta ponencia, es la necesidad de trabajar ante los órganos políticos de la OEA, ante las delegaciones gubernamentales y ante las cancillerías, para fortalecer a los verdaderos amigos de los derechos humanos, y para que quienes pretenden privar de significado a los instrumentos existentes sepan que la opinión pública los observa.

No debemos dejar de reconocer que la crisis tienen también manifestación en los órganos de protección, especialmente en la Comisión. Bajo presión de los gobiernos y con restricciones presupuestales y burocráticas, la Comisión vacila, dilata la tramitación de casos, modifica arbitrariamente sus reglamentos y emite resoluciones vagas. Sin embargo, tanto la Comisión como la Corte siguen siendo un foro importante para las ONGs. Uno de los desafíos del movimiento de derechos humanos en nuestro continente es hacer que estos organismos se pronuncien sobre las materias que nos interesan: la impunidad, los estados de emergencia, la desaparición forzada de personas, el debido proceso y la independencia del poder judicial, entre muchos otros; para ello, tenemos que usar estos mecanismos en favor de las víctimas.

En este contexto, es muy probable que las opiniones consultivas de la Corte sean vistas por los gobiernos y por los órganos políticos como mucho menos amenazantes que los casos contenciosos. Las ONGs no deben renunciar al uso cada vez más asiduo del caso contencioso, porque es allí donde las víctimas aparecen con nombre y apellido para obtener justicia, y las violaciones adquieren toda la dimensión trágica que tienen en la vida real. Sin embargo, la opinión consultiva no debe desecharse de antemano, a condición de que no se la anteponga como alternativa al caso contencioso. La jurisprudencia desarrollada por la Corte hasta el presente mediante su competencia consultiva permite concebir una estrategia útil para su uso por las ONGs.

LAS COMPETENCIAS DE LA CORTE. ANALISIS COMPARADO

En el caso contencioso, la Corte examina hechos con base en la evidencia, y determina si ha existido una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En caso afirmativo, establece una reparación adecuada para las víctimas. El trámite adquiere las características de un verdadero juicio, con audiencias orales de vista de causa, declaraciones de testigos y contra-interrogatorios. El efecto jurídico de la sentencia es obligatorio en derecho internacional para el Estado que la Corte halla en violación de la Convención. Aunque la Corte no tiene medios para hacer cumplir sus sentencias, el incumplimiento abre posibilidades de ejecución por vía político-diplomática, y aun mediante el uso de los tribunales de los Estados que son parte de la Convención.

El marco normativo en el caso contencioso se reduce a la Convención Americana y no incluye otros instrumentos de derechos humanos. Por lo mismo, sólo es posible interponer casos contra países que son signatarios de la Convención, y que además han aceptado expresamente la competencia compulsiva de la Corte. Para aquellos países que son signatarios pero no han hecho esa declaración adicional, es posible que se los invite a aceptar la competencia de la Corte en forma *ad hoc,* pero su aceptación es discrecional. Hasta ahora, la Comisión ha invitado a dos Estados a aceptar este procedimiento, en ambos casos sin resultado positivo. El acceso a la competencia contenciosa de la Corte es también limitado; sólo los Estados Parte de la Convención y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueden presentar casos ante ella.

En contraste, la competencia consultiva prevista en el Artículo 64 de la Convención es más amplia en todo sentido. En primer lugar, todo Estado miembro de la OEA puede solicitar una opinión consultiva de la Corte, sea o no signatario del Pacto de San José de Costa Rica. La Comisión, por cierto, también puede solicitar tales opiniones, como lo ha hecho en varias ocasiones; pero otros organismos estables de la OEA también están legitimados para acudir a la Corte; se trata de los organismos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires: la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos (Permanente, Económico y social y de Educación, Ciencia y Cultura), el Comité Jurídico Interamericano, la Secretaría General, las conferencias especializadas y las organizaciones especializadas, además de la Comisión.

Las conferencias son reuniones inter-gubernamentales sobre temas técnicos o de cooperación. Las organizaciones especializadas son permanentes y actualmente son siete: la Unidad para la Promoción de la Democracia, la Comisión Interamericana de la Mujer, la Organización

Panamericana de la Salud, los Institutos del Niño, de Geografía e Historia, Indigenista y para la Cooperación Agrícola. Es posible que alguna de estas instituciones pueda ser un vehículo de acceso a la Corte, teniendo en cuenta que pueden someter pedidos de opinión consultiva en asuntos dentro de sus esferas de competencia. En la práctica, sin embargo, nuestras opciones en este terreno parecen limitarse a la Comisión o a los Estados.

Hasta el momento, las opiniones consultivas más interesantes han sido propiciadas por la Comisión. Los Estados han tendido a solicitar opiniones sobre temas mucho más teóricos y abstractos; sin embargo, no debe desecharse la posibilidad de una consulta iniciada por uno o más gobiernos sobre temas que sean de interés para las ONGs. En este punto, es importante destacar que la competencia consultiva de la Corte es discrecional. En todas sus opiniones, la Corte empieza por analizar si hay razones de prudencia política para no pronunciarse. Hasta ahora no ha declinado nunca su pronunciamiento, pero en una ocasión mencionó por lo menos un criterio que podría llevarla a abstenerse: la necesidad de evitar verse envuelta en el debate político partidario o de influir en el resultado del proceso legislativo del país requirente[1].

La OC-4 es un precedente importante para la posibilidad de gestionar un pronunciamiento sobre la compatibilidad de normas de derecho interno con la Convención. La legislación penal de Colombia (Estatuto para la Defensa de la Justicia) y mas recientemente del Perú, en ambos casos con jueces sin rostro y otras características cuestionables desde el punto de vista del debido proceso, podrían prestarse a una consulta a la Corte con resultados potencialmente importantes. Costa Rica pidió la opinión de la Corte en el curso de un trámite legislativo aun no concluido. Para ejercer su discreción favorablemente, la Corte tuvo en cuenta que la consulta era fruto de un amplio consenso entre sectores legislativos, políticos y sociales, mas allá de las posiciones encontradas sobre el contenido de las modificaciones propuestas. Es de presumir que si la Corte estima que el pedido encubre la intención de vencer resistencias legítimas fuera del debate parlamentario, declinará formular su opinión.

Es importante destacar que en la OC-4, la Corte ejerció sus atribuciones bajo el segundo párrafo del Artículo 64, que la autoriza, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, a dar opiniones sobre la compatibilidad de la legislación interna con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se sentó allí el importante precedente de permitir tal pronunciamiento aun en caso de legislación propuesta pero no vigente. Vale la pena destacar, por el posible uso que se pueda hacer de esta facultad en el futuro, que el

---

[1] OC 4/84, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica sobre Naturalización".

procedimiento del art. 64.2 es distinto del 64.1, ya que en el caso de análisis de compatibilidad de legislación interna la Corte no solicita el parecer de otros Estados parte de la Convención, ni de los diversos organismos mencionados en la Carta de la OEA.

Otra importante diferencia con el procedimiento contencioso es que, bajo el Artículo 64, el marco normativo que aplica la Corte es considerablemente mas amplio, porque no se restringe a la interpretación de la Convención Americana, sino también de "otros tratados" sobre derechos humanos. La Corte ha dado a esta expresión un sentido muy amplio, que incluye tratados multilaterales y bilaterales, con tal que alguna parte de ellos genere obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos[2]. Los tratados de extradición que Estados Unidos insiste en celebrar con países latinoamericanos podrían ser objeto de un análisis por parte de la Corte.

Para finalizar esta comparación, es importante destacar que las opiniones consultivas de la Corte no tienen, por cierto, el efecto vinculante de las sentencias en casos contenciosos. Constituyen, sin embargo, interpretaciones autorizadas y con mucho peso jurídico de normas de derecho internacional que sí son obligatorias para los signatarios de un tratado. Además, la carencia de efecto vinculante no es obstáculo para que las opiniones jueguen un rol importante en la lucha por la vigencia de los derechos humanos. En este sentido, un pronunciamiento de la Corte que contenga argumentos jurídicos persuasivos puede contribuir a la generación de un debate nacional que culmine en la modificación de conductas del poder político, aun cuando esa modificación no sea jurídicamente exigible.

Aspectos Procesales

Al considerar una estrategia que incluya la competencia consultiva de la Corte, es necesario analizar las posibilidades de la participación de las ONGs en el proceso[3]. Hasta ahora, la Corte ha autorizado todas las solicitudes de intervención de ONGs o de expertos a manera de *amici curiae* (amigos de la corte), institución ya conocida en el derecho romano pero generalizada en los países que siguen el sistema del *Common Law* anglosajón. En casi todos los procesos de opinión consultiva se han presentado escritos remitidos con ese carácter, e invariablemente la Corte los ha aceptado y mencionado en su opinión. Es difícil evaluar el peso que ha

---

[2] oc-1/82, "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte.

[3] "El presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta" (art. 54.3 Reglamento de la Corte).

tenido en la decisión misma, ya que la Corte no hace referencia a ellos en los argumentos mismos, sino en los considerandos de tipo procesal. En todo caso, en la medida en que constituyan piezas jurídicos bien elaborados y con argumentos sólidos, esos escritos pueden por sí mismos contribuir a un debate constructivo y esclarecedor.

La Corte no ha tenido que pronunciarse hasta ahora sobre ningún pedido de ONGs o de expertos de participar en las audiencias orales sobre opiniones consultivas. Solamente en una ocasión se permitió a una entidad no-gubernamental ofrecer argumentos orales, y ello merced a una solicitud del gobierno de Costa Rica, que había pedido la opinión consultiva[4]. El Reglamento de la Corte vigente desde agosto de 1991 regula detalladamente el procedimiento consultivo en el Título III, arts. 51 al 56. El art. 54.3 faculta al Presidente a "invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita", pero es posible también participar de manera más activa, porque el art. 55 hace aplicable analógicamente todo el procedimiento contencioso en lo que se juzgue compatible; por su parte el art. 34.1 permite escuchar a cualquier persona, y el art. 22.1 autoriza a la Comisión a "hacerse asistir por cualquier persona de su elección".

La intervención de ONGs en el procedimiento consultivo ha sido, hasta ahora, frecuente y por lo general fructífera, aunque se ha limitado en la práctica a las ONGs de carácter internacional. Es importante que las organizaciones nacionales y regionales se presenten como *amicus* con opiniones y análisis propios de su experiencia en el terreno, y con el auxilio del pensamiento jurídico mas avanzado de sus países; pero también es necesario pensar en formas de actuar ante la Corte en el procedimiento consultivo que amplíen el marco de acción de las ONGs en materias de nuestra especial preocupación.

Más importante aun es encontrar la manera de participar en el proceso de solicitar una opinión consultiva. Es preciso encontrar la manera de tomar la iniciativa y no esperar a que las opiniones que se presenten sean de interés para nuestras entidades. Además del complejo problema de persuadir a la Comisión o a otros órganos o Estados de someter la consulta a la Corte, será necesario analizar la experiencia reciente para evitar potenciales obstáculos que hagan que la Corte decline su intervención. Además del análisis de sus facultades discrecionales, la Corte ha dicho que rechaza todo pedido de opinión consultiva que sea, en rigor, una forma de limitar el acceso a la Corte, por vía contenciosa, a las víctimas de violaciones a los derechos

---

[4] La Sociedad Interamericana de Prensa solicitó a Costa Rica que formulara una consulta sobre la colegiación obligatoria de periodistas; Costa Rica solicitó a la Corte que permitiera a un representante de la SIP presentar argumentos, aunque eran contrarios a la posición del Gobierno. OC-5/85, "Colegiación Obligatoria de Periodistas".

humanos[5]. Aunque todavía no se ha presentado un caso así, la Corte posiblemente rechace una consulta de un Estado después de que la Comisión ha resuelto que ese Estado está en violación de sus obligaciones bajo la Convención. Como la opinión consultiva carecería de fuerza vinculante, es posible que se interprete que "una estrategia como esa menoscabaría los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos y desvirtuaría la jurisdicción contenciosa de la Corte"[6].

En la OC-5/85, la Comisión había encontrado que la colegiación obligatoria en Costa Rica no violaba la Convención, y rechazó la denuncia presentada por el periodista Stephen Schmidt[7]. El pedido de opinión consultiva lo formuló Costa Rica, por lo que la Corte concluyó que no se estaba en presencia de un intento de frustrar la jurisdicción contenciosa. La Corte y la Comisión opinaron distinto con respecto a la colegiación obligatoria de periodistas, ya que la Corte encontró en ella una violación a la libertad de expresión, de información y de asociación. El antecedente, sin embargo, puede ser importante para la próxima opinión consultiva que debe emitir la Corte.

Argentina y Uruguay han presentado en forma conjunta una solicitud de opinión consultiva que se origina en sendas decisiones de la Comisión que hallaron que las leyes de punto final y obediencia debida (Argentina) y de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Uruguay) eran incompatibles con las obligaciones de ambos países bajo la Convención. La Comisión declinó remitir los casos a la Corte bajo la jurisdicción contenciosa. Los Estados afectados podrían haberlo hecho en uso de sus propias facultades, pero en lugar de ello solicitaron una opinión consultiva sobre la competencia de la Comisión para pronunciarse sobre la legislación interna de los países democráticos.

Como se ve, la solicitud de opinión consultiva no se refiere al fondo del asunto. En nuestra opinión, esto es más grave aún, porque se inscribe en el marco ya apuntado de la ofensiva para recortar las funciones de los órganos de protección. Será interesante ver si la Corte sigue el *obiter dictum* de sus opiniones OC-1 y OC-5, y considera esta solicitud como un intento de desvirtuar la jurisdicción contenciosa en menoscabo de las víctimas de violaciones.

La situación opuesta a la apuntada se da cuando se atribuye al pedido de opinión consultiva, formulado por la Comisión, el carácter de "caso

---

[5] Oc-1/82 cit.

[6] Nieto Navia, Rafael, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, IIDH y Pontificia Universidad Javeriana, San José-Bogotá, 1988, p. 117, citando Oc-5/85, Nº 22.

[7] Resolución 17/84, Caso 9178 Costa Rica, OEA Ser. L/v/II.63, doc. 15, 2 de octubre de 1984.

contencioso encubierto". La Corte tuvo oportunidad de resolver una excepción preliminar a su competencia consultiva, basada en tal argumento, presentada por el gobierno de Guatemala. En 1983, la dictadura militar de Guatemala restableció la pena de muerte, que había sido derogada al tiempo que Guatemala ratificaba el Pacto de San José, y la comenzó a aplicar contra opositores políticos acusados de actividades subversivas. Se violaban así dos disposiciones distintas de la Convención, pero además se lo hacía mediante tribunales secretos y con procedimientos sumarios y reservados. Como Guatemala no había entonces suscrito la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, la Comisión no podía enviar el caso a la Corte, ya que se anticipaba que Guatemala no aceptaría la competencia en forma *ad hoc*. En el procedimiento ante la Comisión, Guatemala había alegado que la prohibición de reintroducción de la pena capital establecida en el art. 4 del Pacto no obstaba a su reimplantación en circunstancias especiales o excepcionales; además, se fundaba para defender la legalidad de estas ejecuciones en una reserva formulada al ratificar ese instrumento, mediante la cual Guatemala aplicaría la pena de muerte a delitos comunes conexos con los políticos. En sus escritos a la Comisión, Guatemala insistía en que tal reserva debía aplicarse en forma general a todo el art. 4 de la Convención.

La Comisión solicitó a la Corte una opinión consultiva sobre el efecto de una reserva de tal naturaleza, y en su petición aludió expresamente a la reciente legislación y práctica de Guatemala, que por entonces había resultado en la ejecución de quince acusados de actividades subversivas. La Corte rechazó la moción de que se considerara la excepción de Guatemala como de previo y especial pronunciamiento, y la resolvió junto con el fondo, en el sentido de que las particularidades del caso no impedían un tratamiento del tema por vía de opinión consultiva, en la medida en que se trataba de una interpretación del texto del tratado y de sus reservas[8]. A pesar de la naturaleza no vinculante de la decisión, esta opinión consultiva constituyó un inmenso paso adelante para la consolidación de la Corte como órgano de protección. Antes de la decisión, y con ocasión de la audiencia pública, el gobierno de Guatemala anunció la suspensión de la vigencia de la legislación que permitía estas ejecuciones. Las ONGs participaron como *amici curiae* y usaron la ocasión activamente para hacer una eficaz campaña contra la pena de muerte en Guatemala.

El precedente establecido por la Corte en Restricciones a la Pena de Muerte es bien amplio. Aunque exista un caso en trámite ante la Comisión, con tal que la materia sea susceptible de interpretación a la luz de la Convención, la Corte tendrá competencia consultiva de acuerdo al art.

---

[8] oc-3/83, "Restricciones a la Pena de Muerte."

64.1. En la práctica, la Comisión tiene a su disposición una opción de estrategias; por consiguiente, las ONGs también pueden elegir entre varios caminos según el caso. Con posterioridad, la Comisión también remitió opiniones consultivas que se originaban en disputas reales entre ellas y algún gobierno, pero se cuidó mucho de mencionar prácticas gubernamentales, ni aun por vía de ejemplo. Por ello, la objeción de que una consulta es en realidad un "caso contencioso encubierto" no ha vuelto a surgir, y el precedente de Restricciones a la Pena de Muerte se mantienen.

Más reciente, la Comisión requirió una opinión consultiva que también se originaba en hechos reales. Durante la guerra con los Contras, Nicaragua decretó estado de emergencia y lo renovó periódicamente. En una de tales disposiciones, suspendió expresamente la vigencia de la acción o recurso de habeas corpus, de manera tal que los tribunales rechazaban tales peticiones *in limine*. La Comisión formuló una consulta, esta vez en términos abstractos y sin mencionar a ningún país.

La Corte dijo que el habeas corpus y el amparo, por consistir en garantías para el ejercicio de derechos que no eran posibles de suspensión ni aun en estado de emergencia, no podían suspenderse. La redacción clara del art. 27.2 de la Convención sobre derechos inderogables (*"... ni de las garantías, judiciales indispensables para la protección de tales derechos"*) hacia predecible el resultado. De todos modos, la Corte hizo precisiones importantes sobre los alcances del habeas corpus, que pueden aplicarse a muchos de nuestros países: Se estableció que no protege a las personas solamente contra la detención arbitraria, derecho que sí es suspendible durante el estado de excepción, sino que es también el instrumento idóneo para proteger la integridad física del detenido, para corregir condiciones inhumanas de detención, y aun para efectuar el control de razonabilidad de los actos discrecionales de la autoridad encargada de implementar el estado de excepción[9]. Muchas de estas ideas fueron incluidas en un escrito presentado por Americas Watch como *amicus curiae* con contribuciones de tres eminentes juristas de nuestro continente: Jorge Mera de Chile, Eugenio Zaffaroni de Argentina y Tom Farer de los Estados Unidos; en este caso, también la importancia de la opinión de la Corte fue mas allá de sus efectos meramente consultivos: en sucesivas renovaciones del estado de emergencia, el gobierno de Nicaragua no volvió a suspender el habeas corpus[10].

En una consulta formulada por el Uruguay sobre un tema casi idéntico al de la OC-8/87, la Corte se refirió a la imposibilidad de suspender otras "garantías judiciales indispensables" para el goce de los derechos no

[9] OC-8/87, "El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías".

[10] Posteriormente, el gobierno de Panamá bajo el control del General Noriega suspendió el habeas corpus, y desoyó sugerencias de la Comisión de adecuar su legislación a la OC-8/87.

suspendibles. Aunque la Corte declinó hacer un inventario sobre cuáles serían esas garantías, determinó que no pueden suspenderse "aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno... y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos (los mencionados en el art. 27.2 de la Convención). La Corte agregó que tales garantías deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención" [11].

Leídas en conjunto, las opiniones OC-8 y OC-9 parecen llevar a la conclusión de que los procesos penales que no se ajusten a los requisitos del debido proceso son contrarios al derecho internacional, especialmente si se fundan en normas dictadas en ejercicio de poderes derivados del estado de sitio. Se abre así la perspectiva de promover un análisis en derecho internacional de las normas procesales dictadas por Colombia bajo los Estatutos de Defensa de la Democracia y de Defensa de la Justicia. Si existen sentencias impuestas contra acusados con base en esas normas, será necesario resolver primero si debe intentarse la vía contenciosa o la consultiva, decisión que es materia de oportunidad y de estrategia, y no exclusivamente de derecho. En la medida en que algunas de las normas incluidas en esos Estatutos han sobrevivido a la derogación del estado de sitio, y se hayan incorporadas al nuevo ordenamiento legal basado en la Constitución de 1991, nos parece que las OC-8 y 9 no les son aplicables, ya que éstas se refieren expresamente al régimen de suspensión de garantías. Sin embargo, es tiempo de requerir un análisis detallado y completo de las exigencias del artículo 8 de la Convención, y una excelente oportunidad la proporcionaba la persistencia en el uso de jueces sin rostro y de testigos no identificados, aspectos que no solo se han incorporado a ciertos trámites del nuevo Código Procesal Penal de Colombia, sino que han sido copiados por vía de régimen de excepción por el gobierno surgido del "auto-golpe" de Alberto Fujimori en el Perú.

CONCLUSION

La breve historia de la Corte ha desarrollado ya un importante cuerpo de jurisprudencia por vía de opiniones consultivas. La inauguración exitosa de su jurisdicción contenciosa con los casos contra Honduras ha despertado expectativas sobre las ventajas de la tramitación de casos contenciosos, y tales expectativas se reflejan en los importantes casos que se encuentran pendientes contra Perú y contra Surinam, y en la adopción de medidas

[11] OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia.

cautelares para proteger a testigos y activistas de derechos humanos en el Perú y en Guatemala. Pero las limitaciones económicas, políticas y diplomáticas del sistema no permiten suponer la posibilidad de un flujo importante de casos contenciosos, ni sobre las perspectivas de que la Corte los tramite con eficacia y celeridad a la vez.

Por ello es necesario contemplar estrategias para el uso de los mecanismos de protección que integren adecuadamente la posibilidad de acudir a la competencia consultiva de la Corte, en los casos y para los temas que se juzguen apropiados según nuestras necesidades. Ello debe ocurrir sin que implique una renuncia al caso contencioso, ya que las víctimas -a quienes en definitiva representamos- tienen derecho al ejercicio pleno de todos los mecanismos de protección prometidos en la Convención.

Además de los temas de debido proceso a que nos hemos referido, es necesario seguir con atención el desarrollo de la opinión consultiva que ya se encuentra en trámite, ya que bajo la apariencia de una discusión sobre atribuciones de los órganos de la OEA, se ponen en juego dos temas cardinales para el movimiento de derechos humanos latinoamericano: por un lado, la lucha contra la impunidad y por la verdad y la justicia, ya que bajo distintos mecanismos, la impunidad afecta a todos nuestros países y consagra las condiciones para la perpetuación de las prácticas violatorias de los derechos humanos; por otro lado, la opinión solicitada por Uruguay y Argentina se dirige a limitar el campo de acción de un órgano que, aun con deficiencias recientes, ha acumulado un vasto acerbo de defensa de los derechos fundamentales. Es importante, pues, para las ONGs, participar en forma concertada y eficaz de un procedimiento en que se juega buena parte del futuro del sistema de protección interamericano.

BIBLIOGRAFIA

BUERGENTHAL,THOMAS, CLAUDIO GROSSMAN y PEDRO NIKKEN, "*Manual Internacional de Derechos Humanos* ", IIDD y Editorial Jurídica Venezolana, San José-Caracas, 1990.

ROBERT E. NORRIS y DINAH SHELTON, "*La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*", IIDD y Civitas, San José-Madrid, 1990.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opiniones Consultivas OC-3/83,OC-5/85, OC-8/87, OC-9/89 y OC-11/90, Secretaría, San José, Costa Rica.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos", San José, 1985.

MOYER, CHARLES, "The Role or Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights", en IIDD, *La Corte Interamericana...*, p.103.

——— y DAVID PADILLA, "Executions in Guatemala as Decreed by the Courts of Special Jurisdiction", en OEA, *Derechos Humanos en Las Américas*, Washington, 1984.

NIETO NAVIA, RAFAEL, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, IIDD y Pontificia Universidad Javeriana, San José-Bogotá, 1988.

VENTURA, MANUEL y DANIEL ZOVATO, *La Función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Naturaleza y Principios, 1982-1987*, IIDD y Civitas, San José-Madrid, 1989.

DERECHO HUMANITARIO

GUERRA Y PAZ EN COLOMBIA: HUMANIZAR PARA NEGOCIAR*

*Alejandro Valencia Villa***

Uno de los pasos esenciales para alcanzar la paz en la Colombia de hoy es llegar a un acuerdo con la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar CGSB: Aunque su desmovilización y reincorporación a la vida civil no significa el total restablecimiento del orden público interno, porque también otros factores generan violencia en nuestro país, la virtual desaparición del conflicto armado, que vivimos bajo la modalidad de una guerra de guerrillas desde mediados de la década de los sesenta, es fundamental para lograr esa paz tan anhelada.

El Gobierno nacional y la CGSB[1] iniciaron el 3 de junio de 1991 una serie de conversaciones de paz. Pasado un año, vale la pena hacer algunas reflexiones desde una perspectiva de los derechos humanos, con el objeto

---

* Estas reflexiones sobre el proceso de paz, recogen ideas y discusiones con diferentes personas, a quienes deseo expresar mi agradecimiento, en particular a mis compañeros de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Salvo que se especifique lo contrario, las fuentes utilizadas de los hechos relacionados en esta ponencia son los Informativos Andinos de la Comisión Andina de Juristas, "El panorama de los derechos humanos y el derecho humanitario en Colombia: Enero de 1991- abril de 1992" y las investigaciones regionales sobre derechos humanos, ambos de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, fuentes que se basan a su vez en la recolección directa de denuncias y en informes de prensa.

** Abogado investigador de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana y del Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes.

[1] Integrada por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC-, por el Ejército de Liberación Nacional -ELN- y por una disidencia del Ejército Popular de Liberación -EPL-.

de contribuir a la construcción de la paz y en la búsqueda de un nuevo lenguaje, que deben ser un esfuerzo de todos los colombianos.

En los últimos veinte meses, el país ha sido protagonista de una guerra de guerrillas marcada por incongruencias: Se ha desarrollado con muchos altibajos una vía política a través de unos diálogos de paz; pero se continúa con la vía militar caracterizada por un escalamiento en el conflicto armado en el que las violaciones a los derechos humanos y a las leyes de la guerra son cada vez más atroces. Es decir, ambas partes del conflicto están combinando todas las formas de lucha: mientras hablan de la paz continúan haciendo la guerra.

La necesidad de uncontrol político al militarismo por intermedio del derecho internacional humanitario es urgente para la situación de desorden público interno. El papel moderador del derecho de los conflictos armados, complementario de las gestiones para frenar los horrores de la guerra, es una virtual salida para desempantanar el proceso de paz, disminuir el ritmo de las hostilidades y respetar a terceros inocentes y a las víctimas del conflicto, como se subrayará en este texto.

EL INCREMENTO DE LA ACTIVIDAD DE GUERRA: LA COMBINACION DE LAS FORMAS DE LUCHA

El diálogo directo sin condiciones previas con la CGSB tuvo como uno de sus orígenes el aumento del conflicto armado a finales de 1990. Las Fuerzas Militares atacaron el 9 de diciembre de 1990 el Secretariado General de lasfFARC, en el municipio de la Uribe, departamento del Meta, cuando se realizaban las elecciones de la Asamblea Nacional Constituyente; la Coordinadora, por su parte, incrementó sus acciones de guerra y los sabotajes económicos el 5 de febrero de 1991, cuando iniciaba labores la citada Asamblea.

Entre noviembre de 1990 y abril de 1992 se han presentado más de mil ochocientas acciones de guerra en el conflicto armado librado entre las Fuerzas Armadas y la CGSB. Según las estadísticas del Centro de Investigación y Educación Popular -CINEP-, desde noviembre de 1990 hasta abril de 1992, ocurrieron 684 combates, 195 emboscadas, 212 asaltos, 673 acciones de sabotaje y 12 bombardeos[2]

El aumento del pie de fuerza, la tecnificación del armamento y la realización de grandes operativos militares en varias regiones del país por parte del Ejército, y las emboscadas y atentados dinamiteros por parte de la CGSB, fueron las notas predominantes en los últimos días. Estas acciones

---

[2] *Cien Días vistos por CINEP*, Volumen 4, Nºs 13, 14, 15 y 16 de 1991, Volumen 5, Nºs 17 y 18 de 1992.

de guerra se traducen cada vez más en violaciones a las leyes de la guerra y en inobservancia de las normas humanitarias. Los casos de civiles indefensos ejecutados extrajudicialmente por elementos de las Fuerzas Armadas presentados como "guerrilleros dados de baja en combate", y los campesinos muertos y heridos por la utilización indiscriminada de minas "quiebrapatas" por parte de los grupos guerrilleros, son las prácticas denunciadas con mayor frecuencia en Colombia.

El 18 de agosto de 1991, en la finca El Cafetal de la zona rural del municipio de Fusagasugá, a 50 kilómetros de Bogotá, un grupo de hombres uniformados asesinaron a siete personas, entre ellas cinco miembros de la familia Palacios Urrea, moradores del lugar y reconocidos campesinos de la región. Al día siguiente, el comando de la XIII Brigada del Ejército, en un comunicado de prensa, señaló que las personas asesinadas el día anterior en Fusagasugá eran guerrilleros dados de baja en combate y presentó en la ciudad de Bogotá gran cantidad de material bélico supuestamente incautado. Las primeras personas y autoridades en acercarse al lugar de los hechos no encontraron evidencias de enfrentamiento armado ni material de guerra. Una de las sobrevivientes, María de Palacios, asegura que todas las víctimas fueron asesinadas en condiciones de total indefensión y se pudo establecer que tres de las víctimas se encontraban atadas de pies y manos y que habían sido ultimadas con un tiro a la altura del cráneo. El 19 de septiembre de 1990 el Juzgado 115 de Instrucción Penal Militar dictó auto de detención contra dos oficiales y seis soldados adscritos a la XIII Brigada del Ejército sindicados de perpetrar la masacre, y la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación adelanta la investigación disciplinaria corrrespondiente.

Lamentablemente no es la primera vez que el Ejército señala a humildes campesinos como guerrilleros dados de baja en combate. Como ejemplos se pueden señalar las masacres de Puerto Valdivia, departamento de Antioquia, donde el 18 abril de 1990 fueron asesinados seis campesinos; Macaravita, departamento de Santander, donde el 7 de junio del mismo año fueron asesinados once campesinos; Las Palmeras, en el municipio de Mocoa, departamento de Putumayo, donde en el 23 de enero de 1991 fueron asesinadas cinco personas; Barrancabermeja, departamento de Santander, donde el 12 de marzo fueron asesinados cuatro cargadores de mercancías; y San Lorenzo, en el municipio de San Alberto, departamento de Cesar, donde el 16 de marzo de 1991 fueron ultimadas tres personas, entre ellas dos ancianos de 80 y 83 años de edad. En cada uno de los anteriores hechos, todas las víctimas fueron presentadas como "guerrilleros dados de baja en combate", cuando con posterioridad se pudo comprobar que se trataba de civiles indefensos asesinados por elementos de las Fuerzas Armadas.

El Frente "Capitán Parmenio" del ELN ha recurrido en forma indiscriminada al uso de minas en los campos de los municipios santandereanos de San Vicente de Chucurí y El Carmen. Esta práctica ha costado la vida a muchos campesinos de la zona y muchos otros han quedado mutilados, generalmente sin piernas, ya que las minas utilizadas son las denominadas "quiebrapatas". Estos casos han sido ampliamente divulgados y denunciados, pero la organización guerrillera responsable no ha dado muestras de querer enmendar su actuación. El 12 de febrero de 1992, en San Vicente de Chucurí, murieron los niños René Armando Díaz de siete años de edad y Edison Albeiro García Nova de ocho, como resultado del estallido de una bomba de fabricación casera conocida como "sombrilla china", con la cual el ELN pretendía ejecutar al Capitán Ibarra, oficial del Batallón Luciano D'Elhuyar; en la acción resultó muerto el soldado Miguel Angel Rodríguez; también fueron heridos por esquirlas, Beatriz Vega de 14 años de edad, el empleado Wilmar Hisnardo Rojas de 19 años de edad, el conductor al servicio del municipio Pascual Díaz de 35 años de edad, y el capitán del Ejército Nacional Gilberto Ibarra Mendoza. También resultó herido, con amputación casi total de los talones, el niño Saúl Albeiro Díaz Luna de 9 años de edad quien de igual forma sufrió heridas en abdomen y pulmones como consecuencia de las esquirlas. Según informaciones del diario "Vanguardia Liberal" del 24 de febrero de 1992, el Frente "Capitán Parmenio" del ELN reconoció el hecho y señaló que por un desafortunado error militar perdieron la vida los niños en una acción de ajusticiamiento contra el capitán Ibarra por su participación en la organización, entrenamiento y complicidad con los grupos paramilitares que operan en la región del Chucurí.

El gobierno nacional busca decididamente confrontar a los máximos dirigentes de la CGSB. Por un lado, se ordenó el traslado de la Brigada Móvil Nº 2 para el corazón del Magdalena Medio santandereano con el objeto de perseguir a las columnas de la Coordinadora en esa zona, en particular al comando central del ELN; por el otro, continúan los operativos militares en el municipio de La Uribe, departamento del Meta, en el que la Brigada Móvil Nº 1 del Ejército está en persecución de los miembros del Secretariado General de las FARC. La Coordinadora ha realizado atentados dinamiteros contra entidades bancarias en diferentes ciudades del país y ha continuado con el sabotaje económico contra el oleoducto Caño Limón-Coveñas.

También se han presentado fuertes enfrentamientos entre las Fuerzas Armadas y la Coordinadora. El 19 de mayo de 1992, en Cocorná, departamento de Córdoba, el Ejército atacó un campamento guerrillero del IX frente de las FARC, en el que murieron 19 guerrilleros; el 20 de mayo, en la toma fallida del municipio de Dabeiba en el Urabá antioqueño por cuatro

frentes de las FARC, murieron quince militares en una emboscada guerrillera y en en los días siguientes murieron diecinueve guerrilleros de las FARC. El 22 de mayo, el intento de toma por parte de la guerrilla a la población de Padilla, departamento del Cauca, tuvo como resultado la muerte de trece guerrilleros en las horas siguientes al ataque armado. El 29 de mayo, se presentaron combates entre miembros de la Brigada Móvil Nº 1 y cuatro frentes de la CGSB en los limites de los departamentos de Casanare y Boyacá en los municipios de Páez y Chámeza, en los que fallecieron trece guerrilleros y cuatro militares en razón de los enfrentamientos.

En estos operativos militares, la población civil ha sido seriamente afectada. El 30 de abril de 1992 en un operativo del Batallón Nueva Granada, fue asesinado el anciano de 74 años Simón Hernández Castillo en la vereda los Tubos del municipio de Barrancabermeja, quien fue reportado como guerrillero dado de baja en combate. El 13 de mayo, en acciones del Brigada Móvil Nº 1 contra las "fuerzas especiales" del Secretariado General de las FARC, en la vereda La Esperanza, del municipio de La Uribe, departamento del Meta, fue asesinada la niña Marta Cecilia Quintero de 11 años de edad, y resultaron heridas su hermanita Sandra Milena Quintero de 6 años y su madre Matilde Quintero de 45 años; en el mismo hecho fueron detenidas arbitrariamente durante varios días en el Batallón Nº 21 Vargas del municipio de Granada, otras tres niñas de la misma familia: Graciela de 13 años, Janeth de 9 e Ismenia de dos años de edad. El 30 de mayo fueron encontrados los cuerpos baleados de cinco jóvenes entre los quince y veintidos años, en la vereda Chichiridó, del municipio antioqueño de Dabeiba, quienes según fuentes de prensa, habían sido detenidos junto con otras tres personas, por efectivos de la XI Brigada del Ejército el 25 de mayo, en desarrollo de operativos contra las FARC.

Este incremento en la actividad del conflicto armado, que coincidió con los diálogos de Caracas y Tlaxcala, pareciera demostrar que los argumentos de la guerra fueran más sólidos que los de la paz. Día a día se observa más la incapacidad de las partes en conflicto -gobierno nacional y CGSB- para abandonar sus posiciones militaristas, porque se percibe que los fines justifican los medios, al valer más los ideales de una victoria bélica inalcanzable, que el número infinito de víctimas. El lenguaje de las partes es el del triunfalismo militar negativo, porque ambas señalan que pueden sostener de manera indefinida y exitosa la confrontación armada, cuando la realidad nos muestra que el precio de mantener el conflicto por un término indeterminado es demasiado costoso para el país. Hasta la fecha los diálogos siempre han sido vulnerados por operativos militares, cuando si se tuviera una verdadera voluntad estaría la suspensión de las conversaciones. La torpeza del Estado en demostrar su fuerza militar y la irrespon-

sabilidad de la Coordinadora en la conducción misma de las hostilidades, hace pensar que a las partes no les interesa la paz.

Como la CGSB no ha sido derrotada militarmente, y como es un sustituto del Estado en algunas regiones del país, mientras más se postergue una salida política al conflicto armado, más se radicalizará la guerra con consecuencias mayores para toda Colombia. Mientras más transcurra el tiempo y más se desaprovechen las oportunidades, las dificultades serán cada vez más grandes. ¿Si este no es el momento propicio para continuar con una salida política, cuándo sucederá esa feliz oportunidad? ¿Qué número de colombianos inocentes y qué número de combatientes tendrán que morir o sufrir las calamidades de la guerra, para convencernos que persistirá un empate militar negativo?

Tampoco se debe olvidar, que la interdependencia de las partes en conflicto es asimétrica; es decir, que la responsabilidad nunca puede examinarse bajo la misma óptica. Mientras la guerrilla es ilegal, el Estado es la legalidad, y en eso pretende representar su legitimidad. En esta medida, los juicios de responsabilidad contra la guerrilla deben acompañarse de reflexiones de autocrítica por parte del gobierno.

El ejecutivo y los medios de comunicación tienen sometido al país a un proceso de desinformación, en el que muy excepcionalmente reconocen la participación de los agentes de aquel en las violaciones de los derechos humanos, y en el que constantemente señalan los atropellos perpetrados por la guerrilla. Pareciera que al gobierno le preocupara más su imagen, su prestigio político, que alcanzar la paz; la verdad del proceso no sólo es del ejecutivo, y por lo tanto éste debe propiciar un manejo más integral de la paz a nivel de los diferentes estamentos estatales, porque de lo contrario seguirá imperando su concepción dogmática, como si la versión de la paz fuera una sola.

Es por eso que el gobierno no debe olvidar que el proceso también es un medio político-pedagógico para la CGSB. En consecuencia, es importante que a ésta se le permita presentar sus proyectos políticos al país, y que a su vez el gobierno realice las reformas sociales de envergadura que dejen sin piso los argumentos de la guerrilla. Es curioso señalarlo y cuesta decirlo cuando no se comparten sus métodos de lucha, pero la CGSB es uno de los pocos sectores que pretende hacer oposición política, aprovechando los vacíos que dejó la reincorporación a la vida civil de los grupos guerrilleros del Movimiento 19 de abril M-19, el Ejército Popular de Liberación -EPL, hoy denominado Esperanza, Paz y Libertad-, el Partido Revolucionario de los Trabajadores -PRT- y el grupo indigenista Movimiento Armado Quintín Lame. Temas como la apertura económica, el manejo de los recursos naturales, la situación de derechos humanos, han sido formulados, tanto en Caracas como en Tlaxcala, con un énfasis poco comparable al debate que han tenido al interior del país.

Sin embargo, tampoco es clara la voluntad de paz de la Coordinadora, que no es un actor homogéneo, pues presenta diversos matices en su interior: En las FARC existen diferentes corrientes tanto en el Secretariado como en sus frentes, unos más partidarios de la confrontación y otros más decididos por una solución política: Raúl Reyes y los frentes XLII y XXXI que operan en el departamento del Meta representan a los primeros, y Alfonso Cano y los frentes XXXII del Putumayo y XIX del departamento del Magdalena representan a los segundos, entre otros. En el ELN existen sectores mayoritarios con representación política en la dirigencia, más partidarios de la prolongación de la lucha armada, como es el frente "Domingo Laín"; y otros sectores marginados y minoritarios, partidarios de la paz, como la Corriente de Renovación Socialista. También la legitimidad de la guerrilla a nivel local no se corresponde con la que existe a nivel nacional; mientras en algunas regiones del país la guerrilla goza de apoyo, su imagen nacional no cuenta con mucho prestigio entre los sectores dirigentes, los medios de comunicación y la clase productiva, entre otros.

Las víctimas del conflicto armado

Los muertos y heridos

El conflicto armado se caracteriza por un número de víctimas, muchas de ellas inocentes, cada vez mayor. En Colombia mueren diariamente casi tres personas por enfrentamientos entre el Ejército y los grupos guerrilleros, cifra que aumentó a cuatro en 1991. Desde enero de 1988 hasta mayo de 1992, según las estadísticas de Justicia y Paz, como resultado de enfrentamientos directos entre las Fuerzas Armadas y la guerrilla, hubo 5.101 muertos y 2.922 heridos, de los cuales 480 muertos y 788 heridos son civiles, 1.547 muertos y 1.997 heridos son miembros de las Fuerzas Armadas, y 3.074 muertos y 137 heridos pertenecen a organizaciones guerrilleras.

Sólo entre junio de 1991 y abril de 1992, meses en que transcurrieron las negociaciones entre el gobierno nacional y la Coordinadora, murieron 1.132 personas, de los cuales 76 fueron civiles, 279 miembros de las Fuerzas Armadas y 777 guerrilleros; resultaron heridos 724 personas, de los cuales 152 civiles, 530 miembros de las Fuerzas Armadas y 42 guerrilleros; fueron secuestrados por la guerrilla 151 civiles, 100 miembros de las Fuerzas Armadas resultaron retenidos por la guerrilla y 164 guerrilleros fueron capturados por las Fuerzas Armadas. Es decir, durante estos once meses, diariamente más de tres personas murieron, más de dos resultaron heridas, y más de una persona fue secuestrada, retenida o capturada.

Durante este mismo período, los departamentos con mayor índice de violencia armada fueron Antioquia (250 muertos y 182 heridos), Santander (102 muertos y 125 heridos), Meta (105 y 50 heridos), Cesar (55 muertos y 58 heridos), Norte de Santander (64 muertos y 34 heridos), Bolívar (65 muertos y 38 heridos), y Arauca (70 muertos y 26 heridos). Fueron secuestrados, retenidos y capturados 101 personas en Antioquia, 71 en Santander, 41 en Cesar, 26 en Norte de Santander, 16 en Bolívar y 11 en el Meta[3].

Si se respetara el derecho humanitario, no tendría por qué haber muertos y heridos pertenecientes a la población civil, y sería mayor el número de guerrilleros heridos o retenidos, o menor el número de muertos. El recoger y curar a los heridos es uno de los principios básicos del derecho de los conflictos armados, y es uno de los más desconocidos en la guerra de guerrillas y en la guerra contrainsurgente colombiana.

Los desplazados

El desplazamiento interno de la población civil en busca de protección por causa del conflicto armado es un preocupante problema que afecta la situación de derechos humanos en Colombia. La violencia generalizada o el conflicto prevaleciente como origen del desplazamiento coincide con el conflicto armado, siendo las principales causas los enfrentamientos entre los grupos guerrilleros y las Fuerzas Armadas, los bombardeos a las zonas campesinas, los operativos militares que lesionan a la población civil, las acciones de los grupos paramilitares y los operativos antinarcóticos.

También el desplazamiento hace parte de la lógica de la guerra contrainsurgente en la búsqueda de legitimar un proyecto paramilitar como una verdadera estrategia de repoblamiento. El desplazamiento definitivo de habitantes de zonas campesinas porque supuestamente sirven de apoyo social a la guerrilla, para ser sustituídos por miembros de grupos paramilitares y de individuos simpatizantes de las mismas Fuerzas Armadas, es un mecanismo de repoblamiento utilizado en el conflicto armado.

Los desplazamientos campesinos se presentan bajo la forma de éxodos masivos o de migraciones familiares o individuales; en los primeros las gentes salen de sus fincas y se dirigen a los centros urbanos a esperar que cesen los combates y que los operativos militares trasladen su escenario a otras zonas para regresar a sus parcelas; estos éxodos, que en muchos casos constituyen una protesta organizada, provocan alguna reacción por parte de las autoridades y de las organizaciones humanitarias. En los desplazamientos familiares o individuales realizados en forma sigilosa, los campe-

[3] Esta información fue tomada de los informes de derechos humanos del CINEP.

sinos generalmente no regresan a sus tierras, porque son jornaleros o pequeños propietarios que consideran que no vale la pena enfrentar el riesgo que corren en sus fincas; este desplazamiento es el que mayores problemas genera, pues su carácter hace que sea menos atendido.

El hacinamiento en las viviendas, las condiciones infrahumanas de vida y la endeble unidad familiar, determinan que la situación de todas estas personas sea de pobreza absoluta. La integración local resulta muy traumática, porque rehacer una vida en estas condiciones no es nada fácil. Los contados casos de retorno son de carácter individual y esporádico, y los retornos masivos se hacen muy difíciles por el miedo. La apatía debida al clientelismo electoral, la falta de solidaridad y la reacción hacia el olvido, determinan que las personas desplazadas por la violencia no admitan fácilmente su condición y se confundan con los damnificados por las inundaciones y con los migrantes económicos, lo que ha imposibilitado determinar su número exacto.

El campesino desplazado generalmente es considerado por el Ejército como base social de la guerrilla que se traslada atendiendo los orientaciones de ésta, asegurando que se trata de una táctica de la guerrilla en su afán por romper un cerco militar o evitar un bombardeo. Esto es más evidente cuando se trata de campesinos que provienen de las veredas en las que los operativos militares han sido frecuentes, donde se presenta el mayor número de violaciones de derechos humanos.

El mapa de los desplazados en Colombia cubre casi todas las regiones del país. Desde importantes centros urbanos como la capital del país, pasando por zonas de colonización como el departamento del Guaviare, hasta los departamentos localizados en los Llanos Orientales. De manera muy breve queremos mencionar las situaciones que se presentan en la región del Magdalena Medio, en la frontera colombo-ecuatoriana del departamento del Putumayo en el sur del país, en el departamento de Córdoba y en la cordillera oriental. No son las únicas zonas donde se presenta el fenómeno de desplazamiento, y su selección es a modo de ilustración.

Los campesinos del Magdalena Medio santandereano han tenido que desplazarse hacia los centros urbanos, principalmente a Barrancabermeja, para no resultar muertos en los operativos iniciados por el Ejército, con despliegues de fuerza que incluyen Armada, Fuerza Aérea e Infantería, con bombardeos indiscriminados, ametrallamientos desde helicópteros y "operaciones rastrillo". Familias enteras han emprendido marchas hacia los centros urbanos más importantes para tratar de presionar a las autoridades a tomar medidas eficaces para la protección de sus vidas. En la actualidad, y en un proceso iniciado desde hace aproximadamente diez años, se ha llegado a un número total de mil quinientas familias desplazadas de la

región del Chucurí por la violencia generalizada y por las inminentes amenazas de muerte por parte de los grupos paramilitares o por miembros del Ejército Nacional. Estas personas, generalmente pequeños propietarios de tierras con menos de diez hectáreas, buscan trabajo o nuevas formas de subsistencia distintas a la producción agrícola que les permitan sobrevivir, y se encuentran ubicadas en las cabeceras municipales de Barrancabermeja y Bucaramanga. En varias ocasiones los campesinos intentaron el retorno a sus tierras pero nuevamente por razones de seguridad tuvieron que desplazarse a los centros urbanos.

El departamento de Putumayo, localizado en la zona de frontera colombo-ecuatoriana, genera refugio internacional en el Ecuador; el éxodo de campesinos hacia este país se presentó en 1988, 1989 y principios de 1990, cuando la arremetida de los paramilitares contra el movimiento popular y las organizaciones de izquierda, miles de campesinos pasaron la frontera y buscaron refugio en el vecino país, en condiciones irregulares por ser indocumentados y por asentarse en zona ecuatoriana de seguridad nacional; la mayoría de ellos procedían de zonas de conflicto armado entre guerrilla y ejército, o de lugares bajo control de grupos paramilitares, y muchos no desean regresar a Colombia porque corren serio peligro de ser asesinados. Existen aproximadamente cuatro mil colombianos ilegales, entre desplazados por la violencia y migrantes económicos, en el territorio ecuatoriano comprendido entre La Punta y Tipishca (Provincia de Sucumbíos), siendo Lago Agrio y Puerto El Carmen los principales asentamientos.

En 23 barrios subnormales de la ciudad de Montería, capital del departamento de Córdoba, conviven aproximadamente cien mil personas damnificadas por las inundaciones presentadas a finales de 1988 que afectaron más de 17 municipios del departamento, campesinos que emigraron a la cabecera departamental buscando mejores condiciones sociales y económicas, y desplazados por hechos de violencia que se han presentado en la última década.

A raíz de la ofensiva iniciada por las Fuerzas Militares el 9 de diciembre de 1990, cuando atacaron el Secretariado General de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC- en el municipio de La Uribe, departamento del Meta, el conflicto armado se agudizó en toda la zona de la cordillera oriental en los departamentos del Huila, Tolima, Cundinamarca y Meta. La región del río Duda -que nace en la cordillera oriental y desemboca en el río Guayabero-; la región del Sumapaz -que comprende el sur del departamento de Cundinamarca, el nororiente del departamento del Huila y el oriente del departamento del Tolima- y el piedemonte llanero -con los municipios de La Uribe, Mesetas, El Castillo, Vistahermosa y San Juan de Arama, del departamento del Meta-, han generado un éxodo

campesino superior a las cinco mil personas que se han localizado en municipios como Granada (Meta), San Bernardo, Usme, Fusagasugá y Bogotá (Cundinamarca). También se presentan desplazamientos no tan perceptibles desde el piedemonte llanero -sobre todo de la inspección Piñalito del municipio de Vistahermosa- hacia la reserva de la sierra de la Macarena en el mismo departamento del Meta.

Todas las personas desplazadas tienen derecho a ser protegidas por el Estado y deben gozar de los derechos humanos fundamentales. El Estado colombiano debe impulsar un programa coherente de asistencia humanitaria a esta clase de víctimas, porque de lo contrario la situación de los desplazados en Colombia seguirá siendo un problema de derechos humanos de carácter persistente. Del mismo modo, la comunidad internacional debe atender el desplazamiento interno, por lo que resulta conveniente que se amplíe el mandato del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, con el objeto de que también ofrezca protección a los desplazados.

EL PROCESO DE PAZ: DE CARACAS HASTA TLAXCALA

Durante 1991, las conversaciones entre el gobierno nacional y la CGSB se caracterizaron por un clima de seriedad pero de mutua desconfianza, en el cual el tema del cese del fuego y de las hostilidades ocupó casi la totalidad de la agenda; ambas partes fortalecieron su posición negociadora durante el segundo semestre: por un lado, la Coordinadora logró realizar importantes reuniones con dirigentes empresariales del país con el objeto de lograr acuerdos sobre una eventual desmovilización; y por el otro, el gobierno nacional integró una comisión asesora conformada por destacados representantes de los partidos políticos incluyendo el Partido Comunista, designó un civil como ministro de defensa, rompiendo con una tradición militar de casi cuarenta años, y nombró a otro civil como director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; finalmente, el acta de compromiso suscrita por las partes el 10 de noviembre en la ciudad de Caracas incluyó como temas de la agenda los derechos humanos, la protección de la población civil, los paramilitares, la fuerza pública, los secuestros, los militares retenidos por la guerrilla y la aprobación del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.

Durante 1992, el proceso de paz acusó un evidente desgaste político. El 5 de mayo en un comunicado conjunto las comisiones negociadoras del gobierno nacional y de la CGSB acordaron la suspensión por seis meses de las conversaciones de paz; los diálogos que habían recomenzado el 10 de marzo en la ciudad de Tlaxcala, México, fueron suspendidos inicialmente

el 21 de marzo por la muerte en cautiverio del exministro Argelino Durán Quintero, secuestrado por la disidencia del Ejército Popular de Liberación -EPL-. Lo dramático del suceso estuvo en que mientras el gobierno solicitaba su liberación y la CGSB señalaba los contratiempos para dejarlo en libertad, Durán había fallecido el 12 de marzo. Luego de la mediación de la Iglesia católica colombiana, las negociaciones habían sido reiniciadas a mediados de abril.

La causa central de la interrupción fue el desacuerdo entre las partes sobre el orden de la agenda de trabajo; mientras el gobierno insistía en poner en primer lugar el tema del secuestro y del cese al fuego, la Coordinadora reiteraba que debía retomarse el orden acordado el 13 de marzo, que comenzaba por el debate de la apertura económica, la reforma institucional, los derechos humanos, y sólo en cuarto lugar el cese al fuego. Además, en esta corta ronda de conversaciones, la Coordinadora propuso una veeduría internacional que verificara el cumplimiento de los acuerdos, propuesta rechazada por el gobierno al considerar que no tenía objeto porque no se había llegado a ningún compromiso.

La agenda ha sido uno de los principales obstáculos del proceso de paz. La flexibilidad en la discusión de los temas y la imaginación para buscar alternativas deben permitir un debate con altura; pensar en una agenda con intereses inmediatistas, en el que el cese al fuego continúe siendo el principio determinante -cuando los principios no se negocian, se negocian los intereses- es recaer en una alternativa fracasada. Lo central no es el orden de los temas, ni debe importar qué viene primero y qué después, porque todos los temas se relacionan, se van a discutir, y en esa medida ninguno es inaplazable. El sentido de la agenda es servir como puente de comunicación entre las partes, para generar confianza, y en esa medida construir el proceso de negociación[4].

Sin embargo, un proceso de paz no puede reducirse a una simple formulación de temas para discutir. El proceso debe ser más que un simple intercambio de opiniones entre el gobierno y la CGSB, como ha sido hasta la fecha. Debe estar acompañado de demostraciones inequívocas de paz de las partes en conflicto, las cuales no deben ser objeto de negociación, sino verdaderos gestos unilaterales; en primer lugar, éstas le competen al gobierno si es que pretende representar la legitimidad del régimen, y deben estar esencialmente enmarcadas dentro de los derechos humanos. Asimismo, el gobierno debe impulsar la separación del servicio de miembros de las Fuerzas armadas y organismos de seguridad comprometidos en graves y reiteradas violaciones a los derechos humanos, la estimulación de la

---

[4] Véase DANIEL GARCIA-PEÑA JARAMILLO, "Lecciones Salvadoreñas", en *El Espectador*, 17 de mayo de 1992, p. 4 D.

creación de comités regionales y locales de derechos humanos, la puesta en funcionamiento de la Defensoría del Pueblo con amplias facultades, la existencia de una justicia respetuosa de las garantías judiciales, el desmantelamiento de los grupos paramilitares, la desarticulación de los escuadrones de la muerte, la atención a la población desplazada, el diseño de una política de orden público para la violencia generada por los pequeños narcotraficantes y la generalización de los programas de sustitución de cultivos; así como debe diseñar una política integral para la reincorporación definitiva a la vida civil de la CGSB, porque una deficiente reinserción impide la concreción de la paz y puede convertirse en la violencia del futuro.

En segundo lugar, la CGSB debiera emprender cuanto antes la liberación de los secuestrados y en consecuencia la abolición del secuestro, la eliminación de los juicios populares, el fin de las ejecuciones extrajudiciales y el desmantelamiento de las milicias urbanas, lo cual sería demostración inequívoca de paz de su parte. Aunque las arbitrariedades de los actores armados que pretenden representar a la sociedad, caen en la esfera de la violencia común, a tales prácticas no se les puede negar por completo su condición política, máxime cuando la sociedad está indefensa ante los atropellos de la guerrilla[5].

También es necesario introducir nuevos actores y escenarios en la negociación, pues la participación ha sido muy limitada y el escenario, único; el país está convencido de la necesidad de ampliar de manera sustancial los participantes en la negociación y en la bondad de los diálogos regionales.

La Comisión Asesora de Orden Público mientras funcionó, cumplió un papel de intermediación importante, y las Comisiones para la Discusión de la Agenda, propuestas por el gobierno al inicio de las conversaciones en Tlaxcala, si hubiesen marchado, con seguridad habrían contribuido en airear el proceso. En una instancia posterior se debe contar con ambas instancias, pero con una integración más representativa. Sería importante que otros sectores del país, como los gremios o los sindicatos, tuviesen asiento en la Comisión Asesora de Orden Público, y que el ministro de defensa, funcionario deliberante del estamento gubernamental más involucrado en el conflicto, hiciera parte de las Comisiones para la Discusión de la Agenda.

Son destacables el viaje del presidente del Senado a Tlaxcala para conversar con la Coordinadora, su propuesta, y la de la guerrilla, puesto que contribuyen al proceso de paz. Hacía falta que además del ejecutivo, las

---

[5] Véase , Luis Alberto Restrepo M. "Los Equívocos de los Derechos Humanos en Colombia", Bogotá, mimeo, 1991.

otras ramas del poder público asumieran un papel más protagónico frente a las negociaciones porque contribuyen a que el Estado consolide un manejo más integral de la paz. Ambas propuestas, que se ajustan a los lineamientos generales de la política del gobierno, incorporan los derechos humanos como un elemento esencial para desenredar las conversaciones. Considerar los derechos humanos como la base misma de las negociaciones, es reconocer uno de los puntos nodales del conflicto, el cual debe asumirse como un compromiso compartido por ambas partes.

Los foros regionales sin la participación de los grupos armados, pueden contribuir como espacio de discusión al problema de la paz en Colombia, al igual que los Consejos Departamentales de Seguridad, creados por el decreto 2615 de 1991. En estos últimos, los diferentes sectores sociales de la comunidad pueden discutir los problemas de seguridad, con la ventaja de quedar comprometidos con su solución. Esta alternativa, desarrollada por la Estrategia Nacional contra la Violencia, no debe subvalorarse y por el contrario debe rescatarse, en la medida que es uno de los pocos espacios con los que cuenta la comunidad para participar activamente en la solución de sus problemas de orden público.

Sin embargo, son los diálogos regionales con la participación de actores armados, los que más interés causan y los que la sociedad civil colombiana exige insistentemente en realizar. Los diálogos regionales no significan la sustitución de la paz nacional por una paz parcelada, o el escenario para el protagonismo de la guerrilla; son un espacio para generar confianza entre las partes con el fin de que se traduzcan en una disminución real de las hostilidades. De lo que se trata es de hacer público un mecanismo que desde hace años se realiza en el país, cual es el de permitir de manera más abierta las conversaciones entre las autoridades locales y los comandantes guerrilleros: para nadie es un secreto que en muchos de nuestros municipios, constantemente los alcaldes, las diferentes autoridades locales y eclesiales, y los diferentes sectores socioeconómicos, sostienen charlas con frentes guerrilleros. Dialogar en foros regionales no es lo mismo, ni sustituye el negociar en el exterior, cuando en Colombia siempre se ha conferenciado pero en la clandestinidad; además, ante la posible situación que cada vez se negocie con actores menos homogéneos, los diálogos regionales con actores fragmentados son una posibilidad que no debe descartarse: Esperar a que se defina el cese al fuego para impulsarlos, es condenar de antemano al fracaso un mecanismo que puede garantizar un clima de distensión en la confrontación.

La Comisión para la Superación de la Violencia -producto de los acuerdos de paz entre el gobierno y los últimos grupos guerrilleros desmovilizados (Ejército Popular de Liberación -EPL-, hoy Esperanza Paz y Libertad, y Movimiento Indígena Quintín Lame), en su informe final

presentado en enero de 1992 acerca de la situación de violencia en las zonas donde tuvieron influencia política y militar estas dos organizaciones, recomienda entre otras impulsar los diálogos regionales que son un derecho de la sociedad civil:

> Es conveniente que estos diálogos no sean restringidos a los interlocutores, aunque hay asuntos y decisiones que corresponden solamente al gobierno central. Para la sociedad civil es de gran importancia tener todo lo que la comunidad local se juega en la reinserción, que toca a actores económicos, culturales, religiosos, educativos, de orden público, y también grupos en armas (guerrillas, paramilitares y autodefensas). Por eso es de gran relevancia para la sociedad civil poder dialogar con estos actores, distribuir responsabilidades y compromisos, y establecer normas de seguimiento y control grupal sobre las cosas que se acuerden. Finalmente, en estos diálogos se establecerán cuidadosamente aquellos compromisos que solo competen al Estado y las fuerzas de seguridad [6].

El paso del tiempo nos lleva al convencimiento cada vez mayor, que la utilización de las instancias internacionales es definitiva para el éxito del proceso de paz. La utilización de escenarios internacionales -Caracas y Tlaxcala-, con la participación de observadores internacionales -un venezolano y un mexicano-, han sido importantes pero no suficientes para garantizar un desarrollo exitoso del proceso. Se necesita dar pasos más audaces en este sentido: la integración de una comisión de observadores internacionales, veedores de un acuerdo mínimo; la intervención más decidida de las instancias intergubernamentales como las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos con una intermediación más activa que la realizada hasta el momento, pueden ser fórmulas internacionales que merecen evaluarse. Buscar nuevos espacios y nuevos actores exteriores, no puede entenderse como la intromisión de otros Estados o de organismos internacionales en el restablecimiento del orden público interno; más bien se trata de internacionalizar la paz para evitar la internacionalización de la guerra[7].

---

[6] COMISION DE SUPERACION DE LA VIOLENCIA, *Pacificar la paz, Lo que no se ha negociado en los acuerdos de paz*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional, CINEP, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, CECOIN, Bogotá, 1992, p. 300.

[7] Véase HERNANDO VALENCIA VILLA, "Las víctimas del fuego cruzado", en *El Tiempo*, 7 de junio de 1992, p. 3 B.

HUMANIZAR PARA NEGOCIAR

Aunque las constantes suspensiones de las negociaciones, las permanentes ofensivas guerrilleras y los continuos operativos de las Fuerzas Militares hacen difícil predecir los resultados, el diálogo es el mejor camino para alcanzar la paz con la guerrilla. Mientras continúen las negociaciones y hasta tanto las partes no lleguen a trascendentales acuerdos, el derecho humanitario sigue siendo una alternativa para generar confianza y disminución real de los efectos de las hostilidades. Si las partes en conflicto quieren la paz y si ésta es necesaria para el país, no es muy comprensible por qué tanto ellas como algunos otros sectores se oponen a humanizar la guerra mientras se alcanza la paz.

La humanización de la guerra, expresión que ha hecho carrera para denominar el derecho internacional humanitario en nuestro país, procura el respeto de los derechos humanos mínimos o inderogables en caso de conflicto armado. Su aplicación no significa la sustitución de la paz o la legalización de la guerra, ni mucho menos busca prolongarla en el tiempo u otorgarle estatus de beligerancia legítima a los grupos alzados en armas; pretende civilizar el conflicto mediante la ejecución de principios como son respetar a la población civil, recoger y curar a los heridos, tratar con dignidad a las personas detenidas y proteger los bienes indispensables para la supervivencia.

El número de víctimas cada vez mayor en el conflicto armado colombiano sería una razón más que suficiente para que ambas partes se preocuparan por respetar ese núcleo básico de derechos que protegen las normas humanitarias: los civiles muertos, heridos y desplazados, y los combatientes que han quedado fuera de la confrontación por enfermedad, heridas, detención o cualquier otra causa. Por consiguiente, tanto el gobierno nacional como la Coordinadora deben abandonar la actitud de reproche frente a las conductas de su adversario y empezar a reconocer en el otro, en su enemigo y en el tercero inocente ajeno al conflicto, un ser humano, que tiene derecho a serlo.

Sin embargo, ese respeto hacia la persona humana debe ser integral, no parcelado, ni objeto de jerarquías o discriminaciones. ¿Quién puede señalar por ejemplo que el secuestro es más censurable que la desaparición forzada? Las agendas no pueden derogar, suspender, negociar, desconocer, sustituir o minimizar los derechos humanos; la dignidad humana no puede ser objeto de negociación y tampoco se pueden postergar las razones de la humanidad.

Las coincidencias deben convertirse en acuerdos mínimos; y la primera coincidencia de la especie humana, es que es más digno de estima lo que nos aproxima como hombres que lo que nos diferencia como ciudadanos.

Los derechos humanos, entendidos como un catálogo de necesidades esenciales de los hombres que protegen lo mismo bajo la diversidad, deben ser acatados en su doble significado: como respaldo a las divergencias y como respeto a un derecho que nos ampara a todos. La condición humana no es un hecho, sino un derecho, porque implica una exigencia hacia los demás y la aceptación de un compromiso esencial con el otro[8].

En consecuencia, un pacto de derechos humanos antes del cese al fuego con un ingrediente de verificación internacional, es una coincidencia que debería convertirse en un acuerdo mínimo, como sucedió por ejemplo en el caso salvadoreño. La pedagogía del proceso de paz de El Salvador nos enseña que el acuerdo sobre derechos humanos firmado en San José, Costa Rica, el 26 de julio de 1990 bajo la verificación de una misión de las Naciones Unidas, orientó de manera definitiva el proceso, y a él más que a nada se debe el éxito de las negociaciones.

Humanizar la guerra mientras se logra la paz es una alternativa que merece ser impulsada por las partes en conflicto y ser respaldada por la sociedad civil. Sujetar el comportamiento de las Fuerzas Militares colombianas y de la CGSB al artículo tercero común de los convenios de Ginebra, que establece el mínimo de trato humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales, o a un acuerdo de derechos humanos *ad hoc* suscrito por ambas partes, son mecanismos que pueden contribuir efectivamente a mitigar los estragos de la confrontación, y disminuir las operaciones de guerra mientras se desarraiga de una vez por todas la lucha armada en nuestro país. Empezar a reconocer en el otro su derecho a ser hombre, es el primer paso para construir una paz duradera en Colombia.

---

[8] Véase FERNANDO SAVATER, *Etica como Amor Propio*, Mondadori, Madrid, 1988.

MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCION JURIDICA DE LOS REFUGIADOS

*Richard Stainsby**

Los refugiados son ante todo víctimas. Las Naciones Unidas reconocieron, desde sus comienzos, que la tarea de protegerlos era una cuestión de interés internacional. Hoy examinaremos el sistema internacional que los protege, el cual ha venido desarrollándose desde 1950 con base en una parte institucional y otra convencional: La primera consiste en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la segunda en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, complementada por el Protocolo de las Naciones Unidas sobre dicho Estatuto.

Después de haber examinado ambos aspectos, veremos la evolución de los mecanismos de protección jurídica mismos, los cuales son ante todo regionales. Terminaremos con algunas reflexiones sobre los desplazados internos, uno de los temas más importantes de este seminario.

LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados fue creada el 1º de enero de 1951 por un período de tres años, de conformidad con las resoluciones 319 (IV) del 3 de diciembre de 1949, y 428 (V) del 14 de diciembre de 1950, de la Asamblea General. Se

* Asesor Jurídico Regional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR.

estableció como órgano subsidiario de la Asamblea General en virtud del artículo 22 de la Carta, sobre una base análoga a la de otros Programas de las Naciones Unidas, como UNICEF y PNUD.

Pronto resultó evidente que era necesario que las Naciones Unidas prestasen una atención continua a los problemas de los refugiados, y para ello la Asamblea General decidió prorrogar el mandato del ACNUR durante un período de cinco años, renovable, a partir del 1º de enero de 1954; y recientemente lo mantuvo por un nuevo período de cinco años, comprendido entre el 1º de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 1993.

Según el párrafo 13 del Estatuto del ACNUR, el Alto Comisionado es elegido por la Asamblea General a propuesta del Secretario General. Actualmente la Alta Comisionada es la Sra. Sadako Ogata.

Con arreglo a lo dispuesto en el capítulo I del Estatuto, el Alto Comisionado actúa bajo la autoridad de la Asamblea General y sigue las instrucciones que le den la Asamblea o el Consejo Económico y Social. También informa al Comité ejecutivo del Programa del Alto Comisionado.

Personas de que se ocupa el ACNUR

Con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 6 y 7 del Estatuto, se define como refugiado de la competencia del ACNUR a cualquier persona que

> Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país, o que, por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no puede o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él.

En el párrafo 2 del Estatuto se declara que:

> La labor del Alto Comisionado tendrá carácter enteramente apolítico; será humanitaria y social y, por regla general, estará relacionada con grupos y categorías de refugiados.

Su carácter universal se refleja en el hecho de que el ACNUR tiene la obligación de proteger a los refugiados, cualesquiera que sean y dondequiera que estén. Para desempeñar su cometido en todo el mundo, el Alto Comisionado cuenta con unos noventa representantes, acreditados en más de cien países.

Funciones del ACNUR

Las dos funciones principales del ACNUR son la protección de los refugiados y la búsqueda de soluciones permanentes de sus problemas. Esto queda de manifiesto en la primera frase del primer párrafo del Estatuto que dice así:

> El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, actuando bajo la autoridad de la Asamblea General, asumirá la función de proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en el presente Estatuto, y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados...

Al desempeñar la primera función, el ACNUR trata de promover la adopción de normas internacionales para el trato de los refugiados y la aplicación efectiva de esas normas en lo que respecta al empleo, la educación, la residencia, la libertad de desplazamiento y la protección contra su devolución a un país en el que un refugiado tenga fundados temores de ser perseguido. Al desempeñar la segunda función, el ACNUR trata de facilitar la repatriación voluntaria de los refugiados o, cuando esta solución no sea factible, de ayudar a los gobiernos de los países de asilo a hacer que los refugiados resuelvan por sí mismos sus necesidades lo antes posible.

El ACNUR desempeña un papel principal en la coordinación de la ayuda a los refugiados; salvo en circunstancias especiales, sus actividades de asistencia material se desarrollan por conducto de las autoridades nacionales o locales del país interesado, de otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, de organizaciones no gubernamentales o de organismos técnicos privados.

LA CONVENCION Y EL PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951

La convención

Además de crear una organización, se dejó sentir la necesidad de un nuevo instrumento internacional que definiera la condición jurídica de los refugiados. En vez de acuerdos *ad hoc* adaptados con respecto a determinadas situaciones de refugiados, se requería un instrumento que incluyese una definición general de quienes habían de ser considerados refugiados.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 28 de julio de 1951 y entró en vigor el 21 de abril de 1954.

El Protocolo

Con arreglo a la definición general enunciada en la Convención de 1951, es refugiado toda persona

> Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida.. se encuentre fuera del país de su nacionalidad...

La fecha límite de 1951 obedecía al deseo de los Estados, en el momento de adoptarse la Convención, de limitar sus obligaciones a las situaciones de refugiados que se sabía que existían a la sazón o a las que pudieran surgir ulteriormente como consecuencia de acontecimientos ya ocurridos.

Al correr del tiempo y con la aparición de nuevas situaciones de refugiados, se hizo sentir cada vez más la necesidad de que las disposiciones de la Convención de 1951 pasaran a ser aplicables a esos nuevos refugiados. Por consiguiente, se elaboró un Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, el cual, después de ser examinado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, quedó abierto a la adhesión el 31 de enero de 1967 y entró en vigor el 4 de octubre de 1967.

Al adherirse al Protocolo de 1967, los Estados se obligan a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención de 1951 a los refugiados comprendidos en la definición que figura en la Convención; el Protocolo es un instrumento independiente y la adhesión al mismo no está limitada a los Estados partes en la Convención.

En la actualidad, 111 Estados son partes en la Convención de 1951 y/o en el Protocolo de 1967.

Disposiciones principales de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967

La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 comprenden tres tipos de disposiciones:

a) Disposiciones que contienen la definición básica de quién es y quién no refugiado, y quién ha dejado de serlo. La definición de un refugiado en la Convención y el Protocolo es casi igual a la definición del Estatuto de ACNUR.

b) Disposiciones que definen el estatuto jurídico de los refugiados y sus derechos y obligaciones en su país de acogida (derecho de no ser devuelto, derecho al trabajo, derecho a educación, etc.).

c) Otras disposiciones versan sobre la aplicación de los instrumentos desde los puntos de vista administrativo y diplomático. El artículo 35 de la Convención de 1951 y el artículo II del Protocolo de 1967, enuncian la obligación de los Estados contratantes de cooperar con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el ejercicio de sus funciones y en especial de ayudarle en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esos instrumentos.

EVOLUCION DE LOS MECANISMOS INTERNACIONALES

Durante los años 60 y 70, hubo situaciones de éxodo masivo, no por razones de persecución individual, sino a causa de, por ejemplo, conflictos internos o agresión externa. Estas personas también necesitaban protección internacional y asistencia material, porque era peligroso regresar a su país.

La aparición de estos nuevos problemas, de gran magnitud de refugiados, principalmente fuera de Europa, llevó a los gobiernos a adoptar una interpretación más flexible de los criterios que debía aplicar el ACNUR, especialmente con respecto a las personas desarraigadas que reunían las condiciones para recibir asistencia material. En resoluciones aprobadas por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social se ha pedido al Alto Comisionado que asista a grupos específicos de refugiados y personas desplazadas de un origen determinado o habitantes de una zona determinada. Así pues, el ACNUR ha proporcionado socorro inmediato y otras formas de asistencia material a personas desarraigadas cuya condición de refugiados no se podría determinar individualmente a causa de factores como lo numeroso del grupo, la rapidez de su llegada y la urgencia de sus necesidades.

Fue así como ACNUR empezó a proteger y a ayudar no solamente a los refugiados "clásicos" de su Estatuto, sino también a millones de víctimas de violencia que se vieron forzadas a salir de su país.

A nivel mundial, por el lado de los instrumentos internacionales, no hay una evolución semejante; pero a nivel regional sí hay un progreso parecido. La Convención que rige los aspectos inherentes a los problemas de los refugiados de Africa, adoptada en 1969 por la Organización de la Unidad Africana, contiene una definición más amplia del término "refugiado". En América Latina, el problema del asilo territorial y diplomático ha sido tratado en una serie de instrumentos regionales; además, la Declaración de Cartagena sobre la situación de los refugiados centroamericanos, dispone:

> que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1957, considera también como refugiados a las personas que han salido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público (Tercera conclusión).

Por lo tanto, este es el sistema actual a nivel internacional para proteger a los refugiados, el cual, a través de ACNUR y de los instrumentos jurídicos universales y regionales, trata de proteger a las personas que no pueden regresar a su país.

Desplazamiento interno

Como hemos visto, el Estatuto de ACNUR se refiere a los refugiados específicamente como personas fuera del país de su nacionalidad; luego los define como individuos cuyo estatuto se deriva de un temor fundado de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad u opinión política. El ACNUR esta llamado a proteger y asistir a los refugiados y a procurar soluciones duraderas a sus problemas, pero en la práctica las personas de interés para el ACNUR no han sido solo las definidas en el Estatuto: En concordancia con los diversos instrumentos regionales y a petición de la Asamblea General y el Secretario General de las Naciones Unidas, el ACNUR ha suministrado protección y asistencia a millones de víctimas de guerra y de violencia, incluyendo a quienes han huido de sus países o a quienes no lo han hecho.

El ACNUR tiene la responsabilidad de supervisar la situación de seguridad de aos refugiados a su regreso, y puede continuar asistiéndolos por un período limitado hasta que logren la auto-suficiencia, cobijando de una forma u otra a la población local donde viven los refugiados, a las comunidades circunvecinas.

Con frecuencia los refugiados repatriados regresan a zonas que poseen una población significativa de desplazados internos, muchos de los cuales probablemente han huido de sus lugares de origen por las mismas razones

que aquellos; muchos tienen los mismos problemas de seguridad y reintegración que encuentran los repatriados al regresar a su país de origen, y algunos inclusive son parientes cercanos separados durante la huida.

Por otra parte, los refugiados que se repatrian muchas veces no pueden retornar a sus lugares de origen, y por ello pueden convertirse fácilmente en desplazados internos una vez en su país.

Además de estas actividades relacionadas con el mandato, el Secretario General y la Asamblea General han solicitado los buenos oficios de ACNUR en ciertas ocasiones en nombre de los desplazados internos (Chipre, Vietnam y Laos); igualmente, al ACNUR se le ha requerido suministrar asistencia humanitaria a personas en Bangladesh, Líbano, Africa, Nicaragua y Uganda, con base en su habilidad y experiencia específicas con personas desarraigadas.

El ACNUR también ha contribuido con los esfuerzos humanitarios de las Naciones Unidas para tratar los efectos de la guerra y las luchas civiles en el sur de Africa y Centroamérica. SARRED y específicamente SIREFCA representan los esfuerzos de la comunidad internacional para atender las consecuencias de trastornos y las poblaciones desarraigadas, mediante proyectos coordinados con agencias de las Naciones Unidas, gobiernos donantes y ONGs.

De esta manera, el ACNUR goza de amplia experiencia en el trabajo con refugiados, con quienes retornan y con otras personas de interés que se encuentran en su país de origen. No obstante, a la Oficina no le compete tratar con los desplazados internos como tales.

El trabajo de la Oficina en nombre de los desplazados internos ha estado relacionado con, y depende de, un programa de retorno, una operación especial requerida por el Secretario General o la Asamblea General, o ha resultado de la participación en convenios internacionales especiales, tales como los llevados a cabo por SARRED y CIREFCA.

CONCLUSION

Los mecanismos internacionales de protección jurídica de los refugiados se han desarrollado bastante en los últimos 40 años; queda mucho por hacer, naturalmente, pero por lo menos hay una organización con un mandato de la Asamblea General para proteger a los 17 millones de refugiados que existen hoy en día, ayudarlos y buscar soluciones. Además hay instrumentos universales y regionales redactados y firmados por los Estados a su respecto. Sin embargo, el sistema en sí no es suficiente; es preciso trasladarlo al nivel nacional.

Colombia es parte en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada por la Ley 35 de 1961, y del protocolo de 1967, aprobado por la Ley 65 de 1979. El Decreto Nº 2817 del 20 de noviembre de 1984 establece los mecanismos que permiten garantizar su aplicación, en particular en lo relativo al reconocimiento de la condición de refugiado.

En Colombia y como en todos los demás países del mundo, la eficacia del sistema depende de los mecanismos nacionales, del conocimiento de los principios y de la voluntad de aplicarlos con espíritu humanitario.

En cuanto a los desplazados internos, no cabe duda de que el ACNUR tiene una importante experiencia de trabajo con personas al interior de sus propios países; pero hay más desplazados internos en el mundo que refugiados. Además cada situación de desplazados es distinta y exige un análisis detallado. El problema es sumamente grande y complejo y sobrepasa la capacidad de una sola institución del sistema de las Naciones Unidas. Estamos realmente apenas al principio del desarrollo de mecanismos de protección y asistencia: Como en el caso de los refugiados, este principio se caracteriza por un reconocimiento de parte de las Naciones Unidas y la comunidad internacional de que la situación de los desplazados internos es igualmente cuestión de interés internacional.

LA VERIFICACION INTERNACIONAL EN EL SALVADOR

Una experiencia de terreno

*Rodolfo Mattarollo**

MARCO INFORMATIVO

Para el Acuerdo de San José, el Estado es en principio el agente capaz de quebrantar los derechos humanos; los insurgentes, al igual que las fuerzas armadas gubernamentales, pueden cometer eventualmente infracciones al derecho internacional humanitario[1].

En el preámbulo de dicho Acuerdo se establece implícitamente a este respecto una diferencia entre el Estado y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN)[2]. El Estado tiene el deber de respetar y garantizar los derechos humanos; el FMLN "asume el compromiso de respetar los atributos inherentes a la persona humana".

---

*Organización de Naciones Unidas de El Salvador.

[1] Esto no debería afirmarse de manera absoluta. El compromiso de las partes de "erradicar toda práctica de desapariciones y secuestros", enfáticamente formulado en el Acuerdo de San José (parr. 1), parece referirse tanto a una conducta violatoria de los derechos humanos reprochada al Estado -las desapariciones- como a la insurgencia -los secuestros-.

[2] Dice este respecto el preámbulo del Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos: "Teniendo presente que el ordenamiento jurídico de El Salvador consagra el reconocimiento de los derechos humanos y el deber del Estado de respetarlos y garantizarlos; considerando igualmente que el Estado ha contraído obligaciones de la misma naturaleza a través de numerosas convenciones internacionales en las cuales es parte; teniendo presente que el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional tiene la capacidad y la voluntad y asume el compromiso de respetar los atributos inherentes a la persona humana".

Una referencia explícita al derecho humanitario se encuentra en el preámbulo del Acuerdo, en el que se define lo que dicho documento entiende por derechos humanos: Allí se incluye a los reconocidos "por las declaraciones y principios sobre derechos humanos y sobre derecho humanitario aprobados por las Naciones Unidas y por la Organización de Estados Americanos".

A su vez en su parte dispositiva, el Acuerdo de San José (párr. 8) hace una referencia explícita a zonas en conflicto y a diversos derechos de las personas desplazadas y los repatriados (párr. 7); sin embargo, el Acuerdo (párr. 19) establecía que la Misión iniciaría sus funciones "a partir del cese del enfrentamiento armado".

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO HUMANITARIO EN EL ACUERDO DE SAN JOSE

La Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL) fue establecida a pedido de las partes -el Gobierno de ese país y el FMLN- de conformidad con la resolución 693 (1991) del Consejo de Seguridad del 20 de mayo de 1991. ONUSAL se instaló en El Salvador el 26 de julio de ese año, antes de lograrse el cese del fuego.

En su primer informe la Misión efectuó una interpretación de su mandato en esa materia[3]; allí subrayó que ONUSAL

> no fue concebida para ocuparse de violaciones a los derechos humanos - o a los atributos de la persona humana- derivadas en forma directa del enfrentamiento armado. La intención de las partes en el Acuerdo de San José, así como la estructura de este último, estuvieron acordes con el objetivo de crear garantías adicionales para la observancia de los derechos humanos en la nueva etapa histórica que debería iniciarse en El Salvador a partir del cese del fuego .

Sin embargo, la instalación de la Misión, a pedido de las partes, antes del cese del enfrentamiento armado, planteó el problema de la verificación de las posibles infracciones al derecho internacional humanitario en el conflicto armado interno[4] .

Al interpretar su mandato a este respecto, en su primer informe la Misión recordó que si bien el ordenamiento jurídico específico para situaciones de

---

[3] A/45/1055-S/23037, párrs. 17 y ss.

[4] El tema de esta comunicación es precisamente la manera como ONUSAL cumplió hasta el presente esa tarea.

conflicto armado, es el derecho internacional humanitario, el sistema internacional de protección de los derechos humanos "sigue teniendo vigencia durante los conflictos armados de una manera concurrente" [5].

La Misión admitió la existencia de una zona de coincidencia entre los instrumentos de derechos humanos y los tratados del derecho humanitario, pero estimó que sus tareas de verificación se diferenciaban de las funciones reconocidas a los organismos humanitarios como el Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR y las sociedades de Socorro. Un criterio importante de diferenciación fue el carácter confidencial de las conclusiones y recomendaciones del CICR y la naturaleza pública de las que la Misión debía formular.

La Misión concluyó que ejecutaría sus tareas "dentro del contexto y de la esfera en que fue concebida" -vale decir la de la promoción y protección de los derechos humanos-; pero añadió que además se ocuparía de "situaciones vinculadas con el conflicto armado, a las que sea aplicable el derecho internacional humanitario, sólo en casos que puedan considerarse especialmente relevantes, asignando una primera prioridad a la protección de los derechos humanos de la población civil" [6].

TIPOLOGIA DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En su primer informe la Misión indicó que la verificación tendría en cuenta las infracciones a las normas de conducta sobre el "trato humano" y sobre la protección de la "población civil".

Trato humano

En cuanto al trato humano se consideró que la verificación comprendería el examen de las infracciones a las garantías fundamentales, según las cuales todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, deben ser tratadas con humanidad en toda circunstancia [7].

---

[5] Resolución 2675 (XXV) de la Asamblea General de 9 de diciembre de 1970. También se hizo referencia al segundo considerando del preámbulo del Protocolo Adicional II y al Comentario del CICR a dicho párrafo.

[6] A/45/1055-S/23037, párr. 25.

[7] A este respecto y a los efectos operativos se elaboró la siguiente tipología de infracciones a las normas que prescriben el "trato humano": a. Atentados contra la vida, la salud e integridad física o mental (homicidios, tratos crueles, torturas, mutilaciones, penas corporales); b. Atentados contra la dignidad personal (Tratos degradantes y

Población civil

Se resolvió tener en cuenta especialmente las siguientes infracciones:

- Ataques a la población civil como tal y a las personas civiles;
- Actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea intimidar a la población civil;
- Actos que consistan en atacar bienes indispensables para la supervivencia de la población civil o en obstaculizar las acciones de socorro;
- Desplazamientos arbitrarios de la población civil[8] .

LA VERIFICACION DE LAS INFRACCIONES

La protección de la población civil

Ya en su primer informe ONUSAL trató dos casos suficientemente ilustrativos de los efectos del conflicto armado interno sobre los derechos de la población civil[9] , en los que se produjeron víctimas atribuidas a operativos de la Fuerza Armada en dos comunidades de personas repatriadas; ellos mostraron desde el inicio la complejidad de la verificación sobre el terreno del Acuerdo de San José antes del cese del enfrentamiento armado[10] .

---

humillaciones, violación, atentado al pudor); c. Amenazas de realizar estos actos; d. Reclutamiento o participación en las hostilidades de menores de 15 años; e. Malos tratos a personas privadas de libertad; f. Imposición de condenas o penas sin sentencia de tribunal independiente o imparcial; g. Falta de protección y asistencia a heridos y enfermos; h. Falta de protección al personal sanitario y religioso; i. Falta de protección a unidades y medios de transporte sanitario; j. Otros actos prohibidos.

[8] A este respecto se elaboró la siguiente tipología de infracciones a la protección de la "población civil": a. Ataques a la población civil. b. Ataques indiscriminados, desproporcionados, sin precauciones. Represalias. c. Actos o amenazas de violencia. d. Ataques a bienes indispensables para la supervivencia. e. Obstaculización a las acciones de socorro. f. Desplazamientos arbitrarios. g. Otros actos prohibidos.

[9] En total ONUSAL recibió 502 denuncias por infracciones al derecho internacional humanitario desde su instalación, el 26 de julio de 1991 hasta el 31 de mayo de 1992. De esas alegaciones 175 se refieren a acciones atribuidas a la Fuerza Armada y 301 al FMLN. ONUSAL siempre señaló que las denuncias no permiten prejuzgar la responsabilidad de la parte en el conflicto a que se refieren. Debe recordarse que el Cese del Enfrentamiento Armado comenzó el 1 de febrero de 1992, si bien la intensidad del conflicto venía disminuyendo desde diciembre de 1991. Esto explica que si se recibieron 399 denuncias entre agosto y diciembre de 1991, sólo se hayan recibido 103 alegaciones entre enero y mayo de 1992.

[10] A/45/1055-S/23037, párr. 58 y ss.

En su segundo y en su tercer informes la Misión verificó casos de ataques indiscriminados o desproporcionados contra la población civil, atribuibles, según las circunstancias, a una u otra de las partes en el conflicto[11].

A este respecto y en lo que se refiere al establecimiento de los hechos, ONUSAL debió señalar la dificultad de reconstruir con exactitud lo ocurrido, después de las hostilidades o ataques referidos en varias de las quejas examinadas.

A su vez, la calificación legal de los hechos en un conflicto armado interno plantea a veces complejos problemas jurídicos.

Como es sabido el Protocolo Adicional II es un Protocolo simplificado; para su interpretación, de acuerdo a la doctrina, la Misión recurrió analógicamente al Protocolo Adicional I, por ejemplo en lo que se refiere a las salvaguardias que deben observarse en la protección de la población civil. Asimismo tuvo en cuenta las resoluciones de la Asamblea General en la materia y las interpretaciones de la doctrina más autorizada, en primer lugar el Comentario del CICR a los Protocolos Adicionales[12].

A este respecto la Misión recordó que la primera norma general, relativa a la conducción de las hostilidades, aplicable en los conflictos armados internos, es la distinción entre combatientes y población civil. Esta norma prohibe en especial los ataques indiscriminados, comprendidos los que desconozcan el principio de la proporcionalidad, y los realizados sin tomarse las debidas medidas de precaución[13], las cuales guardan una estrecha relación con la distinción entre los combatientes y las personas civiles[14].

Es cierto que a las partes contendientes, por razones de necesidad militar, puede serles imposible garantizar la total inmunidad de la población civil. En ese supuesto, deben observar los principios fundamentales siguientes: de limitación de los medios de destrucción; de distinción entre personas que participan directamente en las hostilidades y población civil;

---

11 A/46/658-S/23222, párr. 54 y ss. y 68 y ss. A/46/876-S/23580, párr. 131 y ss.

12 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Geneve du 12 aout 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, Geneve, 1986.

13 La Misión citó a este respecto la "Declaración sobre las Normas del Derecho Internacional Humanitario relativas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales" emitida por el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario en Taormina, el 7 de abril de 1990. Ver su texto en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 101, septiembre-octubre de 1990, pág. 434 y ss.

14 Ver citas en apoyo a lo afirmado en el texto en el tercer informe de ONUSAL, A/46/876-S/23580, párr. 131.

de proporcionalidad entre los medios empleados, la ventaja militar concreta y directa prevista, y los daños a la población y los bienes civiles[15].

Colocación de minas

La Misión debió conocer de casos en que la colocación de minas ocasionó lesiones graves a personas civiles. En su segundo informe señaló "que resulta especialmente compleja la verificación de hechos de esta naturaleza, desde el punto de vista de una atribución de responsabilidad". Asimismo formuló un llamamiento para que ambas partes se abstuvieran de colocar minas que pudieran ocasionar daños a la población civil o a personas civiles, y en su caso hicieran todo lo necesario para retirarlas[16].

En su tercer informe, al examinar un caso en que una mina había ocasionado graves lesiones a una persona civil, ONUSAL manifestó la necesidad de contar con la colaboración de un cuerpo pericial con especial versación en ese tipo de explosivos, para poder llegar a establecer la procedencia de esa clase de artefactos.

Estos casos llevaron a examinar el problema de la colocación de minas frente a las normas aplicables a los conflictos armados internos. Se consideró que de las reglas generales sobre protección de la población civil, resulta que no deben utilizarse minas, trampas y otros dispositivos contra esta población en general ni contra personas civiles individuales, y que tampoco deben utilizarse estas armas de manera indiscriminada. A este respecto existen reglas de precaución que tienen el carácter de normas de comportamiento obligatorias, las cuales derivan del derecho internacional general o consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos[17].

---

15 A/46/658-S/23222, párr. 57.

16 A/46/658-S/23222, párr. 74.

17 La Misión citó en su apoyo la Declaración de Taormina mencionada en nota 12. Asimismo ONUSAL sostuvo que debían tenerse en cuenta los principios de la Convención sobre las prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, del 10 de octubre de 1980 y sus protocolos anexos -incluido el Protocolo II sobre las prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos-. Si bien estos instrumentos sólo son aplicables en los conflictos armados internacionales, se ha considerado que sus principios integran el derecho internacional general aplicable en los conflictos armados internos.

El trato humano

Atentados contra la vida

La Misión analizó detenidamente casos en que el FMLN ejerció jurisdicción penal. A este respecto sostuvo que en los conflictos armados internos, las disposiciones sobre el trato humano contenidas en el Protocolo Adicional II (art. 6) y referidas específicamente a las diligencias penales, deben ser respetadas por ambas partes, tanto por el Gobierno establecido como por los insurgentes[18].

Se entendió que dichas normas eran aplicables tanto en la fase de instrucción del juicio como en la del plenario.

El artículo 6 del Protocolo Adicional II establece el derecho a ser juzgado por un tribunal "que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad", por las infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado.

Este precepto es más amplio que el formulado en el artículo 3 común a lo cuatro convenios de Ginebra de 1949, que reconoce el derecho a ser juzgado en estos casos por un tribunal legítimamente constituido, lo cual, como se ha señalado, puede ser una exigencia difícil de satisfacer para una fuerza insurgente.

En realidad de lo que se trata es de observar los principios fundamentales de un juicio imparcial.

A este respecto se consideró en un caso concreto que el órgano de la insurgencia que pronunció una sentencia a la pena capital, no podía ser considerado un tribunal independiente e imparcial en el sentido del Protocolo Adicional II (art. 6, 2)[19]. Tampoco se observó en ese caso el principio de legalidad (Protocolo Adicional II, art. 6, 2) y no se garantizaron en la práctica los derechos y medios de defensa necesarios.

Protección y asistencia a los heridos

La Misión concedió especial atención a la aplicación de las normas estipuladas en el Protocolo Adicional II (arts. 7 y 5, 1 a) y analizó en detalle

---

18 A/46/876-S/23580, párr. 111.

19 Se estimó que para la interpretación de los tratados internacionales era importante acudir a los instrumentos especiales de las Naciones Unidas. Una referencia autorizada sobre el concepto de tribunal independiente e imparcial está constituida por los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura (en especial Principio 2), confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

un caso en el cual llegó a la conclusión de que el ejército gubernamental no prestó asistencia a un herido[20].

Aplicación del derecho internacional humanitario al fin de las hostilidades

El Cese del Enfrentamiento Armado (CEA) comenzó el 1 de febrero de 1992 y debe concluir el 31 de octubre próximo, en cumplimiento del Acuerdo de Paz del 16 de enero de este año. Entre sus disposiciones fundamentales, el CEA comprende el fin de la estructura militar del FMLN y la reincorporación de sus integrantes, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, política e institucional del país.

Ahora bien, el derecho internacional humanitario comprende normas aplicables también a la cesación de las hostilidades[21].

Es cierto que la situación establecida en el Acuerdo de Paz no ha sido prevista expresamente por las normas convencionales aplicables; sin embargo la Misión entendió que la protección acordada por el derecho internacional humanitario seguía en vigencia durante todo el período del CEA y estableció que seguiría examinando el tema durante dicho lapso[22].

La Misión recomendó a las partes, durante todo el período del CEA, una rigurosa observancia del derecho internacional humanitario, en especial en lo referido a las garantías fundamentales del trato humano y la protección a la población civil.

---

20 A/46/876-S/23580, párr. 116 y ss.
21 Protocolo Adicional II, art. 6, 5).
22 A/46/935-S/24066, párr. 40.

POSIBILIDADES DE ACCION DEL COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR) EN COLOMBIA

*Claude Allain Zappella**

INTRODUCCION

La gran idea del fundador del Movimiento de la Cruz Roja, Henry Dunant, es que todos los heridos, amigos o enemigos, deberían recibir igual atención y asistencia.

No es fácil prestar asistencia a los heridos enemigos, y el hacerlo no resulta de un sentimiento muy común. Todo en la práctica de la guerra -la propaganda, la instrucción militar, el temor al adversario, el desprecio-, está organizado para sofocarlo; no es fácil pasar, en un instante, de la mayor violencia a la mayor comprensión.

Henry Dunant lo logró concibiendo una categoría universal de heridos y de enfermos, la cual está integrada por los que sufren y los que prestan asistencia; entonces desaparecen los antagonismos de nacionalidad, de raza o de partido. Es posible manifestar solidaridad para con esa categoría que se separa de los combatientes y se distingue de los mismos por el signo, también universal, que la protege.

Además, mediante la institución de sociedades de socorro cuyos miembros voluntarios se reclutan fuera de los ejércitos, Dunant hace participar a los pueblos en la obra humanitaria y llegan a ser testigos de calamidades que se les quería ocultar o que, quizás deseaban ignorar.

---

* Comité Internacional de la Cruz Roja.

El 17 de febrero de 1863, para poner en pie medidas indispensables a la protección y asistencia de las víctimas de los conflictos y a quienes las atienden, se constituyó lo que se convertiría en el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Hoy en día, según los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el Comité se define por los siguientes puntos:

1. El Comité Internacional, fundado en Ginebra en1863 y refrendado por los Convenios de Ginebra y por las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja, es una institución humanitaria independiente con estatuto propio. Recluta a sus miembros, por cooptación, de entre los ciudadanos suizos.
2. De conformidad con sus Estatutos, el cometido del Comité Internacional es, en particular:
   a. mantener y difundir los Principios Fundamentales del Movimiento, a saber: humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado, unidad y universalidad;
   b. reconocer a cada Sociedad Nacional nuevamente fundada o reconstituida que reúna las condiciones consignadas en el artículo 4, y notificar dicho reconocimiento a las demás Sociedades Nacionales;
   c. asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra, trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho;
   d. hacer siempre lo posible, como institución neutral cuya actividad humanitaria se despliega especialmente en casos de conflicto armado - internacionales o de otra índole- o de disturbios internos, por lograr la protección y la asistencia a las víctimas militares y civiles de dichos acontecimientos y de sus consecuencias directas;
   e. garantizar el funcionamiento de la Agencia Central de Búsquedas previstas en los Convenios de Ginebra;
   f. contribuir, en previsión de conflictos armados, en la formación del personal médico y en la preparación del material sanitario, en colaboración con las Sociedades Nacionales, los servicios de sanidad militares y civiles y otras autoridades competentes;
   g. trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo;
   h. asumir los cometidos que le asigne la Conferencia Internacional.
3. El Comité Internacional puede tomar las iniciativas humanitarias que correspondan a su cometido de institución y de intermediario específicamente neutrales e independientes y estudiar las cuestiones cuyo examen incumba a tal institución.

4. a. Mantiene estrechos contactos con las sociedades nacionales. De acuerdo con éstas, colabora en ámbitos de interés común, tales como su preparación para actuar en caso de conflicto armado, el respeto, el desarrollo y la ratificación de los Convenios de Ginebra, la difusión de los Principios Fundamentales y del derecho internacional humanitario.
b. En las situaciones previstas en el párrafo 2 d del presente artículo y que requieran una coordinación de la asistencia proporcionada por las Sociedades Nacionales de otros países, el Comité Internacional se encarga, en colaboración con la Sociedad Nacional del país o de los países concernidos, de dicha coordinación de conformidad con los acuerdos concertados con la Liga.
5. En el marco de los presentes Estatutos y teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 3, 6 y 7, el Comité Internacional mantiene estrechas relaciones con la Liga. Colabora con ésta en ámbitos de interés común.
6. Mantiene asimismo relaciones con las autoridades gubernamentales y con todas las instituciones nacionales o internacionales cuya colaboración considere de utilidad.

BREVE CRONOLOGIA DE LA PRESENCIA DEL CICR EN COLOMBIA

En 1969 el CCICR abrió una delegación regional para América del Sur en Caracas. En marzo de 1969, el Ministro de Justicia de Colombia, el Dr. Fernando Hinestroza Forero, remitió al CICR una autorización escrita para visitar todas las cárceles del país, la cual ha sido regularmente renovada con cierta periodicidad, a partir de ese año.

En 1973, el CICR hizo saber al Gobierno colombiano que le parecía imprescindible que su autorización de visitas a las cárceles fuera extendida a los lugares militares de detención. En 1979 y 1980 se realizaron unas primeras visitas a este tipo de lugares, pero no fueron renovadas en los años siguientes.

El 1º de febrero de 1980, el CICR abrió en Bogotá una delegación regional para los países andinos, Guyana y Surinam. En este mismo año, durante la toma de la Embajada de la República Dominicana por parte del M-19, el Gobierno colombiano, por intermedio del Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Diego Uribe Vargas, pidió oficialmente al CICR visitar a los rehenes. El M-19 dió su acuerdo y el CICR se volvió intermediario neutral en este hecho, encargado de la supervisión del acuerdo al cual llegaron las dos partes. Los 18 últimos rehenes fueran liberados bajo los auspicios del CICR con la colaboración de la Cruz Roja Colombiana.

1985, fue un año lleno de dificultades para el CICR en Colombia: ya durante la tragedia del Palacio de Justicia, el ofrecimiento de sus servicios para intervenir como intermediario neutral no fue tomado en consideración; por otra parte los locales de la delegación del CICR fueron ocupados por unos 50 militantes del M-19 para exigir del Gobierno unas garantías frente a los acuerdos de tregua, firmados un año atrás; finalmente, en septiembre un informe confidencial de las visitas del CICR a los detenidos fue publicado en la prensa.

A partir de 1987, el CICR nombró un delegado encargado de difusión del Derecho Internacional Humanitario DIH y de los principios de la Cruz Roja en Colombia y, paralelamente al desarrollo de los programas de actividades en este campo, surgieron todos los problemas e incomprensiones relativos a la adhesión de los Estados a los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra.

En 1989, el presidente del CICR, Cornelio Sommaruga vino a Colombia para hablar con las más altas autoridades, sobre la adhesión del país a los Protocolos adicionales, así como las preocupaciones del CICR frente a su acción de visitas a los detenidos. Concretamente, el CICR desearía, de una parte, ser notificado sobre todas las capturas de personas acusadas de pertenecer a un movimiento guerrillero, y por otra parte ver que su autorización de visitas sea extendida a los lugares de detención dependientes de la policía, del DAS y de las fuerzas armadas.

A finales de 1990 el CICR fue autorizado para visitar a todas las personas detenidas por el DAS.

En 1991, recibió del Consejo Nacional de Policía Judicial la autorización de visitar "los establecimientos de captura y retención que cumplen funciones de Policía Judicial (DIJIN, SIJIN,DAS, Cuerpo Técnico de Policía Judicial) y los demás que lo hagan transitoriamente".

Frente a estas mayores posibilidades de trabajo, el CICR decidió en 1991 abrir una oficina en Bucaramanga y previó la apertura de tres más, en Villavicencio, Montería y Popayán, respectivamente. Actualmente, tiene en funcionamiento dos oficinas en el país (Bucaramanga y Villavicencio) y desarrolla las siguientes actividades: Difusión; visitas a lugares de detención; agencia central de búsqueda; asistencia en favor de civiles; y proyecto ortopédico.

ACTIVIDADES DEL CICR

Difusión

Al aceptar ser Parte de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos adicionales de 1977, los Estados se comprometen no sólo a

respetar y garantizar el respeto de esos tratados internacionales, sino también a difundir su contenido. Para que las disposiciones de cualquier tratado se cumplan, es esencial la comprensión de su texto, particularmente por quienes son responsables de su aplicación. Por lo que atañe a los Convenios de Ginebra, es fundamental que sean comprendidos por las Fuerzas Armadas.

Además de la difusión de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales por parte de los Estados, el Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja tienen la obligación estatutaria de difundir no sólo el DIH sino también los principios que guían su acción.

Obviamente, tanto para los Estados como para el Movimiento, existe, además de las obligaciones jurídicas o estatutarias, una regla humanitaria para la difusión. Ante todo la difusión del DHI puede salvar vidas y aliviar sufrimientos.

Concretamente en Colombia, esta actividad comprende principalmente, cuatro actividades: a) Sensibilización de los medios gubernamentales sobre la importancia del DIH y en particular de los Protocolos adicionales; b) Realización de seminarios y cursos de DIH dirigidos a diversos públicos (fuerzas militares, policía, etc); c) Producción de material didáctico; d) Campañas regionales de información; y e) Sensibilización de medios gubernamentales.

Se trata para el CICR de conseguir el apoyo de los medios gubernamentales para realizar o hacer realizar cursos de formación de los medios más concernidos por este tema, a saber: los diversos componentes de la fuerza pública. Una manifestación clara de la buena voluntad del Gobierno frente al DIH podría evidentemente ser la adhesión a los Protocolos adicionales.

A propósito quisiera recordar aquí algunos elementos esenciales. Si Colombia al parecer se está adhiriendo al Protocolo I, todavía no se adhiere al Protocolo II. Ahora bien, los conflictos armados no internacionales no están solamente cubiertos en el DIH por este Protocolo, sino también por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, de los cuales Colombia es parte.

Esto es importante ya que cuando se habla del Protocolo II, generalmente se olvida que los Estados que no adoptaron este texto, son en su mayoría parte de los Convenios de Ginebra y, por consiguiente, obligados por el artículo 3.

¿Cuáles son las principales diferencias entre este artículo y el Protocolo II? El primero se aplica de manera más amplia que el segundo ya que este último prevé condiciones de aplicación distinta a la de única definición de conflicto armado sin carácter internacional.

En efecto, en caso de conflicto armado no internacional, el Protocolo II se aplica también siempre y cuando los insurgentes actúen bajo la dirección

de un mando responsable y ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, como también aplicar las reglas del Protocolo.

De igual manera, a propósito de intervenciones exteriores, el artículo 3 prevé la posibilidad por un "organismo humanitario imparcial tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)" de ofrecer sus servicios a los gobiernos que conocen este tipo de conflictos, mientras que el Protocolo II no prevee nada a ese respecto. Eso para subrayar que el Protocolo II no faculta ninguna intervención exterior (al igual que el artículo 3 ya que un gobierno tiene toda la libertad de aceptar o no el ofrecimiento de servicios que le es formulado).

El aporte del Protocolo II se limita por consiguiente a desarrollar y completar el contenido del artículo 3, claro está sin quitarle nada a este último.

En lo que concierne al Protocolo II conviene señalar que además de los previsto en el artículo 3 (en particular la prohibición de la toma de rehenes, de homicidio, de tortura y de tratos crueles en general), prohibe los actos de terrorismo, los castigos colectivos, la esclavitud, el pillaje y prevé también una protección para las personas privadas de su libertad, los niños, el personal religioso y sanitario, las misiones médicas, la población civil, las obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, etc. Todas estas obligaciones ya se encuentran en las leyes nacionales.

Por otra parte, el derecho de cada gobierno de recurrir a *todos los medios legítimos* para mantener o restablecer el orden público no es afectado por el Protocolo II (art. 33, par. 1); un gobierno puede recurrir al uso de la fuerza tanto tiempo como el uso de la fuerza sea compatible con las reglas del Protocolo II y del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y con todas las otras reglas internacionales pertinentes (por ejemplo los tratados relativos a los derechos humanos).

Algunos piensan que ratificar el Protocolo II es, de una u otra manera, correr el riesgo de un reconocimiento de la otra parte o de las otras partes.; pero ese no es caso, e incluso lo es menos que en las circunstancias establecidas por el artículo 3 que dice: "cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones". Es decir que en el artículo 3, se indica que hay 2 o más partes.

Ahora bien, el artículo 3 precisa que la aplicación de las anteriores disposiciones no sufrirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

En el Protocolo II se menciona sólo la palabra "parte"; por consiguiente, el Protocolo II permite aún menos que el artículo 3, establecer, de cierto modo, la noción de una contraparte.

Esto demuestra sencillamente que la gente no se toma la molestia o no es capaz de leer los textos correctamente, ya que este argumento generalmente formulado para oponerse a la ratificación del Protocolo II no puede, de ninguna manera, ser tomado en consideración y se vuelve un contrasentido en el caso de que un país ya sea parte de los Convenios de Ginebra.

La ratificación del Protocolo II por un Estado no implica de modo alguno, nuevos compromisos sobre el plan legal, como tampoco se trata de un pacto o de un acuerdo con una guerrilla. Todos los Estados hispanoamericanos, mediante su constitución y sus leyes, comparten enteramente los principios establecidos por el Protocolo II. Es por esto, a mi juicio, que el rechazo de adhesión puede ser fácilmente interpretado como una falta de voluntad por parte de un gobierno de respetar y hacer respetar las normas humanitarias internacionalmente reconocidas y que además, forman parte integral de su legislación nacional.

Realización de cursos y seminarios de DIH

Hasta ahora sólo un curso sistemático pudo ser dado en la Escuela de Policía. Por lo que atañe a las Fuerzas Armadas algunas acciones puntuales pudieron ser realizadas esencialmente gracias al concurso de la Cruz Roja Colombiana. De igual manera, este año la Cruz Roja Colombiana creó un centro de estudio del DIH que el CICR apoya; para 1992, está previsto que este centro organice un curso para profesores universitarios y un seminario a la intención de representantes de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja de todo el continente.

Producción de material didáctico

En colaboración con la Cruz Roja Colombiana, un manual para la protección de la población civil ha sido impreso, así como se elaboró un video enseñando en particular las reglas del derecho internacional humanitario. Por otra parte, el CICR ha editado un folleto relativo a las actividades de su delegación en Colombia.

Campaña regional de información

Una serie de cuñas radiofónicas son regularmente transmitidas en las regiones donde el CICR ha abierto una oficina en el propósito de hacer entender mejor a la población en general y a los combatientes en particular los principios fundamentales del DIH y de asegurar también una mejor seguridad a sus delegados sobre el terreno.

Visitas a lugares de detención

Conviene ahora recordar los principios que guían esta acción tradicional del CICR.

Hasta 1949, el derecho de Ginebra protegía solamente las víctimas de guerra entre Estados. Como ya lo hemos visto, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como el Protocolo adicional II se aplican a los conflictos no internacionales, no cubren "las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados" (Protocolo II, art. 1, par. 2).

Sin embargo, estas situaciones tienen eso en común con los conflictos armados (sean internacionales o no) que provocan en general arresto de personas que han manifestado su oposición al régimen establecido a menudo de manera violenta, a veces, de manera pacífica. Según las legislaciones y los puntos de vista, estas personas son calificadas de "detenidos políticos" o de "terroristas", de "prisioneros de seguridad" o simplemente de "prisioneros de derecho común".

Contrariamente a los criminales de derecho común, cuyos objetivos son limitados y personales, estas personas tienen en general un propósito mucho más amplio que constituye una amenaza para el poder o que es percibido como tal por el Estado. Una vez capturados tienen muchas probabilidades de ser consideradas como enemigas, sea por el Estado mismo, sea por los directamente responsables de su captura, su interrogatorio o su encarcelación. En eso, esos detenidos se encuentran (materialmente y no jurídicamente) en una situación comparable a la de prisioneros de guerra en manos enemigas. De hecho, aún cuando las más altas autoridades desean ver estos prisioneros humanamente tratados (lo que no es siempre el caso), sucede a menudo que esto no es respetado. Dicho de otra manera, estas personas necesitan muchas veces protección y es el papel estatutario del CICR de lograrla.

Contrariamente a las situaciones convencionales de conflictos internacionales, el Estado al cual ofrece sus servicios el CICR en tales circunstancias no tiene la obligación formal de aceptarlos. Es interesante notar que desde la Segunda Guerra Mundial el CICR ha visitado unos 500.000 detenidos en casi 100 países, sin que nunca un Estado se haya quejado de que su seguridad haya sido comprometida por tales visitas o que el estatuto jurídico de las personas visitadas se haya visto afectado por ellas.

El propósito de estas visitas, es importante subrayarlo, es estrictamente humanitario. El CICR se preocupa exclusivamente de las condiciones materiales, sicológicas y de trato de la detención; no pone en tela de juicio los motivos de la encarcelación que provienen de consideraciones jurídicas o políticas en las cuales el CICR no tiene ninguna competencia.

Cuando piden ser autorizados para visitar a los prisioneros, los delegados del CICR precisan que quieren necesariamente: a) ver a todos los detenidos; b) entrevistarse libremente y sin testigo con todos los detenidos de su elección; c) tener acceso a todos los lugares de detención; d) repetir estas visitas; e) disponer de la lista de las personas a visitar o, recibir la autorización de establecerla durante la visita; f) distribuir una asistencia material a los detenidos necesitados y a sus familias, las más afectadas a raíz de la detención del sostén de la familia.

En contrapartida, el CICR garantiza a las autoridades que sus delegados actuarán con discreción y que no darán al conocimiento de la opinión pública lo que han visto. Estos, redactan informes de visitas que serán remitidos exclusivamente a las autoridades detenedoras. El CICR nunca publica tales informes. Si el gobierno responsable de la detención decidiera publicar una parte de estos informes, el CICR se vería forzado a publicar la totalidad de dichos informes.

En materia de malos tratos, el primer problema del delegado del CICR es establecer la veracidad de las alegaciones registradas. En efecto, el testimonio no es prueba y sucede a veces que los prisioneros tratan de hacer caer en este error a los delegados del CICR, esforzándose en utilizar la institución como una herramienta para seguir su lucha política. De otro lado, aun cuando las torturas efectivamente hayan sido practicadas, es a menudo difícil probar que se hayan realizado. Algunos malos tratos dejan huellas, otros no; la existencia misma de huellas visibles todavía no es una prueba constitutiva pero, por lo menos, generalmente obligan a las autoridades detenedoras de hacer las investigaciones pertinentes para determinar el origen de esas huellas.

Sin embargo, e incluso con la ausencia de secuelas visibles, para un trabajo sistemático de comprobación, la convergencia de varias informaciones permite hacerse una imagen relativamente cercana a la realidad. En particular, se puede determinar con un cierto grado de seguridad, si la práctica de malos tratos es sistemática o esporádica y/o aún accidental; si las torturas son escondidas, conocidas, toleradas, u ordenadas y a qué nivel; si los malos tratos ocasionados por algunos servicios del Estado y no de otros, o por algunos interrogadores solamente; si las torturas se producen en determinado lugar de detención, etc.

Un análisis de la problemática, puede ser efectuado y es transmitido a las más altas autoridades competentes para que ellas hagan las investigaciones exhaustivas y tomen las medidas necesarias en contra de los responsables, en caso de ser comprobadas las alegaciones de malos tratos.

En los casos de movimiento armado rebelde, la situación es más difícil; puede suceder que alguno de sus integrantes permitan al CICR visitar a los prisioneros que tienen detenidos; en estos casos, el CICR aplica los mismos principios de trabajo.

Hay naturalmente que preguntarse sobre la eficacia de la acción del CICR contra el no respeto de las reglas humanitarias. Hay que admitir que aun si las posibilidades de lucha del CICR contra la práctica de torturas son concretas, también son limitadas; a veces simplemente ocurre que los gobiernos rechazan los ofrecimientos de servicios del CICR, sea en violación de los Convenios de Ginebra, sea (para las situaciones internas) invocando su soberanía nacional. Por otra parte, a veces el CICR está autorizado a actuar en un país pero no tiene acceso a todas las personas que quieren proteger.

En Colombia, lo hemos visto, el CICR visita desde 1969 las cárceles del país; en 1979-1980 recibió también la autorización de visitar los lugares militares de detención.

En 1991, fue autorizado por el Consejo Nacional de Policía Judicial para visitar "los establecimientos de captura y retención de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (DIJIN, SIJIN, DAS, Cuerpo Técnico de Policía Judicial) y los demás que lo hagan transitoriamente".

Concretamente, tras esta autorización, el DAS ratificó una práctica que ya había aceptado desde hacía varios meses; por su parte la policía nacional tomó las medidas necesarias para que los delegados del CICR tengan acceso, según sus principios de trabajo mencionados, a los detenidos bajo su responsabilidad. Respecto a las fuerzas armadas, partiendo del principio que no estaban legalmente autorizadas para detener gente, han estimado que la autorización dada al CICR significaba que aceptaban implícitamente el no respetar sus propias leyes y reglamentos. En contraparte, aceptaron hacer centralizar todas las informaciones concernientes a las capturas efectuadas sobre el territorio nacional y notificarlas de manera inmediata al CICR.

Esta propuesta, si el sistema funciona a satisfacción, puede revelarse sumamente útil puesto que debería también ser un control para que las Fuerzas Armadas respeten efectivamente las instrucciones recibidas y no hagan detenciones. En esta perspectiva la información que puede recibir el CICR sobre este asunto por parte de otras fuentes, es fundamental para lograr el objetivo de dar protección a las personas arrestadas.

Para que la información sea completa, hay que mencionar que tras sus visitas a los detenidos, el CICR, según las necesidades constatadas, les ofrece una asistencia a ellos, o a sus familiares. Se puede tratar de una ayuda individual o colectiva material y médica.

Agencia Central de Búsquedas

La Agencia Central de Búsquedas registra todas las informaciones sobre las personas concernidas por la acción del CICR, civiles y militares, vivas

o fallecidas. Concretamente en Colombia se trata esencialmente de personas capturadas así como de los desaparecidos.

Las fuentes son múltiples: a) las notificaciones del gobierno y a veces de la guerrilla; b) las visitas de los delegados del CICR en los lugares de detención; c) los testimonios de las familias; d) las informaciones de ONG y en particular del CSPP; e) la prensa.

Todas estas informaciones son comparadas entre sí, en particular con el propósito de resolver los casos de las personas buscadas. En efecto, el objeto de la agencia central de búsqueda es poner con contacto a las personas separadas a raíz de la violencia política y según los casos, organizar reuniones familiares.

Asistencia en favor de civiles

Cuando el CICR recibió una autorización más extendida para visitar lugares de detención, para responder a su mandato ha debido ampliar el número de sus delegados. La opción escogida fue nombrar delegados responsables de todas las actividades del CICR en las varias regiones consideradas como prioritarias, en lugar de seguir el trabajo desde Bogotá.

Además de las actividades expuestas, estos delegados, estando de manera permanente en el terreno, se vieron en la necesidad de intervenir con mayor frecuencia en favor de la población civil víctima de la violencia. Es así como de manera regular los delegados del CICR apoyan con unas donaciones de material los puestos de salud ubicados en las regiones más conflictivas y que durante la mayor parte del tiempo sufren de una falta crónica de material y de medicamentos. Los civiles directamente afectados por los combates, reciben también de manera individual o colectiva una asistencia puntual sobre las necesidades más urgentes. Esta presencia permanente de delegados sobre el terreno, les permite también sino ser testigos, ser informados de los eventuales abusos por parte de los combatientes en contra de los civiles. Estos diferentes testimonios son recogidos y luego tratados con los responsables de las distintas partes.

En fin, esta presencia del CICR al interior del país, permite también a los delegados desarrollar mayores contactos con los frentes guerrilleros presentes en estas regiones. Eso les da la oportunidad de tratar varios problemas de índole humanitaria, en particular los concernientes a los militares hechos prisioneros, así como, los civiles secuestrados por la guerrilla.

Proyecto ortopédico

Tras la Segunda Guerra Mundial, el CICR se ocupó en mayor medida de los impedidos víctimas de la guerra y de la violencia.

Desde el año 1970, levantó en unos quince países programas ortopédicos con una concepción y una tecnología basada en la utilización de recursos locales, tanto de material como de mano de obra, con el propósito de que los elementos fueran asequibles a todos los inválidos.

Estos programas se revelaron de una utilidad suficiente para que en 1991 este tipo de asistencia del CICR se extendiese a doce países y alcanzase una producción total de unas 10.000 prótesis y 4.000 ortesis.

Gracias a esta experiencia, el CICR ha adquirido un conocimiento amplio sobre las diferentes técnicas posibles de fabricación.

Desde hace algún tiempo y aunque eso sea perfectamente contrario a las normas humanitarias, la utilización de minas antipersonales se volvió un método de combate corriente en algunas regiones de este país. Sabemos que si un militar amputado puede contar con el respaldo de una institución como el Ministerio de Defensa para su rehabilitación, no es lo mismo para un campesino cuyos medios son generalmente mínimos y no le permiten tener acceso al material actualmente disponible en Colombia y que viene casi en su totalidad de Europa o de los Estados Unidos.

Por eso, el CICR ha instaurado un programa en colaboración con una fundación privada colombiana, el CIREC (Cirugía Reconstructiva), con el objeto de lograr, con recursos locales, una técnica apropiadas de fabricación de prótesis así como de ortesis y a la vez, formar personal nacional en esas técnicas.

El programa empezó hace sólo unos meses, pero para hacerse una idea de su proyección, un pie que ya ha podido ser fabricado en el marco de este plan, ha tenido un valor de cuatro dólares, mientras que si hubiera sido importado habría costado unos sesenta dólares.

El proyecto en principio debería durar de dos a tres años.

CONCLUSIONES

Después de presentar este panorama de actividades del CICR en Colombia y algunos principios que las guían, quisiera manifestar, a manera de conclusión, cuales son las dos tendencias a las cuales el CICR es sistemáticamente confrontado cuando debe desarrollar una acción en un país.

Una de estas tendencias estima que la Cruz Roja, para ser de y en su tiempo, debe participar estrechamente en todos los grandes problemas de nuestra época y tratar de contribuir a solucionarlos. La otra tendencia teme que tomando este camino, la Cruz Roja se enlode en los meandros de la política y se paralice en su acción humanitaria. El propósito fundamental de la Cruz Roja es en efecto ayudar y no condenar.

A esto, algunos se preguntan: está muy bien proteger a las víctimas de los conflictos, pero, ¿no sería mejor impedir estos conflictos? Es la evidencia, contestan los otros, pero hay que hacer las distinciones y determinar quien hace qué y cómo lo hace. Es la ONU la que está encargada del mantenimiento de la paz en el mundo. A la Cruz Roja le compete ocuparse de las víctimas de los conflictos.

Ninguna idea ha suscitado mayor confusión, en el ámbito de la Cruz Roja, que la de la neutralidad. Por sí misma, la neutralidad carece de valor moral, pues puede estar motiva por móviles muy diversos tales como el miedo o la perspicacia, el interés o la indiferencia.

Para la Cruz Roja, la neutralidad no es una finalidad sino un medio. Para tener acceso a todas las víctimas se necesita confianza de todas las partes en conflicto; y para conservarla la Cruz Roja no tiene otra elección que la de abstenerse en las controversias políticas.

Es evidente que en el campo militar, la Cruz Roja debe observar la más completa neutralidad en todas las circunstancias, como contrapartida de la inmunidad que se le otorga y ninguna fuerza combatiente aceptaría una acción de la Cruz Roja si esta le diera una desventaja estratégica o militar.

Claro que el CICR ya ha propuesto en una conferencia internacional una resolución en la cual pedía al Movimiento, de condenar la tortura; así pues, se puede preguntar por qué dudaría en condenar, por ejemplo, la detención política. La razón es sencilla: incluso cuando la tortura se ordena o se tolera al más alto nivel, queda la relación personal entre el torturador y su víctima. Ahora bien, ni las órdenes de sus superiores ni cualquier otra cosa justifica el acto del torturador, así como nada absuelve al soldado que remata a un herido. Por consiguiente, es a la conciencia de los seres humanos, más que a los Estados, a la que la Cruz Roja se dirige al condenar la tortura que, como el racismo, es una relación de persona a persona. En cambio, la detención política, por no citar más que ésta, es un acto político decidido por el Estado. Es normal que la Cruz Roja se esfuerce en aliviar los sufrimientos de los detenidos políticos, pero nos parece imposible que pueda hacer algo por lo que atañe a los motivos de su detención, a sus causas profundas, sin entrar en el juego político.

Por eso la Cruz Roja debe ser mesurada en sus condenas, si verdaderamente considera que debe condenar; si no, corre el peligro de perder esa fuerza moral que le viene de la acción humanitaria sobre la cual estamos todos de acuerdo.

BIBLIOGRAFIA

JACQUES MOREILLON, "La Croix-Rouge et la Paix", enero 1982. mimeo.

_____."Por qué ratificar los Protocolos adicionales", en la XIII Conferencia Interamericana de la Cruz Roja, Quito, 30 de junio al 03 de julio de1987.

_____."Activités du CICR en periode de troubles et de tensions internes, *Instituto Henry Dunant*, noviembre 1979. ponencia.

COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, ANDRÉ DURAND, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto, 1981.

"Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja", octubre de 1986.

Le Comité International de la Croix-Rouge, Genève, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales,1984.

SULVIE JUNOD, "El Protocolo adicional II y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra", ponencia en el Seminario Interamericano de DIH, marzo 1979.

"Aplicación de los Protocolos", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* julio-agosto 1980.

HANS-PETER GASSER, "Réponses à quelques objections ou critiques à l'égard de deux Protocoles", noviembre de 1986.

EL DERECHO HUMANITARIO EN LA NUEVA CONSTITUCION NACIONAL

Iván Orozco Abad[*]

Antes de comenzar quiero hacer dos o tres aclaraciones: primero una restricción en el sentido de que voy a hacer énfasis en el derecho internacional humanitario, en cuanto toca al conflicto armado interno; segundo, estoy convencido de que aún no es el momento para hacer afirmaciones doctrinarias y acertivas en relación con el problema: si aún no se ha reglamentado de manera fundamental la Nueva Constitución, es más importante formular bien las preguntas, para ir gestando en forma consensual un movimiento importante desde la lógica de los derechos humanos, que sea finalmente capaz de presionar desarrollos legislativos y jurisprudenciales sensatos en esta materia.

En ese sentido, mi interés fundamental es mostrar dónde hay dificultades y dónde surgen las preguntas, antes que hacer afirmaciones contundentes y rotundas en una u otra dirección.

Por último, en relación a la comprensión que tuve del tema cuando se me lo formuló en los términos "derecho humanitario y Nueva Constitución", quiero agregar que voy a dividir mi exposición en dos partes: de un lado, me voy a referir a la vigencia formal del derecho internacional humanitario en la Nueva Constitución, y de otro a su vigencia material en el contexto de ella.

---

[*] Profesor del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional; investigador del Cinep. Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales.

VIGENCIA FORMAL DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DENTRO DEL MARCO DE LA NUEVA CONSTITUCION

Hasta donde alcanzo a comprender, el problema debe ser tratado por lo menos en el ámbito de los artículos 93 y 214 de la Constitución Nacional

EL Artículo 93

Es posible que todos ustedes lo conozcan de memoria, pero creo que vale la pena repetirlo. Dice la norma correspondiente:

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Colombia .

Dentro de este marco surgen fundamentalmente tres grandes preguntas, alrededor de las cuales vale la pena reflexionar.

Una primera y principalísima pregunta, a partir de la cual se puede fundamentar la inserción del derecho humanitario en la Nueva Constitución en la lógica del artículo 93, es la siguiente:

¿Son los pactos sobre derechos internacional humanitario, simultáneamente pactos sobre derechos humanos? Acaso aparezca hoy como un sobre-entendido, pero históricamente no ha sido así. No voy a hacer un seguimiento detallado de la reflexión y del debate histórico alrededor de esta cuestión, pero quiero señalar algunos puntos importantes al respecto.

En lo referido a esta relación entre derecho internacional humanitario y derechos humanos, hay quienes francamente se han pronunciado por un no rotundo que ha estado fundado en razones de tipo dogmático y de orden general, y de otro lado, en razones de tipo práctico. Recojo algunas de estas afirmaciones sobre un distanciamiento radical entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Se habla por ejemplo de la diversidad de su origen histórico. Ciertamente es importante recordar que el derecho internacional humanitario, como parte del derecho internacional de los conflictos armados es de muy vieja data; pero si se sitúa su origen en un momento relativamente reciente, es posible remitirse a los siglos XVI o XVII; por el contrario las normas de derechos humanos, en cuanto derecho internacional pueden a lo sumo llevarse hasta la resolución de la ONU de 1948.

En una lógica análoga hay quienes se resisten de manera radical a mezclar los unos con los otros, porque le temen a la confusión que pueda significar el que se mezclen normas que de un lado estuvieron históricamente promocionadas sobre todo por la ONU y de otro lado normas que sobre todo estuvieron promocionadas por el CICR. Se ha hablado, por supuesto también en esta lógica de la fundamentación, en términos de cómo el derecho internacional humanitario se refería sobre todo a los derechos del enemigo, en tanto que la lógica de los derechos humanos se refería sobre todo a los derechos de los propios ciudadanos. Se habló también históricamente en su momento, de como el derecho internacional humanitario en la perspectiva general del derecho internacional de los conflictos armados se refería sobre todo a sujetos colectivos, en tanto que el derecho de los derechos humanos se refería sobre todo a sujetos individuales. No voy a hacer la discusión de manera exhaustiva.

Interesantes son también los argumentos de tipo práctico que se han presentado en contra de que se entienda el derecho internacional humanitario en la lógica de los derechos humanos. Se ha dicho que la precariedad de los derechos humanos es enorme en la medida en que, en la práctica y en cuanto a su ejecución, existen sólo como derecho interno, y únicamente en una lógica de transferencia se puede hablar de ellos como derecho internacional. La verdad práctica es que los organismos internacionales que se ocupan de los derechos humanos, pueden a lo sumo vigilar para que los organismos internos que se ocupan realmente de su ejecución los cumplan, y en esa lógica de argumentación agregan la idea de que por el contrario el CICR es un organismo con un estatus más consolidado y con una capacidad de ingerencia absolutamente mayor. Desde esa perspectiva les parece que no deben confundirse. En una lógica análoga se ha hablado también de que hay un mayor desarrollo normativo del DIH, en tanto que los derechos humanos por lo menos en su consolidación como derecho internacional permanecen relativamente vagos. Se ha dicho finalmente que hay que tenerle pánico a la confusión ya que favorece conflictos de competencia entre la ONU y el CICR, etc.

De todas maneras, en lo que respecta a las últimas objeciones básicamente atañen a la práctica y no a la fundamentación misma, pues en lo que respecta a ésta misma tengo la impresión que están infinitamente más consolidadas aquellas opiniones que no le temen a la integración entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Valga un ejemplo: pensemos en quien en su momento propuso la siguiente tesis:

> "más allá de cualquier diferencia, lo fundamental es que tanto los derechos humanos como el derecho internacional humanitario, están referidos a un mismo bien jurídico protegido cual es la humanidad".

Es por eso que se habla de un género como es el del derecho humanitario, y de dos especies referidas a ese género: el derecho internacional humanitario y los derechos humanos.

El señor Picte, autor de las citadas palabras, insiste en una lógica de complementariedad, aunque no renuncia a definir algunas diferencias específicas; dice por ejemplo:

> los derechos humanos constituyen la regla, son un derecho configurado a manera de regla, en tanto que el derecho internacional humanitario es un derecho configurado a manera de excepción. De otro lado los derechos humanos son en lo fundamental derechos humanos de la paz, en tanto que el derecho internacional humanitario es, si se quiere, derechos humanos de la guerra .

En lo que respecta a la distinción entre regla y excepción vale la pena, de manera rápida y sucinta, tener en cuenta que eso tiene implicaciones desde el punto de vista de la interpretación.

Se hablaría por ejemplo de una aplicación preferencial del derecho internacional humanitario sobre los derechos humanos, en la medida en que hay una aplicación preferencial de un derecho de excepción frente a uno que existe como regla general; pero por supuesto, en la medida en que también se ha relativizado esa distinción entre derechos humanos de la guerra y derechos humanos de la paz, a partir del hecho también incuestionable de que los pactos últimos de los derechos humanos rigen tanto para condiciones de guerra como para condiciones de paz. Lo anterior se ratifica en el contexto de la nueva Constitución colombiana ya que se apela a la figura del núcleo intangible de la Carta y de la no suspendibilidad de derechos en toda circunstancia, lo cual también le agrega a los derechos humanos en Colombia en el contexto del derecho público interno, esa lógica de vigencia y posibilidad de uso y de vigencia en condiciones de guerra y paz.

En ese sentido, el desplazamiento que hace el derecho internacional humanitario del derecho de los derechos humanos, nunca sería un desplazamiento total; allí por supuesto se generan tensiones posibles y es un ámbito y un horizonte para estudiar e investigar.

Vale la pena también insistir en una cosa: la discusión hoy de tan actualidad en este país sobre la pregunta ¿sólo el Estado viola los derechos humanos?, está asociada a esta misma discusión. Quienes alegan que solo el Estado los viola, están en el fondo postulando que la responsabilidad es exclusiva de él, precisamente porque el Estado está constituido como monopolio de la violencia, y en esa medida el sistema jurídico que parte de allí tiene que presupuestar la paz, en relación con la cual existen los

derechos humanos mismos. De allí entonces que se trabaje con la distinción entre derechos humanos como responsabilidad exclusiva del Estado y para la paz; y derecho internacional humanitario como derechos humanos para la guerra. Por supuesto que esa distinción todavía no resuelve la otra gran pregunta en torno a si se le está dando un tratamiento de cosas completamente ajenas entre sí o un tratamiento de complementariedad, como lo propone el señor Picte a partir de la idea común de la humanidad.

Además de la idea del género común y de las especies vinculadas al mismo, existe también otra alternativa de interpretación que los amarra, como es la que le atribuye a los derechos humanos inmediatamente la condición de género, y al derecho internacional humanitario la condición de especie referida a ese género. Basta por ejemplo pensar en una lógica también presente en la discusión colombiana de hoy, como la de quienes dicen que en la medida en que hay un conflicto armado interno, el Estado se degrada por lo menos de manera relativa a la condición de partido en conflicto, y en ese momento la lógica y la tensión de las relaciones entre Estado y sociedad civil debe ser sustituida por la lógica de la tensión entre sociedad civil y sociedad política armada, como conjunto, con independencia de que se trate del Estado o de los opositores del Estado, de tal manera que se asume para la sociedad civil una distancia y una posición simétrica en relación con los enemigos.

Pero dejemos de lado todas esas preguntas de fundamentación; mi interés es sobre todo afirmar que allí hay un gran debate asociado al artículo 93, porque sólo en la medida en que se entienda que el DIH es parte de los derechos humanos, o que ambos son parte de un derecho común humanitario, puede afirmarse la vigencia del derecho internacional humanitario en la lógica del artículo 93.

Segunda pregunta: *¿En qué condiciones y cuál es la extensión de la vigencia del derecho internacional humanitario en la lógica del artículo 93?*

Aquí hay una cosa fundamental a reiterar. En la medida de que el artículo 93 se refiere a pactos y tratados ratificados por el Congreso, en el momento presente y haciendo un corte al día de hoy, lo único vigente desde esta lógica es por lo menos en lo que respecta al conflicto armado interno, el artículo 3º de los Convenios de Ginebra de 1949 común a los cuatro Convenios ratificados por ley 5a, de 1960 y vigentes a partir de 1962.

Aún en condiciones de relativa normalidad, es decir en condiciones en que no se haya declarado el estado de excepción, eso es bien fundamentado porque en Colombia hay algo así como un estándar de conflicto armado interno que podríamos llamar funcional, en la medida en que no es capaz de constituir un peligro inminente para la estabilidad de las instituciones, para la seguridad del Estado y para la convivencia ciudadana; estándar de

conflicto funcional, que por eso mismo no requiere de la declaratoria del estado de excepción y sin embargo exige la presencia del derecho internacional humanitario, por lo menos en la medida en que se encuentra por encima de ese umbral mínimo que en el derecho internacional humanitario han llamado el de las tensiones y disturbios internos.

En la lógica del artículo 93, el derecho internacional humanitario en cuanto derecho de los derechos humanos, o por lo menos complementario con el derecho de los derechos humanos, rige aún en condiciones de relativa normalidad que no hayan llevado a la declaratoria del estado de excepción. Si lo que está en vigencia en este momento es solo el artículo 3º (por lo menos en la lógica del artículo 93), que se refiere de manera genérica a conflictos no internacionales, eso significa que no incluye ningún rasero mínimo como el de las tensiones y disturbios; y en ese mismo sentido su aplicabilidad en condiciones de no declaración de estados de excepción, es prácticamente sin límites y se extiende casi hasta fenómenos de normalidad.

Esto finalmente nos conduce a una tercera pregunta que surge del texto de la norma: *¿cuál es el significado y alcance de la famosa prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno?* Quiero dejar planteadas algunas de las preguntas más relevantes en ese contexto de discusión. Si se afirma la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos, incluidos los pactos y los tratados de Ginebra del 49 y con ello el artículo 3º, esa prevalencia puede ser entendida de tres maneras y con implicaciones diferentes: a) Puede ser entendida en la lógica tradicional de la llamada supra-legalidad. En ese caso tendríamos que esos tratados internacionales tienen un status intermedio entre lo legal y lo constitucional, de manera que priman en relación con las leyes, pero no son y no constituyen normas constitucionales por derecho propio y por el solo hecho de estar ratificados. Este nivel de reflexión tiene por supuesto la ventaja de ponernos sobre aviso en lo que respecta al absurdo de que todo tratado internacional por el hecho de estar ratificado constituya automáticamente norma constitucional; pero tiene el inconveniente de no permitirnos entender la cuestión desde el punto de vista de lo que podríamos llamar la jerarquía material entre las normas internacionales. Eso significa, por lo pronto y a ojos vistas, que es una cosa completamente distinta hacer un convenio internacional para exportar e importar trigo, y hacer un convenio internacional sobre derechos humanos, y que el estatuto que se le reconoce en la comunidad internacional a ese tipo de tratados es también completamente diferente.

Así las cosas, cabe afirmar que desde la lógica de esta jerarquía material y teniendo en cuenta la importancia que tienen los derechos humanos en el contexto internacional y aun en el contexto del derecho público interno, resultan más importantes las otras dos opciones para la lectura de esa

prevalencia. Podemos hablar en ese sentido, ya no de una supra-legalidad, sino por ejemplo de una supra-constitucionalidad que nos garantizaría el que las normas incluidas en los tratados sobre derechos humanos y en particular el artículo 3º, y lo que se apruebe de aquí en adelante, tendrían prelación en relación no solo con las normas legales sino inclusive en relación con las normas constitucionales.

Nos queda por supuesto una tercera alternativa que es la de entender esa prelación en términos de una igualdad con las normas constitucionales, modelo de lectura que implica problemas complejísimos de interpretación, porque ya no resulta claro en qué sentido y hasta dónde los tratados internacionales ratificados derogan normas constitucionales. No quiero entrar en ese ámbito de problema; lo dejo a quienes más adelante, en este mismo seminario se enfrentan a la cuestión[1].

En síntesis, tenemos en la lógica del art. 93 (supuesto que los tratados sobre derecho internacional humanitario ratificados son parte y están en una lógica conjunta con los tratados sobre derechos humanos) que hasta el día de hoy es clara la vigencia del artículo 3º en lo que respecta al tratamiento del conflicto armado interno, y que ese artículo 3º rige aún no habiendo sido declarado el estado de excepción siempre y cuando el nivel de conflicto que es llamado funcional esté por encima de las tensiones y los disturbios que constituyen el rasero mínimo de que habla el derecho internacional humanitario.

Hay que tener en cuenta con un criterio práctico, otra cuestión: En este momento está para aprobación del Congreso de la República el protocolo I que rige para conflictos internacionales dentro de los cuales están incluidos algunos conflictos. En el fondo tiene que ver con la autodeterminación de los pueblos; está pensado en la lógica del protocolo I y es una pregunta harto difícil establecer si esos conflictos son realmente de carácter internacional o constituyen simplemente guerras civiles. Piénsese en el caso de la guerra civil yugoslava: en la medida en que son étnias y grupos nacionales los que propenden por su independencia, se vuelve complicadísimo afirmar que se trata de conflictos internacionales y surge la sospecha de que se trata en realidad de guerras civiles, lo cual amarra profundamente el protocolo I y el Protocolo II. Y en otro sentido bien interesante, el Protocolo I es en cualquier caso pauta para la interpretación del artículo 3º, y pauta para la interpretación del Protocolo II, si alguna vez tenemos la posibilidad también de que se adhiera a él de manera definitiva.

Quiero finalmente, en relación con el artículo 93 hacer dos aclaraciones que me parecen pertinentes e importantes en relación con la vigencia formal del DIH dentro el contexto de la nueva Constitución.

---

[1] Cfr. La sección "Derecho Internacional y Derecho Interno" en este volumen.

Primero, estoy convencido de que las normas del DIH son de aplicación inmediata y directa en los términos del artículo 85 de la nueva Carta Constitucional, en la medida en que las normas que hablan de manera taxativa de una vigencia inmediata de los derechos humanos, tienen un bien jurídico protegido que es idéntico en buena medida con el bien jurídico protegido por el derecho internacional humanitario. Baste pensar en el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, etc. y en el peor de los casos, si se quiere, las normas sobre derecho internacional humanitario deben ser entendidas ellas mismas, como una reglamentación de esos artículos de la Carta para circunstancias de guerra. No creo que se requiera un tipo de desarrollo legislativo adicional; son de aplicación inmediata; constituyen una responsabilidad para los jueces y para el legislador en sus ámbitos específicos de competencia.

Y otra cosa que me resulta igualmente importante, la prevalencia de los tratados sobre derecho internacional humanitario ratificados incluye la prevalencia de las interpretaciones que haga de sus normas el CICR, en la medida en que hay un reconocimiento internacional del CICR como intérprete competente en relación con los textos que constituyen esos tratados.

Pero la vigencia del derecho internacional en la nueva Carta no sólo está asociada al artículo 93 sino al 214. Estamos hablando entonces de las normas que regulan el estado de excepción. De manera rápida y para ilustrar un poco la discusión, hablemos de los artículos 213 y 214, que regulan la conmoción interna y la guerra exterior.

Dice el artículo 213 sobre conmoción interior:

> En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la república o en parte de ella por término no mayor de 90 días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la república.
> Mediante tal declaración, el gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.
> Los decretos legislativos que dicte el gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por 90 días más.
> Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del estado de conmoción el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de

> sus atribuciones constitucionales y legales. El presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.
> En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia militar.

Y del artículo 214 leamos solo el numeral 2º. Dice:

> No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

El artículo 214

En tanto que el artículo 93 nos hablaba de tratados y convenios ratificados por el Congreso de la República, el artículo 214 nos habla de manera muchísimo más general del derecho internacional humanitario. Hay pues una diferencia grande entre el tipo de remisión que hace cada uno; en el primer caso, se habla de tratados y convenios ratificados por el Congreso, y en el segundo se habla de manera genérica del respeto por el derecho internacional humanitario. Se abre allí mismo, en gracia de la diferencia, un horizonte de discusión. ¿Cómo hay entonces que entender la vigencia del derecho internacional humanitario en el texto del artículo 214 y en el contexto general de los estados de excepción? Surgen por lo pronto también y como mínimo tres alternativas plausibles de interpretación.

Una interpretación restrictiva nos diría: el derecho internacional humanitario en la lógica del 214 hay que reducirlo a los términos del artículo 93, de tal manera que lo único que tiene vigencia en Colombia en este momento es el artículo 3º común a los convenios de Ginebra. Esta interpretación restrictiva puede inclusive tener apoyo en la expresión que acompaña también a la redacción del numeral 2º, cuando nos dice que la ley estatutaria se hará de conformidad con los tratados internacionales, en la medida en que se está utilizando la expresión "tratados" en un sentido aparentemente muy positivista que acerca la comprensión del derecho internacional humanitario a la lógica del artículo 93.

Hablemos de una segunda posibilidad interpretativa, extensiva del derecho internacional humanitario en el texto del artículo 214. El argumento podría mas o menos ser el siguiente: En la medida en que esa remisión

general al derecho internacional humanitario en el 214 no excluye su comprensión como derecho consuetudinario, hay que asumir que el derecho internacional humanitario ha sido llamado en su conjunto a regular los estados de excepción y en particular el estado de conmoción interior, y tiene vigencia como derecho internacional, es decir, con capacidad para obligar al Estado frente a la comunidad internacional.

Existe una tercera interpretación posible, intermedia entre la restrictiva y la más ampliada, que nos diría, ya no en virtud del derecho consuetudinario sino en virtud de la libertad del legislador y si se quiere de la libertad de la norma: el derecho internacional tiene vigencia también en su conjunto y en su totalidad incluyendo el protocolo II en el texto del 214, pero sólo como derecho público interno y no como derecho internacional, y sin capacidad en tal sentido para obligar al Estado en relación con la comunidad internacional. Se trataría entonces de entender esa remisión que nos dice: se respetarán en todo caso las reglas del derecho internacional humanitario, como una voluntad explícita del constituyente, en el sentido de darle una vigencia general como derecho público interno pero sin capacidad para obligar frente a la comunidad internacional.

En la práctica, nos guste o no, creo que lo más plausible es que se le dé a la vigencia del derecho internacional humanitario en el 214 una interpretación restrictiva en los términos del artículo 93, por parte de quienes tienen a su cargo la función de hacer jurisprudencia.

Quedaría de todas maneras como recurso para enriquecer la amplitud de la vigencia del derecho internacional humanitario, la apelación por ejemplo al artículo 9º de la Carta en la medida en que nos dice que el Estado regulará sus relaciones internacionales, entre otras cosas apoyándose en los principios del derecho internacional. Esa alución a principios, que incluye los principios del derecho internacional, implicaría una complementación, un enriquecimiento del ámbito de vigencia del artículo 3º en la medida en que se lo esté entendiendo como un compromiso internacional y en ese sentido como parte de la actividad internacional del Estado colombiano.

Pero para que no nos perdamos en la nebulosa de las discusiones jurídicas, es importante entonces también que nos enfrentemos a la cuestión de la vigencia material del derecho internacional humanitario, en las condiciones del conflicto armado interno colombiano. Quiero insistir en ello por lo siguiente: no hay que hacerse demasiadas ilusiones a partir de nuestro contexto de aplicaciones. Voy a hacer referencia solo a dos o tres problemas pequeños de naturaleza política que son fundamentales y que ilustran la magnitud de las restricciones con que se encuentra el derecho internacional humanitario para tener una plena vigencia en el caso colombiano, aún en la lógica del artículo 3º de las Convenciones de Ginebra. Creo que lo mejor es presentar la cosa de manera comparativa para hacer claridad sobre el sentido de esas restricciones.

Donde se tiene un conflicto internacional o un conflicto altamente internacionalizado, precisamente por ese aspecto resulta relativamente fácil también que intervengan organismos de corte internacional como el CICR y la ONU tanto para la humanización como para la solución del conflicto.

Estoy pensando en el caso salvadoreño: era un conflicto altamente regionalizado e internacionalizado. Centroamérica existe como patio interior de los Estados Unidos, lo que significaba casi por definición, la presencia de este país en el conflicto. Se trata de países infinitamente pequeños, de tal manera que el conflicto en términos generales tiende a desbordar sus propias fronteras e involucra a sus vecinos, lo que los pone en una perspectiva de regionalización.

El grado de polarización misma de la sociedad, la estructuración como guerra civil abierta favorece también su comprensión en la lógica del derecho internacional. En esas condiciones se explica que el CICR haya podido actuar en el conflicto salvadoreño de manera significativa y que en un determinado momento inclusive haya sido viable llamar a la ONU para que mediara en una solución negociada.

Cosa completamente distinta tenemos en el caso colombiano y no nos digamos mentiras. La frontera panameña exime a Colombia de ser parte del patio interior de los Estados Unidos. Estamos en un país relativamente grande y frente a un conflicto causado y tramitado en lo fundamental por fuerzas endógenas. Eso significa que se cumple una regla importante en los términos de la experiencia internacional, cual es la de que allí donde el conflicto armado interno se tramita con un relativo aislamiento respecto de la comunidad internacional, hay una tendencia del Estado a tratar de manera profundamente asimétrica a sus enemigos interiores. El conflicto entonces adquiere una lógica que podríamos llamar perversa.

El Estado obra en la intención permanente de profundizar y estabilizar la asimetría, y los rebeldes obran en la intención permanente de reducirla. El recurso fundamental del Estado para ello es escalar de manera permanente, en la medida en que se escala el conflicto, la criminalización de ese enemigo. En el caso colombiano es relativamente fácil ver cómo opera esa lógica de escalamiento en la criminalización; basta pensar que el Estado colombiano tiene ciertamente un monopolio de la legalidad, y además cómo, por lo menos en la práctica, tiene un monopolio de las fuentes de información en materia de orden público; y basta pensar y agregar a lo anterior, el matrimonio histórico consolidado que ha habido entre el gobierno y los medios de comunicación, para poner en evidencia la maquinaria existente entre nosotros, capaz de profundizar permanentemente la criminalización tanto legal como moral del enemigo interior.

El concierto entre los medios y el Estado es, en ese sentido, impresionante y de una capacidad aterradora en las perspectiva de los medios para criminalizar moralmente y legalmente al enemigo interior. Basta pensar en el ejemplo de los últimos días: De la noche a la mañana, fracasadas las negociaciones de Tlaxcala, de manera masiva los medios de información colombianos han afirmado el carácter de delincuentes comunes, terroristas, etc. de los insurgentes, y en ese sentido han desmontado en buena medida todos los esfuerzos para el reconocimiento de su condición de rebeldes que se habían hecho en administraciones interiores, en el horizonte de la negociación.

En el caso particular colombiano la tendencia a la asimetría en el tratamiento del enemigo interior por parte del Estado se refuerza de manera brutal por varios factores que de manera rápida podemos enunciar:

A diferencia del caso salvadoreño donde había lo que se llamaba una circunstancia de equilibrio estratégico y de poder dual, el llamado empate militar negativo del caso colombiano que está edificado sobre el supuesto de la superioridad estratégica del Estado frente a sus enemigos interiores, la cual, leída en la óptica del gobierno, es un argumento más para el tratamiento discriminativo del otro.

Pero no se trata simplemente de una superioridad estratégica; además tenemos como elemento de refuerzo a la asimetrización que el conflicto armado interno colombiano tiene elementos verticales de confrontación de clase, y esto se entiende mejor si se lo presenta en una perspectiva histórica.

Piénsese en las guerras civiles del siglo XIX, donde se trataba de confrontaciones fundamentalmente entre oligarquías regionales que se reconocían como iguales y que estaban vinculadas inclusive por parentesco; ese hecho fundamental favoreció en su momento el reconocimiento del derecho de gentes, padre del derecho de los conflictos armados de que se habla hoy, y en ese sentido favoreció un tratamiento simétrico entre los enemigos.

En la violencia de los 50 ya la cosa era diferente; los capitanes de la confrontación eran de origen campesino, sin embargo quedaba algo así como una dirección moral de la lucha en cabeza de las dirigencias urbanas de los partidos políticos, y eso a su manera también en parte favoreció que por lo menos se conservara el status de delincuente político para los guerrilleros liberales o conservadores en la confrontación. Pero la dinámica del conflicto a partir de los años 60 abandona esa perspectiva de los grupos dominantes de las élites culturales y políticas del país, de manera que nos encontramos con una guerrilla de extracción campesina y en parte de extracción medio urbana, y en ese sentido nos encontramos con un conflicto armado interno que tiene elementos de confrontación vertical de clases y que favorece también el tratamiento asimétrico.

Se trata pues de ponernos sobre aviso, en el sentido de que hay una enorme dificultad para aceptar discursos e instancias como el derecho internacional humanitario y como la Cruz Roja Internacional, cuya visión del problema y cuya actuación están más bien en una lógica de simetrización de distancia, de imparcialidad, de neutralidad, etc. en relación con las partes en conflicto.

Pero a esta reflexión hay que agregarle otra que me parece fundamental y decisiva para ver las dificultades enormes y no soñar demasiado fácil con la vigencia del derecho internacional humanitario y con la ingerencia de la Cruz Roja. En el caso salvadoreño ciertamente teníamos el caso típico de una guerra civil abierta y si se quiere bipolarizada; simplificando, cabe decir que la totalidad de la población salvadoreña tuvo que tomar partido y aglutinarse en alguno de los dos bandos, y en ese sentido había una visión relativamente clara del enemigo; en esas condiciones, agregadas a los demás factores de que hablé antes, fue relativamente fácil que el CICR hiciera una presencia casi masiva en El Salvador, y de otro lado, que se intentara y se aceptara por las partes la aplicación del derecho internacional humanitario.

En el caso colombiano no tenemos una guerra civil abierta y bipolarizada, sino lo que algunos tratadistas han llamado una situación de violencia generalizada que se caracteriza entre otras cosas por la presencia de una multitud de actores armados cuyas guerras se interfieren y se retroalimentan. No sé si resulte necesario aquí hacer un enunciado de la cantidad de pequeñas guerras que se hacen simultáneamente en este país: hablamos de paramilitares que operan con una relativa autonomía respecto de las Fuerzas Armadas, de una enorme gama de posibilidades de existencia paramilitar en Colombia; hablamos de autodefensas urbanas, de milicias populares, urbanas y rurales, de narcotráfico, etc. En la lógica de estas cosas vale la pena recordar una anécdota: algún jefe paramilitar en una reunión que tuvimos hace un par de años, nos hablaba de la guerra de Pablo y de la guerra de Gonzalo y de la guerra de fulanito y de la guerra de menganito. Aquí tenemos la guerra con ejércitos privados que tienen guerras autónomas y que entran en unos sistemas rápidos de construcción y disolución de alianzas, y eso conduce a una situación de interferencia y de retroalimentación recíproca de los conflictos, que se cristaliza en enemigos difusos. En Colombia nadie sabe de dónde viene el tiro, y allí es infinitamente más difícil poner un código de conducta como el del derecho internacional humanitario. El conflicto armado colombiano tiene marcadas tendencias hacia la fragmentación y hacia el ensuciamiento progresivo.

Dos palabras sobre la coyuntura

Es para todos ustedes evidente que en esta perspectiva de confrontación estamos pasando por una mala coyuntura; no quiero entrar a analizar el por qué se produjo.

El conflicto tiene un mandato de los segmentos de población que constituyen su base para ofrecer algo significativo en la negociación. En lo que respecta al Estado ciertamente el gobierno no tiene un mandato de la sociedad civil, de los gremios, tampoco de la sociedad política o en general de los partidos, que le permitan hacer concesiones de la magnitud requerida en una negociación edificada en un escenario y sobre unas correlaciones de fuerzas completamente distintas a las de los procesos anteriores, y que habrán de conducir en el evento de que una negociación resulte plausible a por lo menos concesiones en el sentido de un cierto reformismo social. Vale decir de una profundización de la democracia social, y ya no simplemente suceptibles de resolverse en los términos de la creación de un espacio político en la lógica que ha sido llamada de favorabilidad política.

Lo cierto pues, en la coyuntura actual, es que tenemos un gobierno debilitado en sus bases de apoyo y legitimidad, un gobierno que por eso mismo tiende a plegarse a las opiniones más conservadoras parapetadas en la gran prensa nacional; un gobierno que en ese sentido tiene pocos márgenes de acción en un horizonte de negociación, que se ve abocado más bien a una lógica de escalamiento en la confrontación.

En este contexto la situación de los grupos de derechos humanos se vuelve precaria, los luchadores de la paz en términos de una solución negociada son por definición luchadores de una comprensión matizada de la realidad colombiana, y la lógica de la confrontación es más bien dicotómica en la cual el principio fundamental es "estás conmigo o contra mí", y donde las posiciones matizadas no tienen lugar, de manera que cuando se defiende desde esa perspectiva matizada una posición negociadora, se corre el riesgo de ser llamado "idiota útil" tanto en la perspectiva del Estado como en la perspectiva de la subversión.

Hace un par de días pasaba yo por la plaza Ché Guevara de la Universidad Nacional y leí un texto de los guardias rojos en el cual toda posición matizada y orientada hacia un cierto reformismo en el horizonte de la negociación era tachada de servicio peligroso al Estado, porque desvirtuaba las posibilidades de la gran revolución. Es el mismo argumento que escuchamos a diario, que leemos a diario en la prensa colombiana de los últimos días.

Hay sin embargo indicadores que nos hacen pensar que de todas maneras ese grado mínimo de consolidación que ha alcanzado en el país el movimiento de los derechos humanos, es de alguna manera irreversible y en ese sentido poco probable que retornemos a los días de la presidencia del señor Turbay.

Lo cierto pues en este momento es que, como van las cosas, solo el agotamiento de la confrontación dentro de los próximos meses habrá de darle otra vez perspectivas y respiros a una posición negociadora, en la

medida en que ese agotamiento deje traslucir otra vez la comprensión de la situación como una situación de empate militar negativo en los términos de los que se ha hablado durante los últimos años en nuestro país.

En ese contexto y supuesto lo que había dicho antes en el sentido de una tendencia pavorosa en nuestro medio a un tratamiento radicalmente asimétrico de los enemigos interiores por parte del Estado, será fundamental empezar a propiciar y a trabajar por que entren en vigencia entre nosotros mecanismos e instancias de simetrización. Vale la pena nombrar algunas de ellas:

1. El compromiso masivo y activo de la sociedad civil con la paz, pone a la sociedad civil misma en esa perspectiva de tercero neutral frente a los partidos en conflicto, y puede presionar por una solución negociada.

2. Hay que propiciar también eventualmente el que otros órganos del Estado como el Congreso rompan el monopolio del ejecutivo frente a las negociaciones, de tal manera que puedan también descentrarse las visiones y las perspectiva en relación con el conflicto, y se puedan establecer instancias y modalidades de mediación interna que favorezcan el reconocimiento recíproco de los enemigos.

3. Hay que propiciar en ese mismo sentido la vigencia plena del derecho internacional humanitario y del derecho penal político, en cuanto apuntalado en el tratamiento privilegiado del enemigo interior, porque se trata en ambos casos de estatutos que cumplen esa función de simetrización.

En ese mismo contexto, por supuesto, cabe la pregunta por la oportunidad de buscar la mediación de organismos internacionales como la ONU o la mayor ingerencia del CICR, pero en lo que respecta a esa cuestión no hay que pensar de manera facilista en que nuestra situación es la situación de El Salvador. Se requeriría, si se quiere, un acto de voluntad excepcional y extraordinario más allá de la lógica aislada y no internacionalizada de la confrontación, para que el Estado colombiano acepte una alternativa como ésta.

DERECHO INTERNACIONAL
Y DERECHO INTERNO

APLICACION DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LOS JUECES

Max Alejandro Flórez Rodríguez[*]

INTRODUCCION

Desde la antigüedad se afirmó la existencia de un derecho universal aplicable en todo tiempo y lugar, que se denominó natural y era de contenido superior al derecho positivo porque estaba constituido por principios fundamentales que servían de guía al derecho vigente en cada pueblo. Esta doctrina ha dado origen a los derechos naturales del hombre; posteriormente, se les llamó Derechos Individuales de la Personalidad, y por último Derechos Humanos.

Las expresiones "Derecho Positivo" y "Derecho Natural" son reemplazadas por las de "Derecho Positivo Nacional" y "Derecho Positivo Supranacional"; los antiguos derechos naturales dejaron de ser ideales y se positivizaron.

De la antigua concepción individualista de los viejos derechos naturales se pasó a las concepciones socialistas que consideran como derechos humanos los denominados Derechos Sociales y Culturales.

En la última etapa no sólo se han universalizado los derechos humanos, sino que se han agregado los derechos a la paz, al desarrollo, al medio ambiente y a los bienes patrimonio de la humanidad; además, se ha logrado que la persona humana sea considerada sujeto activo en el orden interna-

[*] Asociación de Estudios Socio-jurídicos "Carlos Ernesto Valencia García".

cional, reservado antes a los Estados, y lo más importante, que el hombre sea el centro de toda la normatividad y de las actividades interestatales.

Se protegen los bienes jurídicos o atributos del ser humano simplemente por el hecho de su existencia. Al hablar de derechos humanos se hace referencia a los derechos esenciales del hombre en las relaciones de derecho público, se quiere proteger al hombre de las arbitrariedades del Estado.

PRINCIPALES VARIACIONES DE LA JURISPRUDENCIA A PARTIR DEL 4 DE JULIO DE 1991[1]

La mayoría de los jueces penales no hablan en sus providencias de los pactos internacionales de derechos humanos aunque prospere un Habeas Corpus u oficiosamente se deje a alguien en libertad porque había sido capturado ilegalmente. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia suele mencionarlos cuando trata temas como el debido proceso, la legalidad, la favorabilidad y el derecho de defensa.

No desde el punto de vista penal sino constitucional y concretamente en lo concerniente a los convenios internacionales y los procesos de inexequibilidad, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 27 de diciembre de 1988 dijo:

> Cuando la norma con fuerza legal contradice otra que según mandato de la Carta debe ser respetada por aquellas en su materia o procedimiento, tales como ... las aprobatorias de los tratados internacionales, la transgresión de las previsiones contenidas en todas éstas acarrea la violación de los preceptos constitucionales en los que se ordena su seguimiento a ellas, pero no por virtud de que las leyes referidas tengan rango constitucional, sino porque la Carta ordena obedecerlas.

Sin embargo, el 1º de diciembre de 1988, la Sala Plena, al declarar constitucional el Decreto 2201 de 1988 expedido por el Gobierno durante el Estado de Sitio, que lo facultaba para cancelar la personería jurídica de sindicatos, federaciones y confederaciones sindicales que promovieran el cese de actividades laborales, sostuvo que

> en los procesos de inexequibilidad la confrontación de las normas acusadas para calificar su validez solo puede ser hecha con las disposiciones de la Carta Constitucional y nunca con las normas de derecho internacional, pues la infracción de éstas es extraña a la jurisdicción nacional de la Corte,

[1] Cuando empezó a regir la nueva Constitución colombiana.

> plantea problemas interestatales, que escapan a su competencia y no implica violación directa de la Constitución.

Las críticas a esta posición no se hicieron esperar. Entre otros aspectos, se aprecia que antes del 4 de julio de 1991 las leyes aprobatorias de los tratados internacionales estaban localizados dentro de nuestra jerarquía normativa entre la Carta y las restantes leyes o decretos con fuerza de ley. De tal manera que si un precepto legal desconocía norma superior, estaba violando indirectamente la Carta.

Las diferentes Salas de la Corte Constitucional se han referido a los tratados internacionales de derechos humanos para indicar el origen o fuente normativa de los derechos fundamentales consagrados en la Nueva Constitución nacional.

El 8 de mayo de 1992, en la sentencia de tutela Nº 02, expresó que

> los valores y principios materiales de la persona, reconocidos por la Constitución, están inspirados en el primer inciso del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que dice: "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".

Y en otro considerado afirma que

> los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

Con este reconocimiento se destaca, en primer lugar, que las declaraciones de derechos humanos fueron tenidas en cuenta por el constituyente al momento de elaborar la Constitución nacional; en segundo término, que la Carta consagra los derechos humanos reconocidos internacionalmente; y tercero, que para saber la naturaleza y características de los derechos fundamentales y los mecanismos que los protegen hay que acudir a la fuente normativa, o sea, las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos.

Pero para un correcto desempeño de la función judicial no basta con saber lo anterior, es indispensable no perder de vista que el hombre es el centro y fundamento del derecho, pues de su propia naturaleza emanan atributos que constituyen derechos y deben ser amparados jurídicamente.

La razón de ser del Estado radica en el respeto a la dignidad humana y que el individuo pueda gozar de las condiciones materiales que le permitan el ejercicio pleno de esos derechos.

Así lo ha precisado la Corte Constitucional al considerar que la persona humana y su dignidad es el presupuesto y elemento central del nuevo estado de derecho (artículos 1º y 2º de la C.N.). La máxima expresión jurídica de la personalidad es el sistema constitucional de derechos y garantías. El hombre es la fuente suprema de la autoridad (artículo 3º de la C.N.) y titular de los derechos inalienables para cuya protección se crea el Estado.

La jurisprudencia constitucional también ha indicado cuáles son algunas de las características de los derechos fundamentales. Son inalienables porque no se pueden ceder ni transferir; inherentes porque constituyen un modo de ser intrínseco del hombre; esenciales porque el individuo es lo que es, o sea, lo permanente e invariable del ser humano. Son inalienables por ser inherentes y son inherentes por ser esenciales (Sentencia de Tutela Nº 02 del 8 de mayo de 1992).

En cuanto a la interpretación de las normas que consagran derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha señalado que todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio. La constitución contiene valores y principios: los primeros establecen fines mientras que los principios son disposiciones generales con delimitación política y axiológica reconocida que restringe el espacio de interpretación, lo cual permite su aplicación inmediata. Los principios fundamentales del Estado son pauta de interpretación ineludible por ser parte de la Constitución y estar dotados de fuerza normativa según el artículo 4º de la Carta (Sentencia de tutela Nº 406 del 5 de junio de 1992).

La nueva manera de interpretar el derecho ha generado pérdida de importancia sacramental del texto legal y mayor preocupación por la justicia material y el logro de soluciones que consulten el caso concreto (sentencia de tutela 406).

La interpretación de la norma está íntimamente ligada con la eficiencia del derecho que consagra. La Corte Constitucional insiste en que prima la eficacia del derecho fundamental al momento de hacer la interpretación.

> Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales deben interpretarse buscando el máximo grado de cumplimiento y eficacia de la constitución, o sea, mayor efectividad de los derechos fundamentales (Sentencia de tutela Nº 02 del 8 de mayo de 1992).

La efectividad en la protección de los derechos fundamentales es un fin esencial del Estado y la razón de ser de las autoridades (artículo 1º y 2º de la C.N.).

Los mecanismos por medio de los cuales se protegen o garantizan los derechos fundamentales se caracterizan por su sencillez, rapidez y efectividad. La sencillez de una acción judicial depende de la complejidad del procedimiento y las limitaciones prácticas de acceso a la acción respectiva según la situación socioeconómica y cultural del afectado y las circunstancias de tiempo, modo y lugar. La rapidez se relaciona con la duración del proceso y su incidencia en la protección del derecho amenazado o cuya violación se mantiene. La efectividad se orienta al resultado de la acción y la defensa del derecho fundamental.

De la anterior manera la Corte Constitucional precisa en qué consisten las características de la acción de tutela que está consagrada en el ordinal 1º del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La jurisprudencia constitucional se ha referido tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales y a la denominada tercera generación de los derechos humanos.

En la sentencia del 17 de junio de 1992, dice:

> El derecho al medio ambiente y en general, los derechos de la tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten su supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social. De esta manera deben entenderse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana.

La valoración de un derecho colectivo o difuso se hace en los valores, principios constitucionales y las circunstancias del caso. Un derecho fundamental de aplicación inmediata aparentemente insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a serlo si se combina con un principio o con un derecho social o cultural y viceversa.

Se resalta que un derecho colectivo puede tener conexión con un derecho fundamental individual que sin la debida protección de aquél, puede éste desaparecer a tornar ineficaz su defensa. (Interrelación de la Corte Constitucional basada en la declaración de Estocolmo de 1972).

> Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes (Sentencia de tutela Nº 406 de junio de 1992).

Si el legislador no desarrolla el texto constitucional que consagra un derecho económico, social o cultural el juez debe velar porque se haga efectivo

ese derecho en el caso concreto, y así lograr que "las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar que los derechos fundamentales solamente valgan en el ámbito de la ley" (Ultima Sentencia en mención).

Con relación a tales derechos, el juez debe adoptar una solución que proteja el derecho violado y que no pierdan de vista las condiciones financieras de los organismos públicos.

La Corte Constitucional también proporciona una guía sobre lo que ha de ser la justicia retributiva en esos casos. Se trata de un problema de asignación de recursos nuevos disponibles por parte del Estado, cuyo resultado final no desmejore la situación de los que poseen menos recursos. Interpretación que tiene pleno respaldo en el inciso 2º del artículo 13 de la Carta que habla del principio de igualdad.

Con relación a los criterios a seguir en la interpretación de la normatividad que establece derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional dice que prima el derecho sustancial, la sentencia debe contener un mínimo de justicia material consistente en el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales; los procedimientos están encaminados a proteger esos derechos y a que se hagan inmediatamente efectivos; y priman los derechos inalienables (artículo 5º de la C.N.).

El 8 de mayo de 1992, la Corte Constitucional indicó que los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Colombia son *normas interpretativas* con rango constitucional; sin embargo, en aparte posterior los tiene como criterio interpretativo auxiliar para establecer si un derecho es fundamental o no. También afirma que la Convención Americana es norma jurídica vinculante en el derecho interno por haber sido aprobada por el Congreso mediante la ley 16 de 1972 y ratificada en 1973, pero no especifica cuál es su posición en la escala normativa.

La Corte Constitucional en junio de 1992 señaló

> en lo concerniente a los derechos humanos y a la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, el constituyente ha estimado conveniente remitirse a los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, para reconocer su prevalencia en el orden interno, no solo en cuanto a su texto mismo sino como pauta concreta para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución de 1991 (art. 93). En este caso la Constitución Colombiana parece adoptar el sistema español (Const. Art. 10), según el cual el derecho internacional ratificado prevalece en aquellos casos en los cuales contengan normas que ofrezcan mayores garantías que las normas nacionales, la remisión parece ser ante todo interpretativa a diferencia del sistema italiano en el cual existe una remisión de alcance más profundo: las normas, en los casos señalados, hacen parte del texto constitucional.

No es claro lo expresado en los párrafos transcritos porque en el primero parece referirse a las dos partes que integran el artículo 93 de la Carta para diferenciarlos, mientras que en el segundo los mezcla y les da el mismo valor (remisión interpretativa). No precisa si la primera parte del precepto se refiere únicamente a los pactos que reconocen derechos civiles y políticos que no pueden ser limitados, y si la segunda parte hace relación a los restantes derechos humanos, como los de la segunda y tercera generación. Los primeros para colocarlos por encima del orden interno y los segundos para considerarlos como criterio constitucional interpretativo.

La jurisprudencia constitucional insiste en la eficacia de los mecanismos que tienden a proteger un derecho fundamental que está en peligro o es vulnerado. A pesar que existe acción judicial, hay que examinar en concreto cuál de los dos procedimientos (extraordinario u ordinario) pueden con mayor celeridad conjurar el peligro, evitar que la lesión continúe o restablecer el derecho fundamental conculcado, pues se está en presencia del "Derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales".

Aunque en el ordinal 6º del artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos dice que toda persona privada de la libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que decidan sin demora sobre la legalidad de la "captura", la Carta colombiana permite que el Habeas Corpus se invoque ante cualquier autoridad judicial, lo que implica que se pueda ejercer ante el fiscal porque de conformidad con la Constitución la Fiscalía General de la Nación pertenece a la Rama Judicial.

El nuevo Código de Procedimiento Penal al disponer que solamente el juez penal puede decidir el Habeas Corpus, está atentando contra lo que la Corte Constitucional ha denominado "Derecho fundamental a la protección de los derechos fundamentales" porque se dilata o difiere la decisión que debe ser adoptada a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la petición, según el artículo 30 de la Constitución.

Los jueces no laboran los sábados, domingos ni festivos, y si un fiscal recibe una petición de Habeas Corpus un viernes a las 7 de la noche, lo tramita pero no lo decide, y a la primera hora del lunes lo remite al juez para que falle. De esta manera se viola el precepto constitucional porque no se decide dentro del término, ya que transcurrirían más de 48 horas sin hacerlo. Es decir, el fiscal sabedor que la prueba revela que la captura fue ilegal, no podría establecer el derecho fundamental vulnerado porque la ley se lo impide; lo cual quiere significar que él debe apartarse del precepto legal para aplicar normatividad superior y evitar que continúe la violación al derecho de la libertad.

La Corte no se ha pronunciado sobre qué pasaría en el evento de que una norma constitucional vaya en contra de lo dispuesto en un tratado interna-

cional de derechos humanos. Por ejemplo, el inciso 2º del artículo 28 de la Carta establece que el retenido será dejado a disposición del funcionario judicial competente dentro de las 36 horas siguientes, en tanto que el ordinal 5º del artículo 7º de la Convención Americana dispone que debe ser llevado sin demora ante el funcionario autorizado por la ley. Se debe aplicar aquella norma porque no hay que olvidar que los Convenios internacionales de derechos humanos y la Constitución Política consagran un mínimo de garantía para el ejercicio de esos derechos. Así lo entendió el legislador al expedir el Decreto 2700 de 1992 al disponer en el artículo 371 que la persona capturada en flagrancia será conducida en el acto o a más tardar en el término de la distancia ante el fiscal. El precepto constitucional deja la puerta abierta para que los organismos de seguridad del Estado violen los derechos humanos de los capturados.

La Corte Constitucional sostiene que si a pesar de haberse resuelto los recursos ordinarios, la providencia continúa conculcando un derecho fundamental, la acción de tutela está llamada a prosperar. Lo contrario sucederá cuando los recursos no se interponen por negligencia del afectado.

Esto último no guarda congruencia con la actitud asumida en sus diferentes decisiones, porque desconoce la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Carta), ya que la omisión de uno de los sujetos procesales no restablece el derecho fundamental atacado y la violación no cesa debido a que el correctivo no lo aplica quien constitucionalmente está obligado a ello, como es el Juez de Tutela.

LA DENOMINADA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Toda constitución determina normativamente la estructura del Estado, la forma del gobierno y las relaciones del poder (derechos y obligaciones), ante quienes tienen capacidad decisoria y los destinatarios de la decisión, además de las garantías de los súbditos. La esencia del constitucionalismo está en la protección de las libertades y derechos de los asociados.

Principalmente los dos primeros títulos de la Carta enuncian los valores y fines que pretende asegurar y obtener. Es la declaración de los postulados dogmáticos y políticos que originan unidad y solidaridad de los individuos. Estos valores justifican todo el sistema de contención que establece la constitución y determina los objetivos de la vida común.

Allí se plantean las relaciones entre Estado e individuo, gobierno y sociedad, autoridad y súbditos; se señalan los bienes más estimados para la persona humana, se oponen barreras infranqueables al poder público frente a principios considerados como patrimonio común, y se fija la dimensión social del ejercicio de esos derechos.

Generalmente, el que tiene el poder económico detenta el poder político y la elaboración de las leyes tiende a favorecer el sector que el legislador representa; sin embargo, este interés particular a veces concuerda con el interés común, por ejemplo, el derecho a la vida. En otras oportunidades, el grupo minoritario para legitimar su ascenso al poder político se ve "obligado" a consagrar derechos o garantías que beneficien a los sectores más desprotegidos de la población.

La legislación por más completa que sea siempre será parcial, porque la realidad es más rica que el sistema normativo y las limitaciones de la previsión humana hacen que la norma no pueda regular todos los casos a ellas sometidos. Además de vacíos, la normatividad no presenta congruencia, hay contradicciones y oscuridad. La complementación y dilucidación del alcance y contenido de la legislación, considerada en su conjunto, brinda un gran campo de acción al juez en su aplicación, para lo que debe guiarse por los postulados consagrados en la Carta, el derecho constitucional y los Tratados Internacionales de derechos humanos, sin olvidar que se ha formalizado un Estado social y democrático de derecho cuyo fin esencial es garantizar la efectividad de los derechos humanos (art. 2º de la C.N.).

La Carta, que desarrolla valores, principios y normas internacionales de derechos humanos, impone al juez la obligación de velar por su protección, restablecerlos si fuere posible cuando han sido conculcados o atacados arbitrariamente por alguna de las ramas del poder público. El funcionario judicial "generalmente" aplica la ley sin tener en cuenta los valores, principios y normas rectoras consagradas en normatividad superior, y como los gobernantes y legisladores muchas veces deliberadamente olvidan seguirlos, se corre el riesgo de aplicar inconcientemente una ley que propicia la violación de los derechos humanos.

La aplicación de la norma exige que previamente se le interprete; por esto quien controla la interpretación controlará la efectividad de los preceptos jurídicos. Las formas de interpretación tienen como destinatario principal al poder judicial.

Como puntos de referencia en la interpretación se parte de las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, porque a través del consenso se ha reconocido internacionalmente que el fundamento y fin del derecho es el hombre y el Estado ha surgido para propiciar el desarrollo de la personalidad humana, proteger los derechos inalienables del individuo, y brindar los medios que permitan su cabal ejercicio. Se habla de la Carta Política porque desarrolla constitucionalmente dichos convenios. Tanto una normatividad como la otra contienen valores, principios y derechos que guían al funcionario judicial en la aplicación de la norma. El intérprete no es libre de acudir a cualquier fuente axiológica para atemperar el alcance

puramente lógico de la normatividad, sino que debe hacerlo con valores tomados de fuentes jurídicas como las mencionadas (arts. 93 y 94 de la C.N.).

El contenido de la ley no está sujeto al capricho del legislador. Este la debe crear teniendo en cuenta las características de la colectividad a la que está dirigida, los valores o fines y principios consagrados en normatividad superior. La historia enseña que quien detenta el poder tiende a abusar de él, entonces la propia Constitución establece mecanismos que permiten corregir los excesos de los funcionarios estatales.

De conformidad con los artículos 4, 86, 237 y 241 de la C.N. corresponde al poder judicial la salvaguarda de la Constitución y por lo tanto, garantizar la efectividad de los derechos humanos frente a los abusos que pueda cometer el propio Estado contra el gobernado.

A la Corte Constitucional le compete decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las normas que tengan fuerza de ley, y a los restantes funcionarios y empleados públicos, incluyendo los judiciales, les corresponde ejercer la denominada "excepción de inconstitucionalidad" que dice: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

Fácil resulta el uso del art. 4 de la Carta cuando la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una ley. Pero, ¿qué sucede cuando la declara exequible con efectos *erga omnes*, mediante decisión definitiva?

El 6 de mayo de 1971, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la decisión tenía carácter definitivo más absoluto, en cuanto la norma acusada se ajustaba a las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al gobierno; no obstante, podía ser atacada nuevamente por vicios diferentes al examinado. Posibilidad que en la actualidad se puede presentar, según el Decreto 2067 de 1991 que regula los juicios de inconstitucionalidad, porque excepcionalmente permite que la Corte Constitucional examine las normas acusadas a la luz de sólo algunos preceptos constitucionales.

Normas declaradas exequibles vienen a resultar inconstitucionales como consecuencia de la reforma constitucional sobreviniente. A veces se declara inexequible una norma y no se aplica inadvertidamente el criterio de la proposición jurídica completa, originando que normas directa o indirectamente conexas y complementarias inconstitucionales queden vigentes. Hay normas parcialmente constitucionales que permanecen en el ordenamiento con aplicación restringida o con la obligación de que rijan en determinadas circunstancias. De tal manera que al aplicar la ley se deben tener en cuenta las razones aducidas por la Corte al declarar la exequibilidad para saber qué aspectos fueron considerados y cuáles no o en qué sentido, o qué casos están sometidos a ellas. "Extender más allá sus

alcances puede conducir a crear una constitucionalidad presuntiva que carece de fundamento por lo cual ese exámen parcial viene a sanear vicios no advertidos o que no fueron patentes para el juez de constitucionalidad, so pretexto de seguridad jurídica" (Control de Constitucionalidad. Luis Carlos Sáchica).

El decreto 2067 de 1991, exige que la Corte Constitucional haga una confrontación de las normas acusadas con todos los preceptos de la Carta y con base en tal examen declare su exequibilidad o su inconstitucionalidad. Ese examen es casi imposible y no siempre pertinente. Con el régimen anterior, la Corte Suprema de Justicia en obediencia a aquella disposición al fallar en sentido positivo declaraba que la forma demandada era constitucional no sólo frente a los preceptos que el demandante señaló como infringidos, sino a todos los de la carta. Lo mismo hacía en los casos de control automático.

> La conclusión sería la de que no basta con la verificación mecánica de que se juzgó una norma con respecto a su validez constitucional para que se rechace de plano todo exámen sobre ella; a tal decisión debe preceder un estudio sobre si el nuevo planteamiento que se pretende incluye o no, aspectos o elementos nuevos que pueden conducir a una decisión más actual, más eficaz y más justa (Luis Carlos Sáchica, *Ob.Cit.*).

Si lo anterior procede con relación a un fallo definitivo de la Corte Constitucional que puede volver a revisar el asunto, por la misma razón el juez tiene la facultad de hacer esa valoración en el momento de resolver un caso concreto y abstenerse de aplicar la norma cuando sea incompatible con la Carta o los convenios internacionales sobre derechos humanos, y dar así cumplimiento al artículo 4. O sea, la decisión definitiva de la Corte declarando constitucional una norma, no impide el "control de aplicabilidad".

Es más, el artículo 241 de la C.N. consagra la acción de constitucionalidad (no ejercida motu propio por la Corte Constitucional sino mediante acción ciudadana) y el artículo 4, la llamada "excepción de inconstitucionalidad", la cual se caracteriza porque el juez no declara que la norma sea inconstitucional sino que la coteja con la Carta y al ser incompatible se abstiene de aplicarla en el asunto específico, continuando la norma dentro del ordenamiento jurídico.

Con relación al control constitucional definitivo dice Aníbal Quiroga León que "en ningún caso puede anularse una ley cuando no es evidente su anticonstitucionalidad y solo existen dudas a este respecto, por graves que puedan ser".

Es decir, una norma legal puede ser declarada exequible porque no viola frontalmente la Carta. "La eficiencia de las normas constitucionales no está

claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos" (Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, sentencia del 16 de junio de 1992).

En el hipotético evento de que fuera declarado exequible el artículo 395 del C.P.P. que prohibe salir del país a la persona a la cual se le ha dictado auto de detención con excarcelación, pues la ley puede limitar o restringir la libertad de locomoción en ciertos eventos como éste, y si impusiere esa medida a un aviador internacional que en consecuencia, no puede realizar vuelos al extranjero, se le estarían violando varios derechos humanos.

El artículo 23 de la Carta expresa que

> "todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a transitar libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él y a permanecer y residir en Colombia y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio".

Al piloto se le estaría conculcando el derecho a la circulación que la Corte Constitucional ha reconocido como fundamental y la libertad de trabajo que tiene de seleccionar cualquier actividad lícita que le asegure su sustento y el de su familia y el de escoger el lugar en donde quiera laborar.

Analizado el precepto legal en abstracto puede considerarse que no contradice la Constitución, pero frente al hecho concreto se aprecia que de aplicar la ley se violan derechos humanos reconocidos constitucionalmente. Situación distinta sería la de imponer tal restricción a un trabajador que no tiene que desplazarse a laborar a otro país.

Una decisión definitiva de la Corte Constitucional declarando exequible una norma no impide el control constitucional consagrado en el artículo 4 de la Carta porque los dos mecanismos no se excluyen, sino que se complementan. La acción de inconstitucionalidad o el control automático tiende a eliminar las evidentes violaciones de la Carta, mientras que el ejercicio posterior de la denominada "excepción de inconstitucionalidad" busca impedir actos en leyes que disimulan ataques a la Constitución. Aquellos controles son abstractos y producen efectos generales; en cambio, el otro es específico, tiene en cuenta las características de la realidad, produce efectos únicamente para el caso concreto y no saca la norma legal del ordenamiento jurídico.

La interpretación constitucional, con las remisiones que ella hace a los tratados internacionales de derechos humanos es de forzoso seguimiento de conformidad con el artículo 4 de la Carta, no sólo cuando se va a inaplicar una ley, como pudiera creerse apriorísticamente, sino que también debe orientar la aplicación de las normas respetuosas de la Constitución a un

asunto determinado y así hacer efectivos los valores, principios y derechos humanos que inspiraron la creación del Estado social de derecho.

El no seguimiento de esas pautas puede originar que inadvertidamente el funcionario judicial dé aplicación a un precepto legal en sentido contrario a los fines perseguidos en la Constitución, y termine por descuidar la efectividad de los derechos humanos.

Fuera de la correcta aplicación de las garantías judiciales, el juez o fiscal actúan cuando el derecho humano ha sido violado. En el contexto nacional no basta con el papel que debe desempeñar el funcionario judicial frente a los derechos humanos para que sean respetados, sino que es indispensable impulsar mecanismos preventivos en todas las esferas.

Tampoco es suficiente con la creación y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo porque queda latente la no solución de gran parte del problema, pues al Gobierno corresponde prioritariamente brindar las condiciones materiales para que los súbditos puedan gozar de los derechos fundamentales.

Por último, el sistema penal constituye una variante de control social, al cual recurre el legislador permanente u ocasional, con frecuencia inusitada para reprimir aquellas conductas que alteran el orden público. La solución del problema no se da con mayor represión, está demostrado que el aumento punitivo no disminuye el delito. Entre las causas de la violencia en Colombia se encuentra la insatisfacción de las necesidades básicas del individuo, y el Estado se ha formado para colmarlas. El gobierno en lugar de trazar y materializar planes de desarrollo económico y social que permitan satisfacerlas, de ir al fondo del conflicto, pretende solucionarlo acudiendo a normas de excepción, consagrando como punibles conductas que a su criterio atentan contra el "orden social". Pero no basta la ley, así sea penal, para dar por terminado el problema, porque éste sigue en el seno de la colectividad, mientras no se ponga fin a la causa en lugar de reprimir el efecto.

ALGUNAS CONCLUSIONES

1. El artículo 4 de la Carta permite efectuar un control de aplicabilidad de las leyes con relación a los preceptos constitucionales y los derechos humanos reconocidos internacionalmente, lo que implica una interpretación Constitucional de toda norma compatible o no con la Carta y obliga al intérprete a penetrar en los valores, principios y derechos constitucionales para lograr su efectividad material.

2. La interpretación normativa exige conocer las características de la realidad a la que se pretende aplicar la ley y tener en cuenta que constitu-

cionalmente se ha formalizado un Estado social de derecho con el fin de lograr la efectividad de los derechos humanos.

3. El contenido de la ley no puede ser llenado caprichosamente por el legislador. La legitimidad del precepto legal está dado en un contenido respetuoso del derecho constitucional, las declaraciones y convenios internacionales sobre derechos humanos y los principios universales del derecho. En estas mismas fuentes debe inspirarse el juez al interpretar la ley, ya que no lo debe hacer a su antojo.

4. Un fallo constitucional tiene carácter definitivo, pero no absoluto porque puede ser examinado nuevamente sobre vicios diferentes por el que fue atacada la norma.

5. Una decisión de la Corte Constitucional sobre exequibilidad de una norma no impide el control constitucional consagrado en el artículo 4 de la Carta porque los dos mecanismos no se excluyen, sino que se complementan. La acción de inconstitucionalidad y el control automático tienen a terminar con los ataques frontales a la Carta, mientras que la denominada "excepción de inconstitucionalidad" busca impedir actos basados en leyes que disimulan violaciones a la Constitución.

6. En un Estado social de derecho el funcionario judicial tiene como fin esencial hacer efectivos los derechos humanos.

7. Al Estado social de derecho le corresponde no solo velar por el respeto a los derechos humanos sino que además debe brindar las condiciones materiales que permitan su ejercicio.

LA ACCION DE TUTELA CONTRA LAS DECISIONES JUDICIALES

Danilo Rojas Betancourth[*]

INTRODUCCION

La institucionalización de los denominados derechos fundamentales en las constituciones de los Estados de derecho contemporáneos, es una constante que hace pensar en la razón de su normatización a partir de dos hipótesis fundamentales: se trata de una victoria de la libertad contra el totalitarismo, o simplemente es un mecanismo de legitimación del poder, para quien poco interesa la inclusión normativa de todos los derechos posibles, pues de antemano se sabe de la usual burla que opera en cada caso particular de violación de derechos fundamentales, haciendo letra muerta cualquier normatización, con toda su mentira igualitaria, participativa y democrática.

Conocida de antemano la anterior frustración, los constituyentes de 1991 dejaron establecidos a nivel constitucional una serie de mecanismos de protección y aplicación de los derechos fundamentales, sin perjuicio de los demás medios idóneos al efecto, cuya regulación le fue asignada al legislador (art. 89 C.N.). Así, entonces, existe la posibilidad de hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución a través de la acción de cumplimiento (art. 87 ib.), de las acciones populares (art. 88) -que ya existían a nivel legal: art. 1005 del C.Civil- y la aplicación inmediata de ciertos derechos (art. 85 C.N.).

Pero ha sido la acción de tutela (art. 86) la verdadera piedra de escándalo de todos los mecanismos diseñados por el constituyente colombiano de

---

* Grupo de Estudio y Reflexión Socio-jurídica de Colombia.

1991, debido entre otras razones al cambio de mentalidad que ha producido en el común de los ciudadanos, quienes han visto acercarse el derecho a través del mecanismo de tutela, lo que ha producido cierto escozor en la intelectualidad jurídica del país que en muchas ocasiones no concibe las herramientas jurídicas más que como un sino de ciertos privilegiados.

Serían muchísimos los aspectos por abordar en un tema tan apasionante, que por novedoso en Colombia ha sido materia de vilipendios, pero también de halagos, bienvenidas y hasta buenas intenciones. La misma novedad del fenómeno ha hecho dar palos de ciego tanto a legisladores como a intérpretes, especialmente a los jueces encargados de aplicar la tutela. A pesar de ello, la labor crítica que a todos nos corresponde hacer, debe tener como función principalísima recoger lo bueno y lo menos bueno que pueda tener -porque hay que descartar que un mecanismo de protección de derechos humanos sea malo-, a fin de hacer cada vez más eficaz y útil nuestra acción de tutela. Al efecto debe atenderse la experiencia de aquellos países que vienen de tiempo atrás aplicando una figura que tiene los mismos objetivos, como es la acción de amparo o derecho de amparo, o recurso de amparo, o amparo judicial, o simplemente amparo; y en todo caso, ventilar con mayor permanencia, foros de la índole del que hoy tenemos el gusto de participar, pues es tarea de todos divulgar la Constitución y lo que mejor tiene: los mecanismos de protección de derechos humanos.

Muy a pesar nuestro, para la presente ocasión hemos de dejar de lado temas realmente importantes de la tutela, por lo controversiales, como son: a) la jurisdicción de tutela, que como casi todo en derecho, lleva inmersa dos hipótesis: aquella según la cual deben respetarse las jurisdicciones existentes, lo que implica que de la connotación que se dé al hecho que genera la tutela, vale decir, civil, penal, laboral, administrativo, etc., dependerá el juez que conozca de la misma; y la que se inclina por considerar la existencia de una jurisdicción constitucional especial -jurisdicción de la libertad- en cabeza de todos los jueces; b) la legitimación para actuar, discusión generada por falta de técnica legislativa, que ha llevado a sostener que cuando se demande la tutela de un derecho, por interpuesta persona, ésta debe ser, necesariamente, abogado, por virtud de lo dispuesto en el artículo 229 de la actual Constitución colombiana, que impone como regla general para acceder al servicio público de administración de justicia, hacerlo con abogado; c) las limitaciones de la tutela, que van desde las expresamente consagradas en el decreto que la desarrolló (artículo 6 decreto legislativo 2591 de 1991), hasta las inferencias que ha hecho la jurisprudencia colombiana, relacionadas con la falta de desarrollo legal de algunas normas constitucionales de derechos humanos, pasando por la interpretación exegética del artículo 85 de la Constitución que

consagró la aplicación inmediata de ciertos derechos fundamentales; d) los titulares de derechos humanos y, en consecuencia, los titulares de la acción de tutela, materia respecto de la cual se cuestiona que las personas jurídicas estén legitimadas para el efecto.

Estos y algunos otros temas no menos importantes, ha querido el Grupo de Estudio dejarlos de lado -muy a su pesar y merced al breve tiempo que se tiene para disertar en el presente seminario internacional-, para abrirle paso al verdadero lanzallamas en que se ha constituido la implantación legislativa de la acción de tutela contra providencias judiciales. Ha sido este punto, después del de la extradición, uno de los temas que nacionalmente mayor atención ha merecido, no solo en los círculos de alta juridicidad, sino también en la comunidad en general; el que generó un cordial enfrentamiento entre los supremos organismos de la Rama Judicial y la Comisión Especial Legislativa o Congresito que inició el desarrollo legal de la acción de tutela, y por esa vía con el gobierno nacional; y, lo que es peor, el que desató una verdadera guerra jurídica al interior de la Rama Judicial, entre algunos de los máximos organismos que en Colombia administran justicia: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

A recoger buena parte de la discusión -sino toda-, y por supuesto, a formular nuestra propia hipótesis interpretativa del fenómeno, así como a presentar alternativas de solución, está orientado el presente ensayo, no sin antes agradecer a la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombia la gentil invitación que se nos extendiera.

En la presentación resulta imprescindible la mención del tratamiento dado al tema específico en algunos países del continente, así sea breve, en especial de aquellos que han tenido mayor tradición en materia de tutela, como México. Lo anterior resultaría incompleto sin una mención de los instrumentos internacionales de derechos humanos que de alguna forma propenden por la implantación de mecanismos de protección de derechos de las personas en todos los países. De lo sucedido en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, destacaremos la parte pertinente que ha servido de apoyo en algunas decisiones judiciales, para inaplicar la norma legal que permite accionar en tutela contra decisiones judiciales, con el objeto de ensayar una interpretación distinta. Las incidencias y el análisis en concreto del artículo 40 y sus concordantes del decreto legislativo 2591 de 1991, nos llevará a la reformulación de la norma, a fin de evitar las profundas disimilitudes en la interpretación jurisprudencial por parte de los jueces de tutela. Finalmente, y es quizá la parte más importante, se hará un cuidadoso análisis de todas las líneas jurisprudenciales que hasta el momento han orientado la discusión en torno a la aplicación o inaplicación del indicado artículo 40. Dicho análisis nos habrá de llevar a tocar temas como el de la excepción de inconstitucionalidad, la cosa juzgada, la jerarquía de los

principales órganos judiciales que administran justicia, los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional en materia de tutela, entre otros.

LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES EN EL AMBITO CONTINENTAL

Si en Colombia el instrumento de tutela, y particularmente la tutela contra decisiones judiciales, reviste el cariz de protofenómeno, no ocurre lo mismo en países distintos al nuestro, en donde viene siendo aplicado y en donde a pesar de sus particularidades en esencia es lo mismo.

Su idea general radica en la consideración según la cual la abierta vulneración de un derecho fundamental debe tener remedio jurídico, considerando a la persona humana como lo preeminente.

Veamos, en líneas generales, lo que nos muestra la doctrina y la legislación internacional en este sentido[1].

La concepción moderna de lo que conocemos como acción, recurso o derecho de amparo, o amparo de tutela[2], contra decisiones judiciales, puede

---

[1] La reseña estará limitada a la mención de los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sirven de guía en este punto los siguientes textos: Las Constituciones de nueve países americanos, siete europeos y la República Popular China, *Anales del Congreso*, Edición Especial, Nos. 170 y 171, Bogotá, febrero de 1991. JUAN MANUEL CHARRY, *La acción de tutela*, Bogotá, Temis, 1992. PEDRO PABLO CAMARGO, *La acción de tutela, texto y comentarios*, Segunda Edición, Bogotá, Jurídicas Radar Ediciones, 1992. JORGE ARENAS SALAZAR, *La tutela, una acción humanitaria*, Bogotá, Librería doctrina y Ley, 1992. GRUPO DE ESTUDIO CARLOS VALENCIA GARCIA, *Concordancias y discordancias, derecho internacional, derecho colombiano y derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, Bogotá, 1991. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Ed. Porrúa, 1988. SAMUEL ABAD Y., *Selección de Jurisprudencia Constitucional: hábeas corpus y amparo*, Comisión andina de Juristas, Perú, 1990. OSWALDO SEPULVEDA Q., "Introducción al análisis de la acción de tutela", en *Juris Documenta*, Bogotá, 1992. ALEJANDRO VALENCIA VILLA Y MANUEL BARRETO SOLER, "La tutela: o la lucha por los derechos" , en *Revista Foro* Nº 17, Bogotá, abril 1992. *Ley de Amparo uruguaya* , en *Boletín Comisión Andina de Juristas, Nº 26*, septiembre de 1990. "Comentarios sobre la acción de amparo en el derecho uruguayo" , en *Boletín Comisión Andina de Juristas Nº 27*, diciembre de 1990. "El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1990.

[2] Merece la pena mencionar dos escritos del venezolano ALLAN R. BREWER-CARIAS en donde destaca la denominación del amparo como un derecho, más que como una acción. Son ellos "El derecho de amparo y la acción de amparo", en *Estado de Derecho* y *Control Judicial*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987; y la "Introducción General al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales", en *Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales*. Colección Textos Legislativos Nº 5, Ed. jurídica venezolana, Caracas, 1988.

concebirse como originaria de México[3], a partir del proyecto de la Constitución yucateca de 1840, en un proceso en el cual merece destacarse el aval dado por la Suprema Corte Mexicana en el siglo pasado, a través de un procedimiento inverso al ocurrido recientemente en Colombia: aplicó -así fuere implícitamente- la excepción de inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley de Amparo del 20 de enero de 1869, que prohibió expresamente la procedencia del juicio de amparo contra resoluciones judiciales. La Constitución Federal de México actualmente vigente, permite el amparo contra sentencias judiciales[4].

A partir de entonces, y en el contexto de esta brevísima reseña, en los textos constitucionales se encuentran dos líneas perfectamente distinguibles en la normatización de la tutela contra decisiones judiciales: una que hace expresa mención de la procedencia de la tutela contra tales pronunciamientos, y otra que incluye un concepto orgánico más amplio -autoridad-, lo cual permite interpretaciones varias[5]. Para el primer caso, además de México, el país que permite de manera clara la tutela contra sentencias, es Chile, cuando en el artículo 20 de su Constitución señala:

> El que por causa de actos y omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo...3 inciso 4 (toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado)...

Pero también podemos incluir en este grupo a Guatemala, por la forma en que aparece redactado el artículo 265 de su Constitución: "...No hay ámbito que no sea susceptible de amparo". En los demás casos, aparece una redacción más genérica, como en el caso colombiano, dando lugar a interpretaciones dispares. Así, no se indica expresamente la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, sino que se utilizan acepciones como "actos u omisiones de funcionarios" (Bolivia); "resolución, acto o hecho de autoridad" (Honduras); "disposición, acto, acción u omisión de funcionario, autoridad o agente" (Nicaragua); "orden de hacer o no hacer de servidor

---

[3] Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1857. Se insiste en que se trata del entendimiento contemporáneo de tutela, para dejar a salvo la opinión según la cual la tutela "aparece ya en las constituciones de Cundinamarca (artículo 9) y de Tunja (artículo 28) de 1811. Por tanto la legislación colombiana antecede a las que se citan como precursoras de la tutela en el ámbito latinoamericano, las Constituciones de México y Nicaragua de 1824". VALENCIA VILLA Y BARRETO SOLER, op. cit. pág. 25.

[4] CHARRY, J.M. *op.cit*, pp. 10 y 11, SEPULVEDA, O., *op. cit*, pp. 76.

[5] Esta forma de presentación servirá igualmente de antecedente para la reseña del punto en Colombia, en donde, como se verá, se siguieron criterios semejantes.

público" (Panamá); "acto u omisión de autoridad" (Paraguay); "acción u omisión por cualquier autoridad o funcionario" (Perú); o, sencillamente, no mencionan autoridad alguna (Venezuela).

De otra parte, la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos, al instituir el amparo de los derechos fundamentales, no precisan el origen del acto, salvo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que habla de "actos de autoridad" (art. XVIII); así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2-3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), encarecen la protección debida, sin detenerse en quién o qué autoridad produjo el acto violatorio del derecho.

LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES EN COLOMBIA

Itinerario en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991

Por razones de espacio solamente destacaremos el articulado propuesto por distintos sectores y las principales razones que llevaron a suprimir o incluir lo pertinente de la tutela contra los pronunciamientos judiciales.

Como se advirtió anteriormente, en buena parte se siguió el modelo de redacción consagrado en otros países, haciendo unos expresa mención de la imposibilidad de incluir la tutela contra sentencias que incluyenon un concepto amplio de organismo como centro de imputación del derecho objeto de tutela, o que no hicieron mención a autoridad alguna.

Así tenemos al constituyente y ex-presidente de la república Misael Pastrana Borrero, quien solicitó la exclusión de la tutela contra decisiones judiciales al presentar como propuesta el amparo contra "actos u omisiones de las autoridades administrativas". El M-19, el Centro de Estudios Colombianos, y los constituyentes Horacio Serpa Uribe e Iván Marulanda, optaron por no hacer mención de autoridad alguna, enfatizando en cambio la protección misma sin importar el orígen del acto lesivo. Quirama y el constituyente Juan Gómez Martínez se inclinaron por la tutela contra el "acto de autoridad", al paso que Alfredo Vázquez Carrizosa, -constituyente- precisó la tutela para "actos de cualquier autoridad de la República".

El gobierno nacional en su propuesta del derecho de amparo habló de "actos, hechos u omisiones de cualquier autoridad pública", al igual que lo hicieron los constituyentes Antonio Galán Sarmiento, Eduardo Espinosa Facio-Lince y Juan Carlos Esguerra Portocarrero; solo que éste último, a continuación sugirió la prohibición de la tutela en relación con situaciones "sobre las cuales se haya producido una decisión con autoridad de cosa juzgada".

En desarrollo de la discusión, la Comisión Primera adoptó casi en su totalidad la propuesta del constituyente Esguerra Portocarrero, incluida la prohibición indicada. Ya en el primer debate en pleno de la Constituyente, se suprimió el inciso que contenía la indicada prohibición de la tutela contra una "decisión con autoridad de cosa juzgada", teniendo para ello como argumento central, el que tal prohibición hace parte de la naturaleza de la institución; el cual, por lo demás, sirvió en buena medida de sustento a la Corte Suprema de Justicia para inaplicar el artículo 40 del D. 2591/91 y a algunos salvamentos de voto en la Corte Constitucional para oponerse a la tutela contra decisiones judiciales. Dice así la parte pertinente del informe para el primer debate:

> Con el criterio de simplificar el artículo en la Comisión se suprimieron ciertos aspectos. Unos como la referencia a los derechos colectivos, porque serán protegidos de manera especial mediante la consagración de las acciones populares. Otros, porque se considera que hacen parte de la naturaleza y no requieren enunciarse expresamente; tal es el caso de la acción frente a situaciones consumadas o frente a las cuales se haya producido sentencia con fuerza de cosa juzgada.
> En estos últimos casos es evidente que ya no cabe la protección inmediata de los derechos, bien sea porque lo procedente es intentar una acción ordinaria de reparación, o porque ya hay una decisión definitiva de autoridad sobre la materia objeto de controversia, y la acción de tutela no tiene -como en ocasiones sí ocurre con el llamado recurso de amparo- el carácter de una instancia adicional para la controversia de unos derechos que ya han sido definidos judicialmente. Por esta razón, consideramos conveniente insistir en que éste inciso se suprimió simplemente para simplificar el artículo, pero su precepto es parte consustancial de la figura que se propone y se mantiene implícitamente en la norma tal como se aprobó en la Comisión.

Con tal supresión fue aprobado por la Comisión Codificadora y posteriormente incluido como texto definitivo

Itinerario en la Comisión Especial Legislativa

La verdadera discusión se realizó en el llamado Congresito, que al momento de desarrollar el texto constitucional sobre la tutela, y particularmente en punto de tal medida contra decisiones judiciales, sintió la presión de los altos estamentos jurídicos del país, encabezados por las jerarcas visibles de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa. El país conoce con suficiencia las posiciones de la Corte Suprema de Justicia

y el Consejo de Estado, esgrimidas en su oportunidad en el recinto de la Comisión Especial Legislativa, abogando por la no inclusión de la tutela contra decisiones judiciales y sobre cuyos argumentos no nos detendremos ahora, sin perjuicio de hacerlo en el análisis que adelante se realizará respecto de los fallos de tutela tanto de la Corte Suprema como del Consejo de Estado.

Los temas de discusión alrededor de los cuales giró la controversia fueron la cosa juzgada, la seguridad jurídica, el principio de jerarquía de la Rama Judicial, y el concepto de autoridad pública. Bástenos por ahora decir que, finalmente, triunfó la propuesta del gobierno sobre tutela contra sentencias y demás providencias judiciales que se le asemejen, con algunas modificaciones hechas en el seno del Congresito.

Consagración normativa de la tutela contra decisiones judiciales

El texto final de la norma a la cual nos venimos refiriendo quedó así:

> Artículo 40. Competencia especial. Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente. Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.
> Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación.
> Parágrafo primero: La acción de tutela contra tales providencias judiciales solo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutiva, se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente.
> Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de medios de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También podrá hacerlo quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los sesenta días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.

> La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.
> Parágrafo segundo: El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte de apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para estos efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.
> Parágrafo tercero: La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de la sentencia o de la providencia que puso fin al proceso.
> Parágrafo cuarto: No procederá la tutela contra fallos de tutela. (Decreto 2591 de 1991).

Previamente, el mismo decreto advirtió la caducidad de la acción de tutela, respecto de las decisiones judiciales:

> Artículo 11. Caducidad: La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente.

Desentrañar el contenido sustantivo y procesal de la anterior normatividad haría un tanto monótono y hasta repetitiva la disertación, si se tiene en cuenta que los aspectos principales de los mismos artículos, son tratados por la jurisprudencia nacional y será allí en donde se hagan los comentarios pertinentes.

La tutela contra decisiones judiciales en la jurisprudencia nacional

Puesto en marcha el desarrollo legal del texto constitucional sobre acción de tutela, la impugnación por ésta vía de las decisiones judiciales, en los términos y con las limitaciones establecidas en el transcrito artículo 40, no se hizo esperar; como tampoco dieron espera los primeros pronunciamientos de las alta corporaciones judiciales, aplicando la excepción de inconstitucionalidad de la norma en mención.

A continuación se hace una síntesis de las razones dadas por los dos máximos órganos de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, para luego hacer un análisis global frente a los lineamientos hasta ahora dados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Puede resumirse el pensamiento del Consejo de Estado, así[6]:

1. La simple existencia de un proceso concluido mediante providencia en firme, indica que el afectado con ella tuvo a su disposición un medio judicial de defensa de su derecho y que lo ejercitó efectivamente bien como demandante o como impugnante hasta agotarlo.

2. Su procedibilidad resultaría violatoria de principios generales del derecho y de normas constitucionales como los de la cosa juzgada y la autonomía de los jueces.

3. La aplicación del artículo 40 del D. 2591/91 implicaría emitir órdenes a los jueces para que realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas, cosa que no es posible hacer puesto que el juez es autónomo e independiente en sus decisiones y solo está sometido a la ley para la adopción de las mismas.

4. La acción de tutela no está instituida en la Carta contra las sentencias judiciales ejecutoriadas, pues en parte alguna de la norma que la consagra se hace mención de su procedencia contra éstas.

---

[6] Tomado de los siguientes pronunciamientos de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado colombiano: auto de enero 29 de 1992, exp. Ac-009, actor: Jesús María Moreno Rodríguez, Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas. Auto de enero 31 de 1992, exp. Ac-016, actora: Aydee Marín de Guacca, Ponente Dr. Guillermo Chahin Lizcano. Auto de enero 31 de 1992, exp. Ac-010, actor: Abelardo Almonacid Pulido, Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta. Auto de febrero 3 de 1992, exp. Ac-015, actora: Adriana Alejandrina Sepúlveda de Ortiz, Ponente Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía. Auto de febrero 4 de 1992, exp. Ac-013, actor: Municipio de Condoto (Chocó), Ponente Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker. Auto de febrero 13 de 1992, exp. Ac-032, actora: Graciela Baquero Contreras, Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández. Auto de febrero 20 de 1992, exp. Ac-048, actor: Fernando Góngora Arciniegas, Ponente Dr. Miguel González Rodríguez.

Es necesario advertir que previamente el Consejo de Estado en decisión de la plenaria y con Ponencia del Consejero Dr. Humberto Mora Osejo, sentó su posición en lo que denominó "Observaciones del Consejo de Estado sobre la acción de tutela", de cuyo texto resaltamos lo pertinente: "Las decisiones judiciales sólo pueden ser objeto de los recursos de la misma naturaleza prescritos por la ley. Las sentencias ejecutoriadas hacen tránsito a cosa juzgada, reconocida por la Constitución al instituir los diferentes organismos judiciales (art. 116), y, por lo mismo, no son objeto de acción de tutela... la Constitución, al instituir el juzgamiento jurisdiccional y disponer que la acción de tutela procede ante los jueces, *a fortiori* excluyó de ésta las providencias judiciales. En consecuencia, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que contemplan la posibilidad de promover acción de tutela contra decisiones judiciales contradicen la Constitución". Y a continuación se hizo la siguiente exhortación: "La revisión del Decreto 2591 de 1991 -especialmente de los artículos 2, 6, 8, 11, 12, 25, 31, 33, 35 y 40- debe tener por objeto, con el firme propósito de acertar, remediar los vicios de inconstitucionalidad que ostenta, como se ha indicado; particularmente en cuanto prescribe la posibilidad de promover acción de tutela contra actos, hechos y omisiones, que pueden controvertirse judicialmente, y contra decisiones jurisdiccionales".

5. Ninguna de las Secciones del Consejo de Estado, es superior jerárquico de otra o de otras, por lo que no le es dado a ninguna de ellas, imponer a otra u otras el cumplimiento de una decisión.

6. La acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que pongan término a un proceso, contradijo el artículo 86 de la Constitución, pues convierte lo que en esencia se instituyó como un mecanismo subsidiario y residual en un instrumento adicional y subsiguiente a las acciones ordinarias.

Las anteriores precisiones se dieron para inaplicar el artículo 40 del D. 2591/91, en la parte relacionada con la tutela contra sentencias. Hasta ahora solo un caso ha presentado la posibilidad de estudio de la misma norma, en cuanto se refiere a "providencias que pongan fin a un proceso", distintas de una sentencia[7]. Allí se indicó que la acción de tutela no procede contra todas las actuaciones del juez, sino contra las que efectivamente pongan término a un proceso. Así, no procede la tutela contra la decisión que negó la concesión del recurso de apelación, en cuanto el *a quo* no accedió a decretar la suspensión provisional, pues de una parte no puede considerarse que esa circunstancia pueda causar un perjuicio irremediable -el perjuicio solo se evidenciaría en caso de una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada-, y de otra, la sola negativa a conceder un recurso de apelación no quebranta la estructura constitucional del debido proceso[8].

Los salvamentos y aclaraciones de voto, muestran el disenso respecto de la imposibilidad de presentar la acción de tutela contra sentencias, con una primera aproximación según la cual "puede pensarse que frente a errores judiciales flagrantes, en especial en materia penal, sea posible pero solo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"[9].

Posteriormente, y con ocasión del rechazo de la ponencia que presentara el Consejero Betancur Jaramillo a Sala Plena Contenciosa, amplió el anterior criterio en lo que fue su salvamento de voto. En síntesis su pensamiento es el siguiente:

> Podrá instaurarse la acción de tutela contra las sentencias ejecutoriadas pero no para anularlas o revisarlas, sino como mecanismo transitorio para

---

[7] Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de febrero 4 de 1992, exp. Ac-020, actor: Prudencio Tolosa Suárez, Ponente Dr. Diego Younes Moreno.

[8] Cfr. sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que accedió a la tutela por no haberse concedido el recurso extraordinario de casación en un caso concreto.

[9] Aclaración de voto de los Dres. Carlos Betancur Jaramillo y Juan de Dios Montes Hernández, al auto de enero 29/92 cit., exp. Ac-009.

> evitar un perjuicio irremediable. La viabilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a las sentencias judiciales será de excepcionalísima ocurrencia, en especial frente a los errores judiciales flagrantes en materia penal o disciplinaria y eso para evitar un perjuicio irreparable, haciendo cesar transitoriamente sus efectos hacia el futuro mientras se surta el recurso de revisión si se está cumpliendo o evitando su ejecución si ésta no se ha iniciado. Es una medida meramente cautelar[10].

Otros argumentos en pro de la tutela contra sentencias son los siguientes:

1. El instrumento excepcional consagrado en la nueva Carta como una garantía de los derechos fundamentales no tiene por qué excluir las providencias judiciales de la posibilidad de la acción de tutela, tanto por la evidencia de que los jueces también pueden atentar o vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como por la circunstancia de que la misma Constitución prevé expresamente esa posibilidad respecto de "cualquier autoridad pública". Situación diferente es que la posibilidad de ejercer la acción de tutela frente a sentencias y providencias judiciales resulte totalmente excepcional en virtud de que tanto la norma constitucional como su desarrollo legal hayan limitado su ejercicio por diversas circunstancias[11].

2. Se ha dicho que con la tutela se desconoce el principio de la cosa juzgada, consagrado implícitamente en alguna disposición de la nueva Carta Política, lo que es inaceptable ante la reglamentación legal de la tutela (art. 40, parágrafo 1o., inc. 4 del M. 2591/91), a lo cual cabe agregar que existen recursos o medios de impugnación judicial que van dirigidos precisamente a quitarle dicho carácter a la decisión judicial ejecutoriada. Lo cierto es que en no pocas de las sentencias que dictamos los jueces, se incurre en protuberante error judicial difícil o imposible de corregir por la inexistencia de recurso o la limitante de las causales que fundamentan su interposición[12].

La Corte Suprema de Justicia igualmente aplicó la excepción de inconstitucionalidad al artículo 40 del D. 2591/91, argumentando, fundamentalmente, la imposibilidad de conocer una Sala las decisiones de otra

---

[10] Salvamento de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo al auto de enero 31 de 1992, exp. Ac-016, supra.

[11] Aclaración de voto del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez al auto de enero 31/92, exp. Ac-016, supra.

[12] Aclaración de voto del Dr. Miguel González Rodríguez al auto de enero 31/92, exp. Ac-016, supra.

de la misma Corporación[13], por virtud del principio de la especialidad e igualdad entre las Salas, y particularmente, el de jerarquía[14]. Adicionalmente, el conocido fallo insiste en la protección ordinaria que necesariamente se ha surtido en el proceso que culmina con la sentencia o providencia semejante, "sin que dicha decisión pueda ser objeto de tutela posterior, pues se trataría entonces de una garantía adicional y no subsidiaria, de una instancia adicional y no una actuación sumaria, de un medio de impugnación judicial definitivo y no una medida cautelar, todo lo cual resulta contrario a las anteriores características... Y lo anterior no podía ser de otra manera, porque en dicha preceptiva, conforme lo indican claramente sus antecedentes, guarda perfecta armonía con el principio universal, no escrito (pero respaldado no sólo con los principios universales del derecho, sino también con el artículo 94 de la C.N.), de la cosa juzgada en los fallos judiciales, unido a los principios constitucionales expresos de las instancias máximas en numero dos (artículo 31), el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia (artículo 95, numerales 6 y 7) y el sometimiento de los jueces sólo al imperio de la ley (art. 230 de la C.N.)".

La mayoría de los fallos posteriores de las distintas Salas de Casación de la Corte, respecto de la tutela contra decisiones judiciales, han reiterado las anteriores argumentaciones[15].

---

[13] Recuérdese que se pretendió la tutela contra un fallo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como contra la decisión del Tribunal *a quo* de donde provenía.

[14] Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de diciembre 9 de 1991, actor: Julián Peláez Cano y otro, Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta.

[15] Es en materia penal donde mayormente se ha hecho uso de la tutela contra decisiones judiciales. Al respecto pueden consultarse los siguientes pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana: sentencia de marzo 5 de 1992, exp. 075, Ponente Dr. Didimo Paez Velandia; sentencia de marzo 10 de 1992, exp. 066, Ponente Dr. Jorge Carreño Luengas; sentencia de marzo 10 de 1992, exp. 083, Ponente Dr. Didimo Paez Velandia; sentencia de marzo 10 de 1992, exp. 080, Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda; sentencia de marzo 11 de 1992, exp. 081, Ponente Dr. Ricardo Calvete Rangel; sentencia de marzo 11 de 1992, exp. 084, Ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz sentencia de marzo 11 de 1992, exp. 088, Ponente Dr. Jorge Enrique Valencia M.; sentencia de marzo 12 de 1992, exp. 103, Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda; sentencia de marzo 17 de 1992, exp. 094, Ponente Dr. Jorge Carreño Luengas; sentencia de marzo 17 de 1992, exp. 095, Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez; sentencia de marzo 18 de 1992, exp. 102, Ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz; sentencia de marzo 18 de 1992, exp. 104, Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez; sentencia de marzo 18 de 1992, exp. 099, Ponente Dr. Jorge Enrique Valencia M.; sentencia de marzo 17 de 1992, exp. 096, Ponente Dr. Didimo Paez Velandia; sentencia de marzo 17 de 1992, exp. 097, Ponente Dr. Edgar Saavedra Rojas; sentencia de marzo 18 de 1992, exp. 073, Ponente Dr. Ricardo Calvete Rangel; sentencia de marzo 19 de 1992, exp. 076, Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez; sentencia de marzo 19 de 1992, exp. 087, Ponente Dr. Juan Manuel

Con ocasión de la revisión de sentencias de tutela, la Corte Constitucional sentó su criterio en varias de sus Salas de Revisión, cuya síntesis es la siguiente[16]:

1. La sentencia que se produzca con violación o desconocimiento de los derechos fundamentales, tanto de orden sustantivo como procesal, por no incorporar el mínimo de justicia material exigido por el ordenamiento constitucional, no puede pretender hacer tránsito a cosa juzgada. Sólo la cosa juzgada que incorpore por lo menos ese mínimo de justicia puede aspirar a conservar su carácter.

2. La acción de tutela puede recaer sobre sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces, tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, cuando éstos a través de las mismas vulneren o amenacen por acción u omisión cualquier derecho constitucional fundamental. En este evento, la actuación del juez de conocimiento se circunscribe al examen y decisión de la materia constitucional con prescindencia de todo aquello que no tenga que ver con la vulneración o amenaza de vulneración del derecho constitucional fundamental. La acción de tutela no representa frente a los respectivos procesos judiciales, instancia ni recurso alguno.

3. La cosa juzgada, como límite de lo inimpugnable e inmutable, puede ser objeto de mudanza por la ley al adicionar o cercenar posibilidades de impugnación, en cuyo caso la cosa juzgada avanza o retrocede pero no se elimina en cuanto que siempre habrá un límite, y en realidad lo que le importa a la sociedad es que los litigios y causas tengan un fin y se pronuncie la última palabra. Si la ley puede producir el anotado desplazamiento de la cosa juzgada, lo que no equivale a su eliminación, con mayor

---

Torres Fresneda; sentencia de marzo 25 de 1992, exp. 110, Ponente Dr. Edgar Saavedra Rojas; sentencia de marzo 31 de 1992, exp. 120, Ponente Dr. Jorge Enrique Valencia M.; sentencia de abril 8 de 1992, exp. 108, Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez; sentencia de abril 9 de 1992, exp. 127, Ponente Dr. Edgar Saavedra Rojas; sentencia de abril 27 de 1992, exp. 121, Ponente Dr. Jorge Carreño Luengas; sentencia de mayo 6 de 1992, exp. 138, Ponente Dr. Jorge Enrique Valencia M.; sentencia de mayo 27 de 1992, exp. 144, Ponente Dr. Jorge Carreño Luengas.

[16] Cuatro han sido los fallos de la Corte Constitucional colombiana que, hasta ahora, han tenido ocasión de tratar el tema: Sentencia nº T-06 de 12 de mayo de 1992, Sala Segunda de Revisión, Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente T-221, actores: Julián Peláez Cano y Luis Arias Castaño. Sentencia Nº T-2223 de 2 de junio de 1992, Sala Séptima de Revisión, Ponente Dr. Ciro Angarita Barón, Expediente T-350, actor: Jorge Caro Copete. Sentencia Nº T-413, de 5 de junio de 1992, Sala Primera de Revisión, Ponente Dr. Ciro Angarita Barón, Expedientes T-480 y T-814, actores: Hugo Fernández Arias y Arturo Sánchez Zambrano. Sentencia Nº T-224 de 17 de junio de 1992, Sala Séptima de Revisión, Ponente Dr. Ciro Angarita Barón, Expediente T-744, actor: Jesús María Jiménez Rodríguez.

razón lo puede hacer el constituyente al incluir una acción -en este caso la acción de tutela como mecanismo idóneo- contra las sentencias que violen los derechos fundamentales. En este caso el límite de la cosa juzgada se desplaza hacia adelante y sólo se puede hablar en estricto rigor de cosa juzgada luego de la decisión que desate el procedimiento que se instaura con ocasión de la acción de tutela.

4. Afirmar que las sentencias ejecutoriadas son inimpugnables, así ellas puedan violar los derechos fundamentales, sería la aceptación de que los jueces no están vinculados a la Constitución Política, y gozan de poderes ilimitados, con capacidad de reformar materialmente la Constitución.

5. Anteponer un pretendido principio de jerarquía como muralla al control constitucional del respeto de los derechos fundamentales por parte de los jueces, equivale a excluir de una esfera importante de la vida del Estado la realización de uno de sus fines más preciados...No se puede predicar frente a otros respeto a los derechos fundamentales y sancionar sus violaciones, y simultáneamente negar ese escrutinio respecto de sus propios actos. La comunidad perdería toda fe en la Constitución.

6. La tesis de la inimpugnabilidad judicial de las sentencias contrarias a los derechos fundamentales, representa el más útil traslado de la soberanía del pueblo a los jueces por ella instituidos, que así quedan libres de toda atadura constitucional para coartar la democracia y los procesos sociales a través de los cuales germina y se expresa la voluntad popular.

7. La acción de tutela puede recaer sobre sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso proferidas por los jueces, tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, cuando éstos a través de las mismas vulneren o amenacen por acción u omisión cualquier derecho constitucional fundamental.

8. En razón del principio *pro iustitia* la regulación legal de la cosa juzgada debe, en aras de la seguridad jurídica, sacrificar lo menos posible la justicia...Tratándose de sentencias que vulneren estos derechos, la acción de tutela es un medio idóneo para depurar el eventual contenido de injusticia de la sentencia atacada y evita que éste se torne inimpugnable e irrevocable no obstante el flagrante desconocimiento del mínimo de justicia material que debe expresar toda sentencia, y que sólo se da cuando se respetan y se hacen efectivos los derechos fundamentales.

La posición disidente en la Corte Constitucional ha sido asumida, hasta ahora, por dos de sus integrantes, y sus planteamientos pueden resumirse así:

1. La cosa juzgada expresa la autoridad y la eficacia de una sentencia judicial, cuando no existen contra ellas medios de impugnación y es atributo propio del fallo que indica que ha adquirido carácter definitivo y que el derecho que en él se reconoce se ha tornado indiscutible. La certeza

de los derechos y la seguridad jurídica que se adquiere en virtud de la decisión judicial satisfacen el interés general cuya prevalencia garantiza el artículo 1 de la Constitución.

2. Nada garantiza que como jueces de tutela van a acertar y no lo van a hacer como jueces ordinarios, que sería la única consideración que daría fundamento a una preferencia por la primera máscara de los mismos jueces para que con ella revisen lo que hicieron cuando usaba la otra.

3. Para verificar si en cada caso se alcanzó el mínimo de justicia material exigido por la Sala para reconocer a la cosa juzgada su verdadera fuerza, sería preciso revisar la sentencia correspondiente; y ello implica, desde luego, que la materia presuntamente definida vuelva a quedar sub-judice. Y, como no estamos seguros de que en todos los casos ese mínimo de justicia material haya sido alcanzado, la aceptación de este argumento representa, por necesaria consecuencia, la pérdida del status de cosa juzgada para todas las sentencias que suponíamos lo habían alcanzado[17].

CRITICA, PERSPECTIVAS Y RECOMENDACIONES PARA LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES

El historial anterior muestra la complejidad de asumir una posición respecto de la materia tratada. Tanto las decisiones mayoritarias como los salvamentos y aclaraciones de voto -para no hablar de la ya prolífica doctrina nacional existente al respecto-, exponen argumentos sólidos, y no por estar en desacuerdo con algunos de ellos puede tildárselos de faltos de enjundia jurídica o poco serios.

No se trata entonces de asumir una posición maniquea del asunto, encasillando como mala la doctrina opuesta a nuestro criterio, sino de resaltar las bondades que puede tener la tesis que defendemos.

Si se observa con detenimiento el contenido de los pronunciamientos judiciales antes sintetizados, se puede advertir un trípode jurídico sobre el cual se sienta todo el razonamiento: el principio de doble instancia, la jerarquía y autonomía de los jueces y, particularmente, la ininmutabilidad de la cosa juzgada.

El principio de doble instancia

Buena parte de los primeros pronunciamientos judiciales sobre tutela proferidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado,

---

[17] Se trata de los Magistrados Jaime Sanín Greiffenstein y José Gregorio Hernández Galindo, quienes han venido salvando su voto por considerar improcedente la tutela contra decisiones judiciales.

cuestionaron la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, por considerar que la aplicación del inciso primero del artículo 40 del decreto legislativo 2591/91 violaba el principio constitucional y legal de la doble instancia (artículo 31 C.N. 31 del D.L. 2591/91). Así, las tutelas contra providencias de los tribunales tendrían una sola instancia, pues interpuestas ante la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, según el caso -su superior jerárquico-, resultaría imposible la eventual impugnación del fallo de tutela proferido por éstas corporaciones, al no existir una instancia superior, teniendo en cuenta que la función de revisión de la Corte Constitucional no opera por virtud de impugnación alguna, sino que es requisito establecido para todos los fallos de tutela, así no hayan sido impugnados.

Este insalvable, en los términos planteados, nos parece correcto, pero es perfectamente atribuible a la falta de técnica legislativa de que adolece el decreto que desarrolla la tutela. De manera que si se replantea la redacción del artículo y el contenido mismo del indicado inciso, puede superarse el escollo.

En primer lugar es necesario suprimir el vocablo "superiores" que se trae para indicar las decisiones de sólo una clase de jueces, distinción que en parte alguna hace el artículo 86 de la Constitución. La referencia escueta a los "jueces" permite en cambio la posibilidad de recurrir en tutela las sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso, cualquiera sea la categoría de los mismos: municipales, promiscuos, de circuito y los desaparecidos de instrucción[18].

Y en segundo término, bastaría con suprimir del mismo inciso la referencia a la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pues las decisiones que éstas profieran en las Salas o Secciones en que se encuentran divididas y aún las proferidas por un sólo Magistrado, serán tramitadas conforme a los incisos siguientes del mismo artículo (3 y 4). Esta solución llevaría a pensar en la improcedencia de la tutela contra las decisiones tomadas en Sala Plena de las dos altas Corporaciones. La alternativa sería que para éstos casos se hablara de un fallo de tutela de única instancia, ante el órgano distinto al que produjo la decisión -Corte Suprema o Consejo de

---

[18] La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, aplicó la excepción de inconstitucionalidad del aparte que se comenta, en sentencia de marzo 11 de 1992, actor: Hernando Jai Hernández, Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta.

Estado-, sin que para nada se cuestione su jerarquía[19], susceptible sólo de reposición, sin perjuicio de la revisión ante la Corte Constitucional[20].

La jerarquía y autonomía de los jueces

La institucionalización de las distintas jurisdicciones en la nueva Carta Constitucional y la definición del órgano supremo en cada una de ellas, ha sido el argumento por excelencia para sostener, válidamente, nos parece, que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado carecen de superior jerárquico, en tanto son los máximos órganos de las jurisdiccionales ordinaria y contencioso administrativa, respectivamente.

La división en salas especializadas, al interior de éstas corporaciones, como bien se ha dicho en la jurisprudencia, especialmente en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, fechada en diciembre 9 de 1991 -Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta- no crea ni impone jerarquías entre las distintas salas, ni entre éstas y la sala plena; pero, a nuestro modo de entender, la inadecuada forma de instituir el procedimiento para la tutela en estos casos, ha sido en buena parte la causante de esta discusión.

La solución anteriormente sugerida de fallar en única instancia, es igualmente valedera para el presente evento. Sin embargo, el escollo mayor, en el presente caso, se encuentra en la orden de hacer o no hacer en qué consiste la protección de tutela (inciso segundo del artículo 86 C.N.). Es razonable la queja mostrada por la jurisprudencia según la cual, no resulta viable que una sala o sección dé órdenes a sus pares, sin que se viole el principio de autonomía de los jueces. Sin embargo, esta orden, si así se quiere tomar, no es extraña en la jurisprudencia colombiana, pues no otra cosa sucedía, en el fondo, con el recurso extraordinario de súplica[21], sin que por ello se hablara de superioridad jerárquica de la Sala Plena con relación

---

[19] Es lo que ocurre, por ejemplo, con el control judicial de los actos administrativos expedidos por el Consejo de Estado, cuya competencia está en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y viceversa, sin que por ello pueda hablarse de jerarquía de uno respecto del otro.

[20] No parece razonable pensar en la conformación de la Sala Plena por conjueces, pues una figura tan excepcional como lo es ésta, fácilmente se convertiría, por la vía de tutela, en regla general, a todas luces inconveniente para el servicio público de administración de justicia. A tal mecanismo se recurrió, sin embargo, con el aval de la Corte Constitucional, en la tutela contra un fallo del desaparecido tribunal disciplinario.

[21] Se habla en pasado, porque hasta la primera semana de julio del presente año, venía teniendo aplicación el recurso extraordinario de súplica (artículo 130 del CCA), en virtud del cual podía la Sala Plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado cambiar la jurisprudencia de alguna de sus secciones que estuviere desbordando los parámetros impuestos por la jurisprudencia producida en aquella Sala. Este tipo de determinaciones en sala Plena imponía una especie de "orden" a las demás Secciones para

a sus secciones. Se trataba, sencillamente, de mantener unificada la jurisprudencia en materias puntuales, y sin perjuicio de que la nueva jurisprudencia planteada en la Sección, fuera la que finalmente predominara, recogiendo la antigua de Sala Plena.

De manera que, bien mirada, esa "orden" no impone *per se* superioridad jerárquica de una Sala con relación a otra. En el mejor de los casos debe entenderse -puesta de por medio la persona humana, que es en últimas la que pretende beneficiarse en todo este tipo de disertaciones jurídicas- como *un segundo ojo*[22] que acucioso observa la violación de un derecho fundamental en que pudo incurrirse en la decisión objeto de tutela. Digamos entonces que en ésta época de celo, orgullo e irreverencia jurídicas, resultan exóticos: más que una "orden", es un llamado a reexaminar lo no observado en una decisión judicial cuya consecuencia, voluntaria o involuntaria, fue la afectación de una persona humana, por violación de uno de sus derechos inherentes.

Si no se tiene -como se debiera- una concepción humanística del derecho, que sin perder de vista su objeto final: el hombre, aplique el principio del efecto útil de las normas, y si es del caso le haga decir a la ley lo que sea menester para defender a la persona, la solución jurídica sería adicionar el artículo 86 de la Constitución, en el sentido de precisar que en el caso de tutela contra decisiones judiciales, la Sala o Sección a la cual corresponda conocer de la tutela -o el superior jerárquico, cuando sea el caso-, tomará la decisión pertinente, modificando lo estrictamente necesario para lograr la protección del derecho fundamental violado o que pueda violarse, siendo inamovible la decisión en todo lo demás.

Esta adición pondría fin al enfrentamiento que se viene surtiendo entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia acerca del contenido de la decisión del fallo de tutela proferida por aquella corporación. Conocido es de todos que ante la negativa de la Corte Suprema de Justicia para tutelar derechos, estando de por medio una decisión judicial, la Corte Constitucional, por el contrario, consideró su procedencia y en el caso concreto revocó la decisión de la Corte Suprema y dispuso su reenvío a esta Corporación para que procediera a fallar de fondo.

---

tomar decisiones conservando la línea de interpretación dada por aquella sala. Sin embargo, por decisión de Sala Plena Contenciosa, el Consejo de Estado inaplicó el artículo 130 del Código, que establecía el recurso extraordinario de súplica, por considerar que resultaba contrario al nuevo mandato contenido en el artículo 230 de la nueva Constitución que impone el sometimiento de los jueces sólo al imperio de la ley. De manera que obedecer las directrices jurisprudenciales -que era la esencia del recurso extraordinario en mención- no es obligación de los jueces, en tanto que la jurisprudencia ha sido definida como un mero criterio auxiliar de la actividad judicial.

[22] El término es usado por el Magistrado de la Corte Constitucional Ciro Angarita, en uno de los fallos de tutela anteriormente referenciados.

Sin embargo, este organismo desatendió la orden de la Corte Constitucional y dispuso nuevamente su devolución, por considerar que corresponde a quien revoca una decisión de tutela contra sentencias judiciales, proferir a continuación el fallo que lo remplace. El aparte pertinente del pronunciamiento de la Sala de Casación Civil, es el siguiente:

> ...una providencia que, en cualquier tipo de revisión se limite a contemplar la revocatoria de un fallo preexistente, sin que adopte al propio tiempo una decisión de mérito sobre la tutela, y en su defecto, se limite a ordenar la expedición de pronunciamientos sustitutos, no se encuentra ajustada a la índole de la función en cuestión. En otros términos, si la referida providencia revocatoria no va acompañada con la decisión sustitutiva relativa al alcance y a la protección que pueda merecer el derecho fundamental que se dice vulnerado, la verdad es que no puede decirse que exista fallo de tutela. En efecto, solamente se configuraría una decisión revocatoria de un fallo de tutela que deja sin decidir la acción entablada, lo que equivale a decir que no hay pronunciamiento alguno sobre el particular, y ello significa, en sí mismo, una abstención u omisión mucho más protuberante que la expedición de un fallo inhibitorio, que como es sabido, en el campo de la acción de tutela se encuentra radicalmente prohibido [23].

Una reflexión adicional en este aparte de la jerarquía, tiene que ver con la supremacía de la Corte Constitucional en materia de interpretación de derechos fundamentales por vía de tutela. La función de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela (art. 241 num. 9 C.N.), no puede tener otro sentido que el de unificar la jurisprudencia. En la sentencia T-06 anteriormente referenciada, la Corte indicó al respecto:

> La competencia de la Corte Constitucional para revisar sentencias de tutela es una manifestación de su posición como máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional y obedece a la necesidad de unificar la jurisprudencia nacional sobre derechos fundamentales. La actuación de ésta permite darle cohesión e integrar en sentido sustancial la aplicación e interpretación de la Constitución en las restantes jurisdicciones. La jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional aparte de los efectos de cosa juzgada constitucional de sus sentencias, tendrá una influencia irradiadora importante en los casos de aplicación preferente de la Constitución frente a otras normas.

---

[23] Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de junio 2 de 1992, Ponente Dres. Pedro Lafont Pianetta y Carlos Esteban Jaramillo Scholss.

En este orden de ideas, y sobre la base de defender la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, tenemos que la Corte Constitucional podría dar la orden de ajustar a derecho las providencias emanadas por cualquiera de los jueces de la República. Por esta vía, en nuestro entender, en la práctica la Corte Constitucional tendría jerarquía sobre todos los demás órganos que administren justicia, a pesar de lo que formalmente consagra la Constitución sobre la supremacía de la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado en sus respectivas jurisdicciones. Si se defiende la tutela contra sentencias y demás providencias que pongan fin a un proceso, la consecuencia que debe aceptarse, finalmente, es ésta.

Ello nos lleva a considerar que teniendo en cuenta la forma de integración de nuestro principal órgano de control de constitucionalidad, existe sin lugar a dudas una intromisión de los otros poderes en la Rama Judicial. Basta observar que en la actual integración de la Corte, hay mayoría de representantes del gobierno (artículo transitorio 22 C.N.); y, vencida esta conformación transitoria en pocos meses, la integración definitiva de los miembros de la Corte Constitucional corre por cuenta del Senado de ternas que le presente el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia (art. 239 inc. 2 C.N.). Sobra decir que el manejo del Senado en la elección correrá por cuenta del Gobierno.

En tales condiciones, si bien se acepta la jerarquía de la Corte Constitucional en la interpretación de las normas constitucionales, también hay que decir que no resulta conveniente la actual conformación de sus integrantes, y es por lo que consideramos saludable reformar ese procedimiento de integración, atendiendo, precisamente, la autonomía de los jueces y de la misma Rama Judicial con relación a los demás poderes públicos. El mecanismo de cooptación vigente para la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado -atemperado ahora por la escogencia de lista que envía el Consejo Superior de la Judicatura- sería un primer paso a seguir, hasta alcanzar definitivamente la integración a través de la carrera judicial y por qué no, de la judicatura democrática, como acontece en Italia.

La cosa juzgada

La ininmutabilidad e intangibilidad de la cosa juzgada es, quizá, la parte doctrinaria más difícil con que se enfrenta la tutela contra decisiones judiciales. A su turno, es el argumento por excelencia que se esgrime para justificar la inaplicación del artículo 40 del decreto 2591 de 1991.

Alrededor del punto, muchas serían las tesis y argumentos jurídicamente válidos -a más de los ya indicados- para justificar el dogma; de nuestra parte, intentaremos mostrar la mutabilidad, relatividad y tangibilidad de la denominada cosa juzgada, sin pretender con ello generar enfrentamientos

inocuos, sino tratar, en todo caso, de buscarle la mejor salida a tan delicado asunto, invitando con ello a la reflexión de las posibilidades que ofrecen la doctrina, la jurisprudencia y la misma ley alrededor de la vulnerabilidad de la cosa juzgada y sus eventuales beneficios frente a la acción de tutela.

Podríamos destacar dos grandes grupos de disertación respecto de la cosa juzgada: uno normativo y otro valorativo. Al primero se integran las vías jurídicas existentes para demostrar que, así sea excepcionalmente, la cosa juzgada puede ser alterada -no avanzada o retrocedida, como se dice en la sentencia Nº.T-06 de la Corte Constitucional- por vías judiciales, legales o doctrinarias aceptadas sin mayor resistencia; y al segundo se refieren aquellas concepciones ónticas relacionadas con la justicia y el hombre mismo. Brevemente nos referiremos a cada una de ellas.

Cosa juzgada y excepciones normativas

a) Los recursos

Es de todos conocida la existencia de ciertos recursos extraordinarios que por razones taxativamente indicadas en la ley, pueden suprimir el carácter de cosa juzgada de una decisión judicial. En Colombia ésta realidad ha sido puesta en práctica a través de los recursos extraordinarios de revisión y anulación, éste último derogado por virtud de la Ley 30 de 1987, sin que su procedencia levante mayor discusión, distorsión del derecho o de la justicia, y menos su prosperidad frecuente.

Por el contrario, el recurso extraordinario de revisión puede considerarse como uno de los primeros pasos tendientes a garantizar la realización de la justicia material, dejando que aun *in extremis* quien considere una decisión, investida de fuerza de cosa juzgada, violadora de un derecho fundamental, tenga una última opción de demostrarlo.

b) El indulto

Hace igualmente inocua la autoridad de cosa juzgada la concesión de perdón político para cierto tipo de delitos y dadas ciertas exigencias. En Colombia, en donde se ha recurrido con alguna frecuencia a tal figura, es obligación conjunta del Congreso y el gobierno nacional (artículos 150 numeral 17 y 201 numeral 2), aunque transitoriamente ha sido investido el gobierno, por la Asamblea Nacional Constituyente, para el mismo efecto, lo cual haría a través de típicos reglamentos constitucionales.

c) Relatividad y parcialidad de la cosa juzgada

Finalmente, en los círculos jurídicos es aceptada la tesis según la cual, la relatividad y la parcialidad son características adicionales de la cosa juzgada las cuales se materializan en los casos en los que a pesar de haber

sido juzgada una norma -v.g. un decreto reglamentario del gobierno-, pueda volverse a demandar con base en disposiciones superiores distintas, y por lo tanto con argumentos nuevos, a las consideradas en la anterior oportunidad (cosa juzgada parcial); o cuando con ocasión de un tránsito constitucional, las nuevas orientaciones normativas dejen sin piso muchas de las normas legales y reglamentarias, aún cuando respecto de ellas se haya surtido la cosa juzgada constitucional, por virtud del control de constitucionalidad en vigencia de la anterior constitución[24].

A manera de epílogo de este aparte, baste la transcripción de algunas de las normas del nuevo *Régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional* (Decreto número 2067 de 1991-septiembre 4), para llegar a la definitiva conclusión de lo maltrecha que se encuentra la cosa juzgada, por las abundantes excepciones ya no doctrinarias sino legales.

Señalan los incisos tercero y cuarto del artículo 21 del indicado decreto:

> La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo.
>
> Excepcionalmente la Corte Constitucional podrá señalar de manera expresa que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. En este evento, dentro de los diez días siguientes a la notificación del fallo, el demandante podrá solicitar a la Corte cualquier aclaración al respecto.

Es decir, hay cosa juzgada formal de una disposición legal que puede ser, materialmente hablando, echada de lado por la cosa juzgada de fondo de la misma norma. Y de otra parte se deja normativamente aclarada la hipótesis doctrinaria respecto de la cosa juzgada parcial.

El artículo 24 ibídem indica a su turno:

---

[24] Es ni más ni menos de lo que echó mano la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado para inaplicar el contenido del artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, que regulaba el recurso extraordinario de súplica. Como ya se indicó, al dejarse establecido en el artículo 230 de la nueva Constitución, la obligación de los jueces de someterse sólo al imperio de la ley, en criterio del Consejo de Estado, perdió toda razón el sometimiento a la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa, que era en fin de cuentas el objeto del indicado recurso. Si bien no compartimos la determinación tomada -cuya discusión no es del caso ventilar en este seminario-, sí sirve de ejemplo para indicar la relatividad de la cosa juzgada. Recuérdese que el recurso fue establecido por Ley 11 de 1975, norma ésta que pretendió ser derogada por el artículo 268 del CCA, pero fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia -sentencia de agosto 30 de 1984-, recobrando vigencia la mencionada Ley 11/75

> La declaración de constitucionalidad de una norma no obsta para que proceda la acción de tutela respecto de acciones y omisiones de las autoridades o de las particulares derivadas de ella.
> Tampoco impide, que un juez no aplique la norma cuando por las circunstancias particulares del caso sea necesario proteger algún derecho constitucional que no fue considerado en la sentencia de la Corte Constitucional. En estos casos, el juez podrá, de oficio, elevar consulta a la Corte para que ésta aclare los alcances de su fallo...

Se ve cuestionada aquí igualmente, la cosa juzgada constitucional, frente a la acción de tutela y lo que es más significativo, frente a la excepción de inconstitucionalidad, que no repara en la sentencia de constitucionalidad de la Corte, cuando esté de por medio un derecho constitucional olvidado en las consideraciones de la Corte.

Y el artículo 35 del mismo decreto preceptúa:

> La sentencia que declare constitucional un proyecto de ley objetado, surtirá efectos de cosa juzgada respecto de las normas invocadas formalmente por el Gobierno y consideradas por la Corte, y obliga al Presidente de la República a sancionarlo.

Lo que corrobora la tesis de la cosa juzgada parcial.

Lo valorativo y la cosa juzgada

A pesar de la suficiencia de los anteriores argumentos, que jurídicamente pueden disputarse la razón con aquellos esgrimidos en defensa de la cosa juzgada, en donde más queremos enfatizar es en la prelación de criterios, cuando esté de por medio el ser humano.

Puesta en la balanza toda la sapiencia jurídica, y el hombre y sus valores, sólo una formación humanística en el derecho hará que el fiel se incline por la persona humana.

En este sentido, se trata de mirar la tutela polarizando el ser con el deber ser, la justicia material y la formal, la verdad jurídica y la verdad real, lo justo y lo injusto, en fin, el hombre y el producto de su intelecto.

CONCLUSIONES

1. Es necesario insistir en la importancia de la acción de tutela, como el más idóneo y eficaz de los mecanismos actualmente vigentes en Colombia, para la defensa de los derechos humanos.

2. Responde, además, al mandato generalizado de los instrumentos internacionales de derechos humanos, sobre el derecho de toda persona a un *recurso sencillo, rápido, eficaz y efectivo.*

3. Impera una reforma al artículo 40, en los términos anteriormente indicados, y no la abolición, como parece entender el Gobierno las críticas que se han hecho a la tutela contra decisiones judiciales.

4. Pero también resulta necesario reexaminar la caducidad a que se encuentra sometida la tutela contra providencias judiciales, por virtud del artículo 11 del D. 2591/91, pues en parte alguna el artículo 86 de la Constitución impone semejante limitante. Por el contrario, la posibilidad de accionar en tutela en todo momento, deja ver en la norma legal, claros vicios de inconstitucionalidad. Lo mismo podría decirse del aparte final del inciso segundo del parágrafo primero, del artículo 40 en mención, cuando impone límite de tiempo para interponer la acción de tutela en un caso específico.

5. Como quiera que la tutela contra decisiones judiciales "sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de ésta por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutiva", es decir, sería una discusión de puro derecho -máxime si tampoco procede "por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas"- una limitante sana sería la excepcional exigencia de acudir con abogado. Ello garantiza que en el ejercicio temerario de la acción de tutela en tan delicado asunto, la responsabilidad disciplinaria la asuma el apoderado judicial, evitando así lo que es común en estos casos, y es que para estar a salvo de responsabilidades, el abogado sencillamente realiza el escrito para que lo firme la persona involucrada.

Por lo demás, el interesado sería más cuidadoso en tomar la decisión de acudir en tutela, en los casos en que no sea evidente la transgresión del derecho en la decisión judicial.

6. Pero si bien resulta saludable la tutela contra decisiones judiciales y damos por aceptada la supremacía de la Corte Constitucional por virtud de la revisión a que están sometidas todos los fallos de tutela, también debe insistirse en la reforma del procedimiento de integración de sus miembros, sustrayéndolo de intereses políticos. Al efecto se deberá tener en cuenta inicialmente igual procedimiento que el actualmente vigente para la elección de miembros de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado -cooptación, de listas que envíe el Consejo Superior de la Judicatura-, para luego abrir la posibilidad de arribar como miembro de cualquiera de estos organismos, a través de carrera judicial, sin que resulte descabellado pensar en una judicatura democrática.

7. Sin embargo, a pesar de todas las reformas que a bien se tenga proponer y que eventualmente resulten aceptadas, es el intérprete, y

particularmente el juez, el que dará aplicación material a toda esa abstracción jurídica. De manera que es en la persona y su formación en quien recae la mayor responsabilidad de toda transformación socio-jurídica, por pequeña que ella sea. Este tipo de formación impondrá una lectura aferrada a lo meramente jurídico, un culto a las normas, al deleite jurídico-intelectual, o a una lectura sistemática, pero igualmente normativa, o a una lectura de las normas como herramienta del derecho al servicio del hombre.

STATUS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SEGUN LA NUEVA CONSTITUCION COLOMBIANA

*Hernando Valencia Villa**

Es muy grato estar de nuevo en el seminario anual de la Comisión Andina de Juristas, para debatir temas académicos en los cuales al mismo tiempo nos jugamos la vida, y no es una metáfora. Este problema de los derechos humanos y del derecho humanitario tiene no solamente un interés académico, sino una importancia vital en nuestra existencia cotidiana en la medida en que estas garantías, libertades y recursos de defensa y de participación, son condición de posibilidad de una convivencia democrática, y de la propia calidad de nuestra vida individual y colectiva.

Mi contribución versa sobre el status del derecho internacional de los derechos humanos en Colombia a la luz de la nueva constitución. Para ello quisiera primero plantear dos reflexiones necesarias sobre el derecho internacional de los derechos humanos en general, y luego entrar en el análisis del nuevo artículo 93 en una perspectiva político-jurídica es decir, mediante una lectura contextual y no solamente textual.

Si uno repasa, para empezar por el principio, lo que es el status de la persona en el derecho internacional, en un horizonte de amplio espectro y de larga duración, tiene que concluir que históricamente esa condición jurídica del individuo ante el derecho internacional público ha sido y continúa siendo precaria. Todavía no hay una condición jurídica de la

---

* Miembro fundador de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Profesor del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional, y de la Universidad de Los Andes.

persona consolidada no solamente frente a los diferentes Estados nacionales que constituyen la comunidad internacional, sino frente a la organización mundial misma, en el sentido de que la persona, a pesar de todo lo que dicen y hacen los derechos internacionales de los derechos humanos y humanitario, no goza de suficientes garantías ni tiene acceso directo a las instancias de protección, a los tribunales y a las comisiones que supuestamente deberían ocuparse de la defensa y de la promoción de su dignidad, de su libertad y de sus garantías. Y lo más paradójico es que en la medida en que el derecho internacional público pasa de ser un derecho de la guerra a ser un derecho de la paz, ese status de la persona no mejora necesariamente.

Hasta bien entrado el siglo XX, el derecho internacional en su conjunto fue en lo esencial el derecho de la guerra, no solamente porque la guerra era la principal actividad político-jurídica de los Estados nacionales y de los poderes establecidos a lo largo y ancho del planeta desde la antigüedad, y a través de ella se formaban y se destruían y se reconstituían los Estados, las alianzas, los imperios y los bloques, sino porque no había ningún tipo de organización mundial propiamente dicha digna de ese nombre hasta comienzos de este siglo, cuando se creó la Liga o Sociedad de las Naciones en la época de la Primera Guerra Mundial, y posteriormente, ya en la segunda posguerra, cuando se fundó la Organización de las Naciones Unidas.

El derecho de la paz, surgió con la Liga de las Naciones y sobre todo con la Organización de Naciones Unidas hacia mediados de este siglo, y paralelamente con él empezó a codificarse de manera estricta el derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho internacional como derecho de la guerra, como derecho fundado en el conflicto abierto entre los Estados nacionales, incluía salvaguardas y garantías de la vida y de las libertades fundamentales de las personas, en cierto sentido más realistas, concretas y específicas que muchas de las salvaguardas y garantías que se encuentran después, ya entrado este siglo, en el moderno derecho internacional público que es supuestamente el derecho de la paz, de la cooperación, de la solidaridad y del desarrollo. Por qué? Porque el derecho internacional público, y en esto no ha habido alteración cualitativa entre el viejo derecho de la guerra y el nuevo derecho de la paz, sigue siendo ante todo el derecho de los Estados, de los aparatos, de las instituciones, dominado por dos valores, agresivamente prevalecientes o hegemónicos: el mito de la soberanía nacional y el privilegio del *statu quo*.

El sistema internacional está creado ante todo para garantizar la supervivencia de los Estados nacionales y de su comunidad interestatal, sea la organización internacional o de Naciones Unidas, la europea, la americana, la africana o la de experiencias regionales menores. Frente a ellas la persona

humana ha venido abriéndose paso, ciertamente de una manera creciente, pero todavía insuficiente.

Norberto Bobbio, el gran jurista italiano, dice que desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días los derechos humanos han pasado por tres grandes etapas. Fueron, primero, derechos naturales universales en las declaraciones de derechos del período de las revoluciones burguesas (la guerra de independencia norteamericana, la revolución francesa y las guerras de independencia hispanoamericanas). En este primer momento, en el cual se formularon y se codificaron por primera vez los derechos del hombre y del ciudadano en la declaración de Virginia, en la declaración francesa y en las propias constituciones norteamericana e hispanoamericanas, los derechos humanos fueron fundamentalmente derechos naturales universales, derechos del género humano con una codificación todavía problemática. Durante el siglo XIX, en un segundo momento, los derechos humanos se convirtieron en derechos positivos particulares, es decir, en los derechos fundamentales de los súbditos de los diferentes Estados nacionales, en la medida en que lo que estaba recogido en las declaraciones revolucionarias de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX pasó a una codificación más elaborada en las constituciones nacionales. Y la tercera etapa, en la cual todavía estaríamos, significaría la conversión de los derechos humanos en derechos positivos universales, lo cual se dió especialmente desde la segunda posguerra con la declaración universal del 48, las convenciones de Ginebra del 49, y los pactos internacionales del 66 y la convención americana del 68.

Pero hacen todavía falta algunas cosas fundamentales que no por obvias podemos dejar de mencionar y de subrayar con energía. No hay una jurisdicción internacional de derechos humanos digna de ese nombre que garantice la vigencia efectiva de estas libertades, de estos valores como medios de protección y de participación de todos los miembros de la familia humana, mas allá de las fronteras nacionales; existe una organización internacional democrática que podamos calificar como tal. Por el contrario, la organización internacional, especialmente el sistema de Naciones Unidas, deja mucho qué desear desde el punto de vista de la lógica democrática implícita en el discurso de los derechos humanos, no solamente como discurso jurídico sino como discurso ético y político. Y el acceso de los individuos al sistema internacional de protección de los derechos humanos no existe como tal a nivel planetario. Tan sólo en el sistema europeo hay una cierta posibilidad procesal de que los individuos comparezcan ante el sistema de protección de los derechos humanos; pero en los otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos no hay todavía legitimación en causa, es decir, posibilidad procesal directa para que los individuos comparezcamos directamente ante las instancias protectoras del respectivo sistema.

Ahí están las tareas, los desafíos que tiene hoy por delante el derecho internacional de los derechos humanos: Una jurisdicción internacional que, como dice Bobbio, no solamente otorgue garantías frente al Estado sino que también asegure las garantías del individuo contra el Estado, que son las de carácter estrictamente internacional. Y que el ciudadano pueda, por tanto, abstracción hecha de su nacionalidad o condición política específica, comparecer o concurrir ante cualquier instancia internacional de protección de los derechos humanos, valiéndose de su condición de miembro de la familia humana y nada más.

En esta perspectiva, uno podría pensar en una reestructuración radical de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, que es el tribunal del sistema de Naciones Unidas. Una de las cosas más dolorosas para el estudioso de los problemas del derecho internacional, es tener que admitir que uno de los organismos más irrelevantes y más insustanciales que existen en el planeta es la Corte Internacional de Justicia de La Haya, que no tiene más que una jurisdicción voluntaria, es decir que únicamente puede hacer valer sus decisiones respecto de aquellos Estados que acepten explícitamente su jurisdicción o autoridad como tribunal; y son muy pocos. Mientras no haya una decisión política del más alto nivel, con un cierto consenso amplio en el seno de las Naciones Unidas, va a ser muy difícil revitalizar o relanzar la Corte. La otra alternativa es la creación de un tribunal internacional de derechos humanos que debería tener jurisdicción obligatoria, es decir, autoridad judicial directa e inmediata sobre todos los Estados y sobre todos los individuos de la familia humana en materia de derechos humanos. Pero por ahora ese no es más que un *desideratum*, una utopía muy lejana en el horizonte, por la cual sin embargo deberíamos trabajar desde ahora. Como decían los estudiantes franceses en mayo del 68, "lo difícil es lo que puede hacerse de inmediato, lo imposible es lo que toma un poco más de tiempo".

En cuanto a la democratización de la organización mundial, soy de los que no se resignan a un sistema internacional tan ostensiblemente antidemocrático como el de Naciones Unidas, gobernado por las potencias victoriosas de la Segunda Guerra Mundial; pero esto no debe arredrarnos como trabajadores de derechos humanos para insistir tercamente ante nuestras propias sociedades civiles, ante nuestras propias cancillerías y nuestros propios Estados nacionales, por una creciente democratización de las diplomacias nacionales y de los organismos internacionales.

Por este camino nos tropezamos con el arduo problema de la intervención humanitaria. Me refiero a la eventualidad de que la comunidad internacional de derechos humanos, en este caso integrada tanto por las instancias intergubernamentales como por las instancias no gubernamentales o de la sociedad civil internacional, intervenga en aquellos casos en

que ocurran violaciones manifiestas, sistemáticas o reiteradas de los derechos humanos en el territorio de un determinado Estado. Soy partidario de la intervención humanitaria en estos términos como intervención de la comunidad internacional de derechos humanos, no como intervención de los Estados nacionales propiamente dichos, porque recelo de ellos. Se trata, pues, de la intervención humanitaria propiamente dicha, la intervención de la comunidad internacional de derechos humanos y de derecho humanitario, que estaría integrada en este caso por los organismos intergubernamentales de derechos humanos y de derecho humanitario en estricto sentido, y por los organismos no gubernamentales u organismos de derechos humanos y de derecho humanitario, y siempre que esté enderezada a preservar de una manera inequívoca, clara, transparente más allá de toda duda razonable, las garantías y libertades fundamentales de individuos o grupos que se vean amenazados en su vida, en su dignidad o en sus libertades por la acción sistemática de un gobierno o de otros agentes armados u organizados.

En este contexto de una tradición que viene del siglo XVIII propongo que hablemos entonces de un derecho internacional de la persona humana que arrancaría en últimas de la vieja propuesta kantiana recogida en ese pequeño y gran opúsculo *Paz perpetua,* de 1795, donde el gran filósofo alemán hablaba del derecho cosmopolítico, del derecho de ciudadanía internacional u hospitalidad universal. A partir de esa propuesta y teniendo como eje referencial, como núcleo duro, el derecho internacional de los derechos humanos, podemos hablar hoy de un derecho internacional de la persona humana que estaría formado por tres grandes ramas componentes principales: el derecho internacional de los derechos humanos, que es el derecho ordinario; el derecho general; y el derecho para tiempos de normalidad bajo democracias funcionales u operativas. Al lado de él otras dos ramas: el derecho internacional de los conflictos armados y el derecho internacional de los refugiados desplazados y apátridas; el primero reuniría, así lo entienden muchos tratadistas y estudiosos hoy, tanto el derecho internacional humanitario propiamente dicho o derecho de Ginebra, que protege a las poblaciones civiles desarmadas o no combatientes y a los combatientes puestos fuera de combate por cualquier razón en los conflictos armados internacionales y no internacionales, cuanto el llamado derecho de la Haya o derecho de la guerra propiamente dicho.

Se observa una tendencia muy interesante, problemática en algunos aspectos, positiva en otros, hacia la integración de las dos legislaciones: el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya. Si uno lee, por ejemplo, el Protocolo I de 1977, adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 tiene que concluir que la mayor parte de los principios constitucionales del derecho de la guerra o derecho de La Haya están recogidos en ese

instrumento, que es formalmente al menos un instrumento de derecho de Ginebra o derecho humanitario; y por el otro lado tendríamos el derecho internacional de los refugiados, desplazados y apátridas que ha tenido una existencia más reciente, mas técnica, a partir de la Convención de los refugiados de 1951 y de su Protocolo de 1967, el cual ha ido ampliando por lo menos en el terreno académico para incluir el tema de los desplazados internos o migrantes políticos que no cruzan fronteras nacionales, y que como consecuencia directa del conflicto armado o de la agresión de los diferentes actores armados tanto regulares como irregulares se ven obligados a abandonar sus tierras ancestrales, sus lugares habituales de residencia o trabajo u origen, y movilizarse en condiciones habitualmente desastrosas a otros lugares del mismo territorio nacional.

De suerte que cuando hablamos del derecho internacional de los derechos humanos y de su status en Colombia, a la luz de la Constitución del 91, deberíamos al menos en principio trabajar con la hipótesis de que ese derecho internacional de la persona humana debe incluir prospectivamente, tendencialmente, las normas relativas a la protección de los derechos humanos en condiciones de crisis, bajo conflicto armado, es decir, las normas del derecho humanitario y del derecho de la guerra y, por el otro lado, las normas relativas a refugiados, desplazados y apátridas. Ese es el derecho cosmopolítico, el derecho de ciudadanía universal de que tenemos que hablar hoy.

COMO SE NOS PRESENTA EL PANORAMA EN COLOMBIA

La experiencia acumulada es de una pobreza sorprendente. Se ha recordado cómo nuestra jurisprudencia constitucional ha sido prácticamente refractaria al derecho internacional en general y al derecho internacional de los derechos humanos en particular. Quisiera recordar únicamente dos fallos de la vieja Corte Suprema de Justicia como tribunal constitucional: Uno de julio 6 de 1981, y otro de diciembre 10 del mismo año que son particularmente escandalosos en el provincianismo y parroquialismo de nuestro antiguo tribunal constitucional frente al derecho internacional.

El primero dice en gran síntesis que no hay ninguna necesidad de buscar los derechos humanos en los instrumentos internacionales porque están todos ellos adecuadamente recogidos, codificados y garantizados en el título III de la Constitución del 86, como si no hubiéramos padecido durante años la cicatería de tal título en materia de libertades públicas y derechos humanos. Y en la sentencia de diciembre 10 la Corte vino a sostener como tribunal constitucional que ella no tenía nada que ver con el derecho internacional, el cual era ajeno a la jurisdicción de la Corte, y que ésta únicamente podría fallar sobre las normas internas, sin ningún tipo de

remisión o de referencia, así fuese académica, al derecho internacional de los derechos humanos.

Tenemos en cambio hoy un avance de grandes proporciones y de imprevisibles consecuencias en la medida en que la nueva Constitución incorpora de manera muy enfática, con mucha energía, dándole un lugar muy central, el derecho internacional en general y el derecho internacional de los derechos humanos en el texto fundamental mismo. El artículo 93 dice así:

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Este artículo, como se sabe, fue el resultado de la combinación entre el artículo 49 del proyecto de consenso o de mayoría de la Comisión I de la Constituyente, y del artículo 65 del Proyecto del gobierno del presidente Gaviria para la misma Asamblea Constituyente.

El artículo es de aplicación inmediata y no requiere desarrollo legal alguno. Cuando hablamos de derecho internacional de los derechos humanos no hablamos solamente de los tratados y los convenios ratificados por el Congreso e incorporados al derecho interno, sino también de aquellos otros instrumentos que por su carácter constitucional a nivel internacional se consideran de *ius cogens* o de derecho consuetudinario obligatorio.

Y pongo dos ejemplos ilustres: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de Naciones Unidas de diciembre de 1948 no ha sido ratificada por el Congreso de Colombia ni incorporada al derecho interno a través de una ley en el sentido formal, y sin embargo nadie duda que es ley de la República, que es obligatoria, jurídicamente hablando, en nuestro territorio, para el Estado y para los ciudadanos. Lo propio puede predicarse de la Declaración Americana o Pacto de Bogotá, también del año 48 que no ha sido formalmente incorporada y que sin embargo debe considerarse obligatoria para el Estado y para los ciudadanos en Colombia.

¿Cuáles son los alcances de lo que el artículo 93 llama la prevalencia de los tratados y convenios de derechos humanos en el orden interno?. Mi opinión es la de que los tratados y convenios de derechos humanos tienen carácter supralegal y por tanto rango constitucional en el sistema colombiano, por ministerio del artículo 93. Esto significa que por decisión del constituyente de 1991 tenemos una nueva categoría de leyes en el sistema colombiano que podemos llamar leyes constitucionales o leyes aprobato-

rias de tratados de derechos humanos. Todas las demás leyes, estatutarias, orgánicas y ordinarias y con mayor razón los decretos con fuerza de ley y los decretos legislativos de los estados de excepción, y todos los demás decretos ordinarios o actos administrativos de las diferente clases, deben sujetarse a las leyes constitucionales o aprobatorias de tratados de derechos humanos que se derivan naturalmente del artículo 93, puesto que pueden violarlas.

No creo en principio que se pueda hablar de una supraconstitucionalidad de los tratados y convenios de derechos humanos ratificados en Colombia, porque la propia fraseología del artículo 93 no la autoriza. El artículo dice: "Los tratados y convenios de derechos humanos ratificados prevalecen en el orden interno". Y ¿qué es la Constitución respecto del orden interno? La Constitución como ley suprema del territorio es el cuadro o marco de carácter normativo que define el orden interno, que establece justamente los límites formales y materiales del Estado colombiano y de su ámbito de jurisdicción en el sentido amplio; de manera que atribuirle carácter supraconstitucional a los tratados y convenios de derechos humanos ratificados por el Congreso significaría de alguna manera ignorar ese hecho constitucional.

Otra consecuencia también importante es que dentro de la denominación "tratados y convenios de derechos humanos" deben considerarse incluidos los tratados y convenios de derecho humanitario en sentido amplio, es decir, del derecho de Ginebra y del derecho de La Haya, y los tratados y convenios de derecho de los refugiados, desplazados y apátridas, es decir, todas las normas internacionales pertinentes para protección y defensa de los individuos.

Alguien me preguntaba hace algunos días si en la formulación del artículo 93 deberían entenderse como incluidos y por tanto como prevalentes en el orden interno tanto los instrumentos ya ratificados como los instrumentos por ratificar, o sólo los instrumentos por ratificar. Con una cierta estrechez de mente que por desgracia está muy extendida en la comunidad legal colombiana, podría pensarse que el artículo 93 rige para el futuro y que por tanto únicamente deben considerarse incluidos en él los tratados y convenios de derechos humanos que se ratifiquen en el futuro. Yo me opongo abiertamente a esa lectura pues en el derecho internacional de la persona humana en general y en el derecho internacional de derechos humanos en particular la mayor parte de los instrumentos ya están codificados. En otras palabras, y esta es una observación de sociólogo más que de jurista, no creo factible que en las próximas décadas se adopten instrumentos internacionales de derechos humanos que revolucionen o que adicionen cualitativa o sustancialmente lo que ya podemos llamar el estado del arte, el acervo normativo ya constituido que es el de la declaración del

48, los pactos internacionales del 66, los convenios del 49, los protocolos del 77, la convención del 68 en el caso americano y las convenciones sobre genocidio, tortura, discriminación, que se han ido adicionando en estos últimos años. Por supuesto, hay campos en los que podemos y debemos avanzar en términos de codificación, pero los avances grandes los debemos hacer en materia de establecimiento de una jurisdicción internacional de derechos humanos y democratización de la organización mundial. De suerte que debemos entender la expresión ratificados del artículo 93 como referida a todo lo acumulado y codificado, y por supuesto a todo lo que en el futuro se adopte como instrumento internacional o interamericano en esta materia.

Finalmente, como otro elemento indispensable de lectura del artículo 93, hay que tener en cuenta que esta norma no solamente permite la aplicación directa e inmediata de todas las normas de derecho internacional de derechos humanos ratificadas por el gobierno de Colombia o que tengan el carácter de *ius cogens*, sino que además estas normas de protección de la persona humana deben operar como criterios de interpretación de todo lo que concierne a libertades y garantías en el contexto de la Constitución colombiana. Esto es bien importante porque los grandes avances que podemos hacer en esta materia van a estar determinados por dos extremos: por un lado, por nuestro propio activismo, por lo que seamos capaces de hacer en materia de movilización de la sociedad civil y utilización de herramientas constitucionales y legales; y por el otro, lo que puedan y hasta cierto punto deban hacer la Corte Constitucional y subsidiariamente el Consejo de Estado como tribunales constitucionales.

Para terminar, tendiendo un puente hacia la problemática del artículo 214, es decir, la aplicación en todo caso del derecho humanitario en los estados de excepción, la nueva Constitución nos ofrece una panoplia, un conjunto de herramientas y de armas muy valiosas para lo que podríamos denominar la internacionalización del estatuto personal de los colombianos, es decir, la internacionalización de la protección de la persona humana en Colombia.

La racionalidad última del derecho internacional de protección de la persona humana es la limitación de la soberanía del Estado y la ampliación correlativa de la soberanía del individuo. Si no trabajamos a partir de ese supuesto que es al mismo tiempo un objetivo estratégico, vamos a seguir atrapados en el mito de la soberanía nacional, y a seguir prestándole un servicio, sin querer queriendo, a las instituciones y a los aparatos que no están necesariamente comprometidos en la defensa y en la protección de la gente de carne y hueso, de la gente de la calle, que sufre y muere, que es el objeto prioritario de nuestra actividad como trabajadores de derechos humanos.

CONCLUSIONES*

*Del III Seminario sobre la eficacia de los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia.

El desarrollo de este seminario ha corroborado lo que fue uno de sus puntos de partida: la existencia de una íntima relación entre la violación de derechos humanos y la existencia del conflicto armado en Colombia; pero también permitió resaltar la existencia de graves problemas de derechos humanos independientemente del conflicto bélico en el país, entre los cuales pueden señalarse, a manera de ejemplo, las precarias condiciones a que se están viendo expuestos los sectores más pobres de la población por razón de la aplicación de una política económica neoliberal, y el patético drama de mas de 160 niños menores de cinco años que mueren diariamente por falta de atención adecuada.

La persistente violación de derechos humanos y el agravamiento del conflicto armado con el fracaso de las negociaciones de paz hacen apremiante la necesidad de fortalecer el desarrollo de los mecanismos de los derechos humanos en relación con nuestro país. Frente a esa necesidad, sus posibilidades y sus límites, nuestro seminario pasó revista a importantes aspectos que podrían enfatizarse en cuatro campos: los avances y limitaciones en la adopción de mecanismos nacionales de derechos humanos; la atención a la situación de nuestro país, que debe fortalecerse, por parte de organismos intergubernamentales de derechos humanos como la ONU, el Sistema Interamericano y la OIT, este último de naturaleza tripartita (gobiernos, empleadores, trabajadores); los alcances del derecho humanitario, tanto para la protección de las víctimas del conflicto armado (incluidos los refugiados y desplazados internos), como para la terminación pacífica de dicho conflicto; y los retos que se presentan a las organizaciones no gubernamentales y a las personas en general en relación con el perfeccionamiento de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

MECANISMOS NACIONALES DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS

Prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno

La nueva Constitución a través de los artículos 44, 53, 214 n2, y del artículo 9, sobre la vigencia de los principios del derecho internacional -dentro de los cuales está el derecho consuetudinario- y en especial del artículo 93, ha dado a los tratados internacionales de derechos humanos prevalencia en el orden interno. Ello obliga a toda la legalidad, incluyendo la de excepción, a ajustarse a la normatividad internacional. Puede hablarse incluso de su prevalencia sobre la misma Constitución, como una consecuencia de la necesaria limitación de la soberanía del Estado y de la ampliación de la soberanía del individuo, que están presentes en la esencia del sistema internacional de los derechos humanos, en razón del objeto de su protección a la dignidad humana.

Por "tratados y convenios internacionales (...) que reconocen los derechos humanos" de que habla el artículo 93, debe entenderse la totalidad del derecho cosmopolítico, es decir tanto el derecho internacional de los derechos humanos, como el derecho humanitario, del que hacen parte el derecho de la guerra y el derecho de los refugiados, desplazados y apátridas.

La jurisprudencia nacional, y en especial la emanada de la Corte Constitucional con ocasión de los fallos de tutela, ha colocado como fundamento y fin de sus pronunciamientos, la dignidad humana y la búsqueda de la efectividad de los derechos humanos, en desarrollo de la prevalencia del derecho sustancial, que relega a un segundo lugar las consideraciones formales. De esta manera los conceptos de "justicia y hombre" ya no son sólo criterios éticos, sino también se entienden como parte de la normatividad y en consecuencia tienen fuerza imperativa. La interpretación de las normas debe partir también de una dogmática humanista.

Se presenta a los jueces una posibilidad de acción en el sentido de la vigencia de los derechos: recurrir a la declaratoria de inconstitucionalidad sobreviniente, a través de la comparación con la Constitución de 1991, de normas declaradas exequibles de acuerdo con la carta de 1886, tanto por la vía de una nueva revisión de constitucionalidad como de la excepción de inconstitucionalidad.

La acción de tutela

Luego de los inconvenientes iniciales que tuvo la tutela para introducirse en la práctica jurídica colombiana, esta acción ha logrado convertirse en

un instrumento de acercamiento de la ciudadanía al derecho y de respeto de sus libertades.

La consagración constitucional de la tutela era ya una incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto que los tratados contemplan el derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz de protección de los derechos.

La tutela contra decisiones judiciales es uno de los puntos centrales de controversia actual ya que contra esta posibilidad se manifestó una resistencia inicial de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, basada en la defensa a ultranza del principio de cosa juzgada y de la imposibilidad de una jerarquización entre las salas de los tribunales, y de esos tribunales a la Corte Constitucional. Finalmente, ha logrado imponerse la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de acuerdo con la cual la cosa juzgada sólo puede pretender permanecer como tal si incorpora un mínimo de justicia. Afirmar que las sentencias no son impugnables sería como aceptar que los jueces no están sujetos a la Constitución.

La Corte Constitucional y otros tribunales en fallos de tutela han dado protección en casos concretos a los siguientes derechos: la libertad de conciencia, la salud, la educación, la honra, el ambiente sano, de los niños, de circulación, de prescriptibilidad de las penas y el habeas data, entre otros.

El Defensor del Pueblo

Desarrollo de la tradición del ombudsman, el Defensor del Pueblo en Colombia es una institución que funda en el poder de la crítica pública la eficacia de su labor en favor de la vigencia de los derechos humanos.

Basado en los principios de informalidad, prevención y fácil acceso, el proyecto de ley que lo reglamenta le asigna las siguientes funciones: divulgación de los derechos humanos, interposición de recursos y atención de quejas, defensoría de oficio y denuncia pública.

Sin embargo, es necesario evitar que el proyecto de ley que la reglamenta, hoy en trámite, convierta a la Defensoría del Pueblo en una dependencia de la Procuraduría General de la Nación. Para que aquella cuente con una real independencia de gestión no bastan la autonomía administrativa y presupuestal; la Constitución coloca a la cabeza del Ministerio Público al Procurador General de la Nación, pero también da al Defensor del Pueblo una alta jerarquía al hacer residir su nombramiento en la Cámara de Representantes. Más adecuado sería establecer mecanismos de coordinación que tengan en cuenta la alta investidura de que debe gozar el Defensor del Pueblo.

Por otra parte limitan a fondo la eficacia de su labor el carácter completamente discrecional de la función de denuncia pública, la posibi-

lidad de oponer reserva a sus averiguaciones y la prohibición de admitir denuncias anónimas.

Con la reducida planta de personal asignada tampoco es posible atender con eficacia sus cuatro funciones ordinarias, contar con una cobertura nacional y delegados especiales por derechos -como de la mujer, menores, indigentes, enfermos, indígenas y presos-, y tener presencia en las zonas marginadas y de conflicto armado, como lo contempla el proyecto.

El Grupo de trabajo para el esclarecimiento y reparación de hechos de violencia

Se discutió sobre la necesidad de conocer la verdad sobre la guerra sucia que ha vivido Colombia y que sigue acumulando víctimas. Para ello se recogió la idea de integrar un "Grupo de trabajo para el esclarecimiento y reparación de hechos de violencia" encargado durante seis meses de allegar y evaluar información sobre tales hechos, alimentar con ella y supervisar los procesos judiciales, e identificar y satisfacer las necesidades de reparación económica y social correspondientes. Sus funciones no serían judiciales, ni su existencia implicaría alteración de los procedimientos ordinarios; pero estaría ligado activamente a los procesos por conducto del Ministerio Público, que haría parte del Grupo, y sería de esa forma un potente dinamizador de la labor judicial. Este mecanismo, propuesto en el informe de la Comisión para la Superación de la Violencia, no ha recibido respuesta del gobierno, si bien el Defensor del Pueblo se manifestó favorable al mismo, aun cuando con algunas modificaciones.

EL CASO COLOMBIANO EN LAS DIVERSAS INSTANCIAS INTERNACIONALES

ONU

En el caso colombiano frente a la ONU se destacaron tres aspectos:

El papel de los servicios de asesoramiento del Centro de derechos humanos y el rol de la Comisión de Derechos Humanos.

Desde 1988, Colombia ha solicitado los servicios del Centro de derechos humanos de la ONU, el cual ha asistido al gobierno en algunos programas, a través de la Consejería Presidencial, en materia de educación, capacitación, fortalecimiento de ciertas instituciones, etc. Sin embargo, el consultor independiente, señor Varela Quiroz, quien evaluó en 1990 el alcance de estos programas para Colombia, consideró que si bien éstos

habían tenido algunos resultados positivos, la asesoría no había rendido todos los frutos esperados. Así, uno de los proyectos más importantes, la recuperación de los personeros para la protección de los derechos humanos, no ha permitido que éstos siquiera cuenten con el apoyo logístico necesario para que desempeñen sus funciones de manera eficiente.

De otro lado, se destacó que la Comisión de Derechos Humanos no ha prestado atención suficiente al caso colombiano.

En tales circunstancias es necesario lograr que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU se preocupe más de cerca del caso colombiano. Teniendo en cuenta las dificultades políticas que existen para que esta comisión acepte el nombramiento de un relator específico para nuestro país, una posibilidad más concreta sería potenciar los servicios de asesoramiento recibidos por el gobierno colombiano de parte de las Naciones Unidas, a través de la designación de un experto permanente de la ONU que colabore con las autoridades y la sociedad colombianas en el mejoramiento sustancial de la situación de derechos humanos y con obligación de rendir informe al respecto ante la Comisión de la ONU. Una versión aun más avanzada sería el establecimiento de una misión permanente de las Naciones Unidas con atribuciones para velar por la protección de los derechos humanos y el respeto del derecho humanitario, como ha ocurrido en El Salvador.

Los efectos de las visitas de parte de organismos especializados de la ONU y de sus recomendaciones.

Colombia ha recibido visitas de organismos especializados de la ONU: el Grupo de Tabajo sobre Desapariciones Forzadas en 1988; el relator sobre ejecuciones sumarias en 1989. Estos redactaron informes con recomendaciones específicas, que no han sido cumplias por el gobierno. Una medida inmediata que podría tomar el gobierno -si desea mejorar la situación de derechos humanos- sería la de aplicar esas recomendaciones, entre las cuales cabe recordar el llamado que el relator de ejecuciones sumarias hizo al gobierno colombiano para retirar del servicio, por decisión presidencial, a los funcionarios estatales notoriamente comprometidos en violaciones; o la recomendación del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas para que no se restrinja el habeas corpus ni se otorguen atribuciones excesivas a miembros de los organismos de seguridad.

La presencia de nuevos mecanismos e instrumentos como el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias y la Convención del Niño.

Cabe utilizar las nuevas posibilidades dadas por otros mecanismos de protección, como el recientemente creado Grupo de Trabajo sobre Deten-

ciones Arbitrarias, alimentando su labor mediante la presentación de denuncias. Para ello se pueden impulsar los pronunciamientos que sobre casos individuales efectúa este grupo, a diferencia de otros mecanismos no convencionales de las Naciones Unidas.

Igualmente se destacó el desfase existente entre la aprobación por Colombia de un nuevo instrumento de la ONU, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por medio de la ley 12 de 1991, y la desprotección efectiva de estos derechos. En efecto, se calcula que dos de cada diez niños fallecen antes del año de edad. Y la situación podría agravarse por la aplicación que se pretende hacer en nuestro país de políticas neoliberales con altos costos sociales. Así, en estos últimos años, la tasa de mortalidad infantil ha empezado otra vez a subir, después de haber bajado entre 1960 y 1980.

En tales condiciones, convendría pensar en revisar el Código del Menor a la luz de la Convención de los Derechos del Niño, para ver si las leyes internas cumplen con los mandatos del derecho internacional. Igualmente, teniendo en cuenta el carácter interdependiente e indivisible de todos los derechos humanos, así como las relaciones orgánicas entre paz, democracia, desarrollo y respeto de los derechos humanos, es necesario hacer de estos últimos una dimensión ineludible de las estrategias de desarrollo. Las políticas económicas no pueden estar orientadas simplemente al mantenimiento de variables macroeconómicas abstractas, sino que deben buscar hacer efectivos los derechos de segunda y tercera generación, y en especial los derechos de los sectores más expuestos de la población, los niños.

Mecanismos previstos en la OIT

Los aspectos que deben destacarse en relación con los mecanismos existentes en el sistema de la Organización Internacional del Trabajo son los siguientes:

En primer término importa resaltar que en el período comprendido entre 1987 y 1991 la Organización Internacional del Trabajo conoció y decidió 11 casos de violación a la libertad sindical por parte del Estado colombiano. Las conclusiones de la OIT en relación con ellos son: En Colombia se vive una violencia generalizada, y una grave violación del derecho a la vida que imposibilitan el ejercicio de la libertad sindical; el Estado colombiano ha violado los convenios de la OIT en la medida en que ha ilegalizado y penalizado formas de protesta social; el Estado colombiano ha violado los convenios de la OIT en la medida en que ha privado a los trabajadores de las entidades estatales del derecho de la negociación colectiva.

Una segunda anotación recoge importantes aspectos que deben tenerse en cuenta para la utilización de los instrumentos internacionales de la OIT.

Ellos son:

1. Los mecanismos de control de la OIT son de dos tipos: los regulares, que se cumplen de manera oficiosa a partir de las memorias y de los informes que los Estados deben remitir en forma periódica; y los contenciosos, que se inician siempre por querella. Los procedimientos contenciosos son: reclamación (a instancia de una organización sindical de empleadores o de trabajadores); queja (a instancia de un Estado) que puede dar lugar a que al Estado querellado se le levante una comisión de encuesta cuyas recomendaciones son de obligatorio cumplimiento para los Estados; y el procedimiento especial ante el Comité de Libertad Sindical.

2. Los mecanismos de la OIT son más flexibles que los previstos en otros instrumentos internacionales, lo que facilita su utilización en la medida en que para acudir al organismo internacional no se requiere agotar los recursos de jurisdicción interna.

3. Ninguno de los convenios de OIT es susceptible de suspenderse durante los estados de excepción.

4. Por considerarse que son garantías mínimas, los convenios de la OIT no admiten reserva ni son susceptibles de aplicación progresiva.

5. Los organismos de control de la OIT han señalado que la huelga es un desarrollo del derecho de asociación sindical y únicamente puede ser limitada en los servicios públicos esenciales, es decir, los que afectan la vida o la integridad de la población en todo o en parte. No puede hacerse una interpretación extensiva del concepto de servicio público esencial.

6. El Comité de Libertad Sindical ha declarado que una huelga convocada para protestar por la política económica y social del gobierno constituye una acción sindical legítima.

7. Colombia viola los convenios de la OIT al decretar estados de excepción con base en una protesta obrera.

8. Los sistemas de protección de la OIT y de la OEA no son incompatibles y pueden ser utilizados paralelamente.

Por último, resaltamos algunos aspectos que conviene tener en cuenta como actividades inmediatas:

1. Es necesario analizar y estudiar la legislación laboral frente a los convenios de la OIT para determinar su adecuación con los instrumentos vigentes en Colombia.

2. Es necesario difundir los instrumentos y mecanismos de protección de derechos humanos de la OIT así como las decisiones proferidas por ese organismo que afectan la responsabilidad del Estado colombiano sobre el cumplimiento de los convenios.

3. Debemos estar muy atentos a la propuesta del gobierno colombiano ante la OIT en el sentido de reglamentar el derecho de huelga, pues esa reglamentación implica en sí misma una limitación.

4. Hay que hacer efectiva la insistente solicitud del Comité de Expertos de laOIT ante el gobierno colombiano para que modifique la legislación que prohibe los procesos de negociación colectiva de los trabajadores estatales.

5. Conviene hacer un seguimiento a la rendición de informes de Colombia ante la OIT, pues según el requerimiento del organismo debe hacerlo cada año debido a la magnitud de violaciones cometidas por el Estado colombiano.

Sistema Interamericano de Protección

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) profirió en el último año cuatro resoluciones declarando responsable al Estado colombiano por la violación al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad y a las garantías judiciales en tres casos de desaparición forzada, uno de ellos colectivo, y un caso de ejecución extrajudicial. En los cuatro casos el organismo internacional solicitó al gobierno de Colombia indemnizar a los familiares de las víctimas, sancionar a los responsables de los crímenes y dar protección a los testigos que, con riesgo de sus vidas, colaboraron en el esclarecimiento de los hechos.

De la misma manera, la C.I.D.H. realizó una visita *in loco* a Colombia y se espera que para el mes de septiembre rinda su informe sobre el resultado de ella. Esta preocupación de la C.I.D.H. constituye un avance dentro de las posibilidades y desarrollos del sistema interamericano en el caso colombiano.

En relación con el sistema deben destacarse algunos aspectos más:

1. Tanto la actividad contenciosa como la actividad consultiva de la Corte Interamericana constituyen una posibilidad de protección a los derechos humanos.

2. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana van más allá de un análisis teórico y abstracto y pueden traducirse en protección efectiva de derechos a nivel general.

3. Las opiniones consultivas de la Corte hacen referencia no solamente a la Convención Americana sino a todos los tratados internacionales de derechos humanos.

4. La opinión consultiva 08/87 de la Corte Interamericana prohibe expresamente la suspensión del recurso de habeas corpus en los estados de excepción.

Como posibilidades de acción inmediata podemos destacar:

1. Para lograr una mayor eficacia del sistema interamericano de protección de derechos humanos es necesario que las ONGs y las víctimas de violaciones utilicen sus mecanismos de manera sistemática.

2. Es necesario difundir ante el gobierno, el Congreso de la República

y la Corte Constitucional el contenido de la OC 08/87 de la Corte.

3. Debe insistirse en la actividad contenciosa ante el sistema interamericano para evitar que los Estados puedan limitar que se produzcan resoluciones decisorias con el pretexto de que es mejor impulsar labores de promoción como actividad prioritaria.

4. Es necesario que los organismos de derechos humanos establezcan una estrategia concertada para incidir ante los órganos políticos de la OEA en el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección.

LA INTERNACIONALIZACION DE LA PAZ

La internacionalización de la paz para evitar la internacionalización de la guerra a través de un acuerdo de derechos humanos antes del cese al fuego, con el ingrediente de la verificación internacional, tal como sucedió en el proceso salvadoreño, puede ser un paso decisivo para impulsar nuevamente el proceso de paz con la coordinadora guerrillera Simón Bolívar.

El caso salvadoreño nos enseña que el acuerdo sobre derechos humanos firmado en San José (Costa Rica) el 26 de julio de 1990 bajo la verificación de una misión de Naciones Unidas, orientó de manera definitiva el proceso. La utilización del derecho internacional humanitario como objeto de verificación sobre las acciones de las partes en el conflicto; la aplicación del derecho consuetudinario y del derecho internacional de los conflictos armados, a los conflictos internos, como por ejemplo la prohibición de la utilización de las minas; los esfuerzos tendientes a precisar una tipología de infracciones sobre el trato humano y la protección de la población civil; la observancia de los principios del derecho internacional humanitario sobre limitación, distinción y proporcionalidad; y la utilización de la noción clásica de la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos sobre el Estado como único garante y obligado a respetarlos, pero que frente al conflicto armado las obligaciones son de ambas partes y no son recíprocas conforme al derecho humanitario, son lecciones salvadoreñas que deberíamos tener en cuenta los colombianos.

Es obvio que El Salvador no es Colombia, y que sus situaciones de violencia son diversas; pero precisamente en razón de esas diferencias, la sociedad civil colombiana debe ejercer una mayor presión para internacionalizar la paz. Si Colombia hace parte del "grupo de países amigos" del Secretario General de Naciones Unidas para El Salvador y ha jugado un papel determinante en todo el proceso de ese país, resulta extraño que el gobierno colombiano señale que no es necesaria una mediación internacional.

La introducción de nuevos actores y escenarios en el proceso de paz

colombiano es fundamental. Es necesario ampliar la participación de las Fuerzas Armadas al proceso a fin de darle coherencia; pero igualmente es importante la participación de la sociedad civil en el diálogo, para lo cual convendría el establecimiento de una amplia comisión con la participación de diversos sectores sociales a fin de facilitar el acercamiento entre las partes en conflicto. Además, las otras ramas del poder público deberían asumir un papel más protagónico frente a las negociaciones porque contribuyen a que se consolide un manejo más integral de la paz. Los diálogos regionales con la participación de actores armados, como lo recomendó la Comisión de la Superación de la Violencia, son un derecho de la sociedad civil que como espacio pueden generar confianza entre las partes y disminuir de manera real las hostilidades.

Sin embargo, la protección a la población civil y la atención a las víctimas de la confrontación, son una de las principales moralejas de El Salvador y una prioridad para Colombia. Es imprescindible que los combatientes respeten el núcleo básico de derechos que protegen las normas humanitarias. Los civiles muertos, heridos y desplazados, y los combatientes que han quedado fuera de la confrontación, son una razón más que suficiente.

El desplazamiento interno de la población civil en busca de protección por causa del conflicto armado y por las violaciones a la dignidad humana, son un preocupante y vigente problema que afecta la situación de los derechos humanos en Colombia. Todas las personas desplazadas tienen derecho a ser protegidas por el Estado y deben gozar de los derechos humanos fundamentales. El Estado colombiano debe impulsar un programa coherente de asistencia humanitaria a esta clase de víctimas porque de lo contrario la situación de los desplazados seguirá siendo un problema de derechos humanos de carácter persistente. Del mismo modo, la comunidad internacional debe atender el desplazamiento interno, por lo que resulta conveniente que se amplíe o adicione el mandato del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados -ACNUR-, con el objeto de que también ofrezca protección a los desplazados.

La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR- en Colombia a través de sus tareas de difusión, visitas a los lugares de detención, agencia central de búsquedas, asistencia en favor de las víctimas, y su proyecto ortopédico, debe continuar y ser estimulada por el gobierno colombiano. En ese sentido, es fundamental que las Fuerzas Militares pongan en conocimiento del CICR las capturas que ellos realicen, máxime cuando ésta organización con sus principios de neutralidad, independencia e imparcialidad, garantiza un eficiente trabajo.

En fin, humanizar la guerra mientras se logra la paz es una alternativa que merece ser impulsada por las partes en conflicto y respaldada por la sociedad civil. Sujetar el comportamiento de las Fuerzas Armadas Colom-

bianas y de la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar al derecho penal colombiano, que reconoce al combatiente como un rebelde con condiciones políticas; al artículo 3 común de los convenios de Ginebra, que establece el mínimo de trato humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales; la adhesión al protocolo II de los Convenios de Ginebra, instrumento que no significa la intervención de organismos internacionales en el restablecimiento del orden público interno, tampoco le otorga estatus de beligerancia a los grupos alzados en armas, ni desconoce la soberanía del Estado; o a un acuerdo de derechos humanos *ad hoc* suscrito por ambas partes, son mecanismos que pueden contribuir eficazmente a mitigar los estragos de la confrontación, y disminuir las operaciones de guerra mientras se desarraiga de una vez por toda la lucha armada en nuestro país.

El diálogo sigue siendo el único camino de salida al conflicto armado; los diálogos regionales deben ser concebidos como espacio de impulso a los diálogos nacionales. Dentro de este proceso, hay que insistir en la desinformación de los medios de comunicación, por lo cual es necesario que estos jueguen un papel imparcial y objetivo.

ANALISIS Y RETOS DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DE SU RECEPCION EN COLOMBIA

El análisis de la condición actual del sistema universal e interamericano de derechos humanos muestra serias deficiencias, que permiten hablar de una crisis de eficacia. Entre ellas están el acceso restrictivo de los individuos a sus instancias y mecanismos de protección, la falta de una jurisdicción universal coactiva de derechos humanos que fortalezca el desempeño de las instancias existentes, y la organización no democrática de las instituciones internacionales.

Todo ello obliga a plantear la necesidad de ampliar los mecanismos de acceso individual a las instancias internacionales, democratizar su estructura y crear pronto un tribunal de justicia internacional de derechos humanos.

La realización de algunas reformas al sistema internacional debe acompañarse de un uso mayor de de sus mecanismos por parte de las organizaciones de la sociedad civil y de la fiscalización de la gestión internacional del Estado colombiano.

A nivel nacional, la jurisprudencia ha sido en el pasado refractaria a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, y ha rendido culto al mito de la soberanía estatal en esta materia, convirtiéndose esta en una interpretación que denota craso provincianismo en medio del actual proceso de internacionalización del derecho de los derechos humanos.

Con todo, comienza a darse reconocimiento y aplicación a las normas

internacionales, muestra de lo cual son entre otros un fallo de tutela de la Corte Constitucional y una sentencia del Consejo del Estado, en que citando el convenio número 1 de Ginebra y el Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, respectivamente, allí se da vigencia a la libertad de conciencia de los militares para abstenerse de obedecer una orden de su superior que atente contra los derechos fundamentales, y por otra parte, se ordena dar atención médica gratuita a un enfermo de sida. Es importante reseñar aquí el muy reciente fallo de tutela de la Corte Constitucional en el que, citando la Convención Americana, se afirma que el derecho de habeas corpus no puede ser restringido aún durante los estados de excepción. Sin embargo, es de esperarse en el futuro una ampliación a fondo de las normas y prácticas internacionales.