

# El Personero Municipal y la Protección de los Derechos Humanos y de la Población Civil



Índice



Libertad y Orden  
**Vicepresidencia**  
República de Colombia



Programa Presidencial  
de Derechos Humanos  
y DIH



# El Personero Municipal y la Protección de los Derechos Humanos y de la Población Civil



Indice



# El Personero Municipal y la Protección de los Derechos Humanos y de la Población Civil

Francisco Santos Calderón  
**Vicepresidente de la República**

Carlos Franco  
**Director**  
**Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH**  
**Vicepresidencia de la República**

Tomás Concha Sáenz  
**Coordinador Área de Políticas**  
**Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH**  
**Vicepresidencia de la República**

Daniel M. Medina González  
**Investigación y textos**

Colaboración especial de  
**Carlos Augusto Lozano**

Daniel M. Medina González  
Carlos Augusto Lozano  
**Selección de la Jurisprudencia**

John Jairo Medina Murillo.  
**Diseño y elaboración del C.D. de apoyo**

Buenos & Creativos E.U.  
**Diseño y diagramación cartilla interactiva**

Viviana Bolívar Bautista  
**Coordinación editorial**  
**Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH**

Fotografía  
Banco de imágenes  
**Programa Presidencial de DH y DIH**  
**Buenos & Creativos E.U.**

Diseño, diagramación, artes e impresión  
**Diana Trujillo**  
**Wilmar Carreño**  
Buenos & Creativos E.U.  
www.buenosycreativos.com Tel.: 210 1859

**ISBN 978-958-9438-17-6**

Distribución gratuita, está permitida la reproducción total o parcial del texto, citando la fuente.  
Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Vicepresidencia de la República.  
www.derechoshumanos.gov.co  
Calle 7 No.6-54

Impreso en Bogotá, Colombia, Enero de 2009.

Índice



# TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN..... 11

## CAPITULO I

MARCO NORMATIVO Y FUNCIONAL DEL PERSONERO MUNICIPAL..... 13

El Estado Social y Democrático de Derecho ..... 15

Marco constitucional de la Personería Municipal ..... 18

Marco legal de la Personería Municipal ..... 20

Funciones del Personero ..... 21

Como agente del Ministerio Público ..... 21

Como defensor del pueblo y de los Derechos Humanos ..... 22

Como Veedor del tesoro público ..... 23

En la conciliación extrajudicial ..... 24

En la Protección de los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente ..... 25

## CAPITULO II

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS..... 33

Los Derechos Humanos ..... 35

El Bloque de Constitucionalidad..... 36

Tratados de carácter general..... 37

Tratados especializados para Proteger el Derecho a la Vida y la Integridad Personal..... 37

Tratados especializados para Proteger los Derechos de la Mujer ..... 37

Tratados especializados para Proteger los Derechos de los Niños..... 37

Tratados especializados para Proteger el Derecho a la Igualdad ..... 38

Tratados en materia de Derecho Internacional Humanitario ..... 38

Tratados en materia de Derecho Penal Internacional ..... 38

Derecho Internacional de los Derechos Humanos - DIDH .....	38
Obligaciones Internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos .....	39
Obligaciones Constitucionales de las autoridades en materia de Derechos Humanos .....	42
Grupos vulnerables.....	51

### CAPITULO III

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	53
Derechos Fundamentales.....	55
Derecho a la Vida .....	56
Derecho a la Integridad Personal .....	60
Derecho a la Libertad Personal.....	63
Derecho a la Salud .....	69
Derecho a la Educación .....	74
Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad .....	86
Derecho A No Ser Desaparecido .....	92
Derecho de Petición.....	103

### CAPITULO IV

LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL.....	109
El Derecho Internacional Humanitario.....	111
Principios del Derecho Internacional Humanitario .....	114
Normas del DIH aplicables al caso colombiano.....	116
El Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra .....	116
El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra .....	117
La Protección de la Dignidad Humana en los Conflictos Armados.....	118
El Principio de Distinción y la Protección de la Población Civil .....	119
Garantías Fundamentales del Trato Humano .....	120
Protección de Bienes Indispensables para la Supervivencia de la Población Civil .....	121



La Protección de los Bienes Civiles.....	121
La Protección de Obras e Instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.....	121
La Protección de los Bienes Culturales y de los Lugares De Culto.....	122
Prohibición de los Desplazamientos Forzados.....	122
La crisis humanitaria del Desplazamiento y los Derechos de la Población Desplazada .....	122
 BIBLIOGRAFÍA .....	 129



# PRESENTACIÓN

En medio de múltiples dificultades de orden presupuestal, logístico y de cooperación institucional, entre otras, en cada municipio de Colombia, el Personero Municipal debe atender la enorme responsabilidad de: vigilar la actuación de los funcionarios de la administración pública, promover la vigencia y protección de los derechos humanos, actuar en defensa del patrimonio y el interés público, promover la participación ciudadana y el control social sobre la gestión pública, reclamar de las autoridades la protección de la población civil y la atención de las víctimas de la confrontación armada, requerir la asistencia del Estado para aquellas personas y comunidades en graves situaciones de vulnerabilidad, abandono, discriminación o marginalidad social.

Su actuar, necesariamente cercano al diario acontecer de la vida de sus conciudadanos, hace que la Personería Municipal, sea vista, aún en los más alejados rincones de la patria, como la institución del Estado vocera de las comunidades, preservando en el imaginario colectivo una percepción legitimante de una institucionalidad estatal cercana y aliada, comprometida con el buen gobierno, y con la solución de los problemas que afectan la convivencia de los asociados y los derechos humanos de las personas y comunidades. El ciudadano común, cansado de la indolencia de muchas instituciones, la apropia como “la última esperanza” de que el Estado lo escuche y de solución a sus quejas, angustias y reclamos.

En el Personero Municipal, a lo largo del tiempo se ha acumulado un amplio espectro de funciones, unas asignadas directamente por la ley y otras que le han sido delegadas por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo u otras autoridades. Sin embargo no nos equivocamos, si afirmamos a lo largo y ancho del país, tal vez exceptuando las grandes capitales de departamentos, que el Personero Municipal debe afrontar sus múltiples responsabilidades, auxiliado en el mejor de los casos por una precaria planta de personal adscrita a su despacho, y de un no menos menguado soporte logístico e infraestructural.

El difuso escenario de violencias múltiples y la difícil situación económica, social y de marginalidad en que deben sobrevivir vastos sectores de la población colombiana, comprometen sistemáticamente la vigencia y el ejercicio de los derechos humanos de numerosas personas y grupos poblacionales de la nación. Particularmente la degradante realidad de la confrontación armada que afecta a la institucionalidad y a la sociedad Colombiana desde hace varios lustros, demanda un especial esfuerzo del Gobierno nacional, para desarrollar las acciones que sean necesarias para el fortalecimiento de las

Personerías Municipales, con el propósito de afincar y fortalecer en el municipio de una institucionalidad democrática respetuosa y garante de los derechos humanos, y celosa en el cumplimiento de los mandatos Constitucionales y en los deberes que le impone el Estado social de derecho que ordena nuestra Carta Política.

Un aspecto, en el cual el personero requiere más apoyo y colaboración, es el que tiene que ver con la garantía, protección y respeto de los derechos humanos amenazados y violentados históricamente por la pobreza, la marginalidad, la discriminación, la confrontación armada y las múltiples violencias a ella asociadas. La labor que cumple el personero en el municipio contribuye de manera importante a alcanzar los objetivos del Estado Social de Derecho, fortalece la lucha contra la impunidad y promueve el acceso a la justicia de las personas y grupos más vulnerables, aportando a la construcción de la paz y a la reconciliación de todos los colombianos.

El Gobierno Nacional, a través del Programa Presidencial de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, adscrito a la Vicepresidencia de la República, busca con esta publicación, contribuir al fortalecimiento de las personerías municipales, mediante el aporte de elementos pedagógicos, teóricos y prácticos que ayuden a orientar y cualificar la labor del personero municipal, especialmente en aquellos aspectos relacionados con la vigencia de los derechos humanos, la protección de la población civil, la atención de las víctimas de la confrontación armada y en la búsqueda permanente de una gestión pública cada vez más eficiente e integral al servicio de la comunidad.

Tanto en el documento como en el Cd, que se anexa a la publicación, los personeros municipales dispondrán de importante información acerca de los desarrollos normativos y jurisprudenciales alcanzados en el ámbito nacional en materia de protección y garantía de los derechos humanos, al igual que sobre las normas y la doctrina internacional en estas materias. Elementos estos que creemos, contribuirán eficazmente a mejorar la acción y capacidad argumentativa de las personerías municipales en la defensa y protección de los derechos humanos y libertades ciudadanas.

# CAPITULO I

MARCO NORMATIVO Y FUNCIONAL  
DEL PERSONERO MUNICIPAL



Indice



## El Estado Social y Democrático de Derecho

La Constitución Política es la norma superior, rectora de todo el ordenamiento jurídico e institucional Colombiano. Toda la acción del Estado ha de estar siempre sujeta y subordinada al conjunto de principios, valores y normas que inspiran y orientan el contenido material y filosófico de la Carta Política. Todos los ciudadanos y servidores públicos sin distinción, están sometidos a su acatamiento y cumplimiento.

El preámbulo de la constitución de 1991, señala que en ejercicio del poder soberano del pueblo , la constitución política se expidió “con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana” .

El mandato popular allí expresado, es la razón de ser y el cimiento de todo el entramado institucional y político- administrativo de la organización y el funcionamiento del Estado Colombiano. Las funciones que cumple la personería municipal, al igual que las de cualquier otro órgano o entidad del Estado, deberán estar siempre orientadas al buen logro de los objetivos señalados.

Colombia es un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, que tiene como fines esenciales servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución; facilitar la participación del ciudadano en las decisiones públicas que lo afectan y ser garante de una convivencia pacífica y de la vigencia de un orden justo, para lo cual las autoridades de la república han sido instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades ( Arts. 1 y 2 C.P.)

Las autoridades y los servidores públicos en general, deben comprometerse de manera decidida con la materialización de esta moderna y avanzada forma de organización política, social, administrativa y jurídica, que nos legó el Constituyente del 91, con la cual se busca que todas las personas y las comunidades, sean y se asuman, reconocidas y respetadas como sujetos individuales y colectivos titulares de derechos, deberes y libertades, y, en el que todos los ciudadanos y ciudadanas sin distinción de género, credo religioso, o cualquier otra consideración política, social, cultural o de cualquier orden, puedan participar con libertad y autonomía, en la formación y el ejercicio del poder público, dentro de un sistema pluralista, democrático e incluyente.

La connotación social del Estado, se traduce en la obligación constitucional de proveer los bienes, servicios y condiciones materiales y de accesibilidad necesarias, para que todas las personas, especialmente las más vulnerables, puedan alcanzar la realización de sus derechos, la satisfacción de sus necesidades básicas y el efectivo reconocimiento de su dignidad humana.

“... El principio de Estado social de derecho, como estructura básica de nuestro ordenamiento constitucional, implica en primer lugar, que el Estado tiene un constante deber con las personas de proporcionarles bienestar. En este orden de ideas, el propio Estado debe poner un mínimo de bienes y servicios, materiales y espirituales, al alcance de los individuos y propender porque todos los colombianos tengan empleo, seguridad social, educación, etc <sup>1</sup>.”

El Estado Social tiene su fundamento principal en el desarrollo de políticas interesadas en el bienestar social como eje prioritario en la conducción de los intereses colectivos<sup>2</sup>, lo que significa, que los gobernantes tienen la responsabilidad constitucional de adoptar y desarrollar políticas públicas orientadas a combatir las desigualdades e inequidades sociales y a superar la mera declaración formal de derechos, con el propósito de garantizarle al ciudadano el ejercicio real y efectivo de los mismos. Este postulado fundamental debe orientar al personero en su labor como defensor del pueblo y de los derechos humanos.

El fundamento democrático del Estado Colombiano se fortalece en el ejercicio participativo de la ciudadanía en los asuntos públicos y en la afirmación incluyente del pluralismo y la diversidad étnica y cultural que habita la nación. La naturaleza democrática del Estado concita a las diferentes instancias institucionales y societales a converger en el reconocimiento y la promoción de espacios, escenarios y prácticas en las cuales, las diferentes concepciones y expresiones ideológicas, políticas culturales, sociales y organizativas, coexistan y se puedan confrontar de manera pacífica en un marco de respeto a los derechos humanos y de acatamiento al orden jurídico de tal manera, que se promueva el desarrollo, el bienestar colectivo y la convivencia pacífica, desde los mas variados ámbitos de libertad, justicia y equidad.

La naturaleza democrática del Estado, también insta a la ciudadanía para que participe en los asuntos públicos de manera autónoma y libre, directamente o mediante el sistema de representaciones y escenarios de participación que la ley establezca, con el propósito de que dicha ciudadanía contribuya de manera responsable a orientar la acción y gestión del Estado en defensa del interés colectivo y de la justicia y equidad social.

“El principio de participación democrática expresa no solo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia. El concepto de democracia participativa no comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos, consultas populares, revocación

<sup>1</sup> Corte Constitucional; sent. C-040 de 2006

<sup>2</sup> Véase Corte Constitucional; Sent. C-151 de 1995



del mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual”<sup>3</sup>.

La participación de los ciudadanos, de las comunidades y de sus organizaciones, para la labor de vigilancia que le corresponde desarrollar al personero municipal, debe ser un elemento legitimador y dinamizador para que la administración pública busque los más altos niveles de efectividad, eficiencia, eficacia, que además promueve una mayor transparencia en el manejo de la cosa pública. Por tal razón, es importante que los servidores del Estado, apropien y ejerzan la administración pública como un gran escenario que convoca los esfuerzos y la participación de la colectividad para construir concertadamente soluciones a las distintas problemáticas que plantea la convivencia, el desarrollo, la justicia social y el bienestar general.

La solidaridad social, es otro referente fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho. El principio de solidaridad social es fuente primigenia de deberes para el Estado y para los asociados. El ideal colectivo de construir una sociedad justa, pluralista y equitativa, requiere de una convivencia pacífica y de un desarrollo social que represente oportunidades y brinde bienestar a todos los ciudadanos por igual en consideración a los graves desequilibrios existentes. Superar la pobreza y la inequidad social exige el compromiso solidario del Estado y de la ciudadanía, especialmente para enfrentar las amenazas y los riesgos que comprometen la vida, la integridad y los derechos de las personas y grupos más vulnerables de la sociedad.

La solidaridad social, se manifiesta en el contexto de las relaciones que establecen los individuos como una manifestación propia de la naturaleza humana. Se desarrolla a partir de un juicio y ejercicio racional de la convivencia en la que los seres humanos nos reconocemos e integramos para vivir mejor, para alcanzar mejores metas y niveles de desarrollo personal y colectivo. El Estado, es el instrumento que concertamos para alcanzar dichos propósitos.

El artículo 1 de la Constitución Política consagra como principio fundamental del Estado, la “solidaridad de las personas que la integran” y mas adelante, en el artículo 95, 2 establece como deber de la persona y del ciudadano “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.

La labor del personero guarda profunda relación con la vigencia del Estado de derecho, en su calidad de Ministerio Público le corresponde vigilar el cumplimiento de la constitución y de todo el ordenamiento jurídico. La vigencia del Estado de Derecho, demanda el acatamiento respetuoso del ordenamiento jurídico por parte del Estado y de los ciudadanos.

<sup>3</sup> Corte Constitucional; sent. C-585 de 1995

“La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho”<sup>4</sup>.

El Derecho, entendido como el conjunto normativo que rige y vincula jurídicamente toda la actividad del Estado, expresa unos límites a los que ha de subordinarse el Estado y se constituye en instrumento para la garantía y protección de los derechos y libertades de los asociados.

Colombia es un Estado democrático de derecho, es decir, un Estado regulado por la ley, en el que priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las cuales se reputan como legítimas, en cuanto se realicen con apego a la ley, propendan por el bienestar de los asociados, y posibilite a los individuos un desarrollo autónomo e integral, en el que sea posible la realización de sus derechos fundamentales.

“A diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado social de derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional”<sup>5</sup>.

## Marco constitucional de la Personería Municipal

La Constitución es la norma fundamental del Estado. En ella se fijan los límites del poder y de la autoridad que el Estado ejerce; se define la forma como deben relacionarse entre sí las diferentes ramas o poderes y la forma como deben hacerlo con los ciudadanos; se establece los principios, lineamientos y bases fundamentales para el ejercicio del gobierno y se señala la estructura política, administrativa e institucional para el funcionamiento de los poderes públicos, dándole forma y contenido a un régimen político determinado<sup>6</sup>.

El Estado moderno ha desbordado las funciones que se le imputaban en el marco de la clásica división tripartita del poder público y ha dado lugar a la existencia de nuevos órganos y entes estatales que no corresponden en sus funciones, fines, ni lógicas institucionales a las propias de las ramas, Legislativa,

<sup>4</sup> Véase Corte Constitucional; sent. SU – 747 de 1998

<sup>5</sup> Corte Constitucional; sent. C - 1064 de 2005

<sup>6</sup> El Concepto régimen político, hace referencia a la estructura del poder público y a la relación de ese poder con los ciudadanos, fundado en un sistema de valores y principios políticos que inspiran todo el ordenamiento jurídico

Administrativa y Judicial. Esos nuevos órganos (como los de Control y Electoral) cumplen funciones propias, específicas y diferentes, que son ejecutadas de manera autónoma e independiente de las tres ramas clásicas del poder Público, pero que contribuyen de manera armónica al cumplimiento de los fines del Estado.

El profesor Luis Carlos SÁCHICA, en su obra “Constitucionalismo Colombiano” señala que hoy no es posible de manera lógica enmarcar en una clasificación tan simplista y elemental, las múltiples funciones que ha asumido el Estado y que desbordan la clásica nomenclatura tripartita, por cuanto esas nuevas funciones estatales no son, por su naturaleza, consideradas específicamente, ni pura labor legislativa, ni mera ejecución de ésta, ni aplicación judicial de la norma, lo cual hace desueta la clasificación tripartita, moderada como ha sido por una racional colaboración<sup>7</sup>.

Al fijar la estructura que debe dar plena realización al Estado social de derecho y a la democracia constitucional en Colombia, el Artículo 13 de la Constitución política establece que junto a las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del Poder Público, y de los órganos que las integran, existen otros autónomos e independientes, que dan cumplimiento a las demás funciones del Estado, desarrollando funciones separadas y colaborando de manera armónica a la realización de sus fines. El Artículo 117 señala que El Ministerio Público y la Contraloría General de la Nación son órganos de control. El Artículo 118 dispone que El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley y que le corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. El Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público (Art. 275C. P.), por lo que bajo su dirección deberán cumplirse las funciones establecidas. Vale resaltar, que en el ámbito municipal se da una gran concentración de responsabilidades en la Personería como quiera que es la única institución del Ministerio Público que hace presencia en todos los municipios de Colombia.

La importancia del Ministerio Público para el fortalecimiento y la legitimidad del Sistema Democrático Colombiano, hace relación a su cabal funcionamiento como instancia y mecanismo de control para vigilar y disciplinar el correcto ejercicio del poder y de la función pública. Los organismos de control, son depositarios de una especie de corresponsabilidad político – jurídica, para el correcto funcionamiento del Estado, en virtud de la vigilancia que les corresponde ejercer. En materia de legitimidad y gobernabilidad también es importante anotar, que la Gestión diligente, oportuna y eficaz de las instancias y organismos de Control, generan en la sociedad una mayor confianza y credibilidad, en la forma como las autoridades y las instituciones públicas dirigen los destinos colectivos.

<sup>7</sup> SÁCHICA, Luis Carlos, “Constitucionalismo Colombiano” editorial Temis, Bogotá, 1977, Pág. 192

Con la Constitución de 1991, se ve redimensionado el papel de la Personería en la vida del municipio para superar los retos que conlleva alcanzar la vigencia material y real del Estado social de derecho y hacer del respeto de los derechos humanos el fundamento de la convivencia pacífica. El personero municipal también está llamado a desempeñar un rol de primer orden en la defensa y protección de los sectores más desvalidos, vulnerables, discriminados y marginados de la sociedad.

“El personero Municipal, como representante del pueblo y fiscalizador de la gestión administrativa a nivel local, debe cumplir grandes responsabilidades y en el transcurso de los próximos años, su eficiente desempeño será de vital importancia no solo como garantía de la eficiencia municipal y del proceso de descentralización, sino también para la gestión de nuevos procesos sociales que involucren la modernización del Estado y la eliminación de las situaciones de injusticias y privilegios que agobian a nuestra población y que limitan la plena vigencia de los derechos humanos”<sup>8</sup>.

## Marco legal de la Personería Municipal

La personería municipal hace parte del Ministerio Público y en tal condición desarrolla labores propias de dicho Ministerio en el ámbito municipal. Sin embargo la ley se ha encargado de desarrollar y ampliar permanentemente las diferentes funciones que cumple la personería en el ámbito municipal.

El decreto 1336 de 1986, (Art. 135) estableció que “En cada municipio habrá un funcionario que tendrá el carácter de defensor del pueblo o veedor ciudadano y agente del Ministerio Público, llamado Personero Municipal”. La ley 3 de 1990 (Art.1 que modificó el Artículo 135 citado) dispuso que “En cada Municipio habrá un funcionario que tendrá el carácter de defensor del Pueblo o veedor ciudadano, agente del Ministerio Público y defensor de los derechos humanos, llamado Personero Municipal”. La ley 136 de 1994, finalmente fue la que estableció que las personerías municipales y distritales son entidades con autonomía presupuestal y administrativa, encargadas de ejercer el control administrativo en el municipio, condición en la cual les corresponde ejercer las funciones del Ministerio Público que confiere la Constitución y la ley, al igual que aquellas que le sean delegadas por el Procurador General de la Nación.

En ejercicio de dichas funciones le corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas. (Arts. 168 y 169 )

<sup>8</sup> Manrique Reyes, Alfredo; Democracia Local y Derechos Humanos; Bogotá, PNUD-Personería de Bogotá D. C, 2005

## Funciones del Personero

### Como agente del Ministerio Público

La ley 136 de 1994 en el Artículo 178, establece que: el Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones de Ministerio Público, además de las que determinen la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:

- ☉ Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las ordenanzas, las decisiones judiciales y los actos administrativos, promoviendo las acciones a que hubiere lugar, en especial las previstas en el Artículo 87 de la Constitución.
- ☉ Defender los intereses de la sociedad.
- ☉ Vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales.
- ☉ Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes acogiéndose a los procedimientos establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las investigaciones.
- ☉ Las apelaciones contra las decisiones del personero en ejercicio de la función disciplinaria, serán competencia de los procuradores departamentales<sup>9</sup>.
- ☉ Intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.
- ☉ Intervenir en los procesos civiles y penales en la forma prevista por las respectivas disposiciones procedimentales.
- ☉ Intervenir en los procesos de policía, cuando lo considere conveniente o cuando lo solicite el contraventor o el perjudicado con la contravención.
- ☉ Velar por la efectividad del derecho de petición con arreglo a la ley.
- ☉ Rendir anualmente informe de su gestión al Concejo.
- ☉ Exigir a los funcionarios públicos municipales la información necesaria y oportuna para el cumplimiento de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna, salvo la excepción prevista por la Constitución o la ley.

<sup>9</sup> El Art.178 de La Ley 136 de 1994 también dispone que “el poder disciplinario del personero no se ejercerá respecto del alcalde, de los concejales y del contralor. Tal competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación, la cual discrecionalmente, puede delegarla en los personeros. La Procuraduría General de la Nación, a su juicio, podrá delegar en las personerías la competencia a que se refiere este artículo con respecto a los empleados públicos del orden nacional o departamental, del sector central o descentralizado, que desempeñen sus funciones en el respectivo municipio o distrito.”

- ⌚ Presentar al Concejo proyectos de acuerdo sobre materia de su competencia.
- ⌚ Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.
- ⌚ Defender el patrimonio público interponiendo las acciones judiciales y administrativas pertinentes.

## Como defensor del pueblo y de los Derechos Humanos

La misma disposición arriba citada, consagra otras funciones, cuya ejecución corresponde más a la figura del personero como Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos, a saber:

- ⌚ Interponer la acción popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el hecho punible, cuando se afecten intereses de la comunidad, constituyéndose como parte del proceso penal o ante la jurisdicción civil.
- ⌚ Divulgar los derechos humanos y orientar e instruir a los habitantes del municipio en el ejercicio de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
- ⌚ Cooperar en el desarrollo de las políticas y orientaciones propuestas por el Defensor del Pueblo en el territorio municipal.
- ⌚ Interponer por delegación del Defensor del Pueblo las acciones de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión.
- ⌚ Defender los intereses colectivos en especial el ambiente, interponiendo e interviniendo en las acciones judiciales, populares, de cumplimiento y gubernativas que sean procedentes ante las autoridades.
- ⌚ Velar porque se dé adecuado cumplimiento en el municipio a la participación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales sin detrimento de su autonomía, con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, control y vigilancia de la gestión pública municipal que establezca la ley.
- ⌚ Apoyar y colaborar en forma diligente con las funciones que ejerce la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas.
- ⌚ Vigilar la distribución de recursos provenientes de las transferencias de los ingresos corrientes de la Nación al municipio o distrito y la puntual y exacta recaudación e inversión de las rentas municipales e instaurar las acciones correspondientes en caso de incumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.
- ⌚ Promover la creación y funcionamiento de las veedurías ciudadanas y comunitarias.
- ⌚ Todas las demás que le sean delegadas por el Procurador General de la Nación y por el Defensor del Pueblo.
- ⌚ En su condición de autoridad Defensora de los Derechos Humanos, el Personero también cumple entre otras las siguientes atribuciones:

- ⦿ Recepcionar y tramitar quejas y reclamos que cualquier persona le formule en relación con amenazas o vulneraciones a los Derechos Humanos, las libertades políticas y las garantías sociales.
- ⦿ Solicitar o requerir a las autoridades pertinentes el suministro de la información que estime necesaria en relación con las amenazas o vulneraciones a los Derechos Humanos, las libertades políticas y las garantías sociales.
- ⦿ Ser informado por las autoridades competentes, acerca de capturas, retenciones, allanamientos u otros actos que restrinjan o coarten la libertad de las personas y sobre los motivos y lugares de su realización.
- ⦿ Informar a las autoridades competentes sobre hechos de su conocimiento, presuntamente irregulares con el fin de que la administración implemente los correctivos y sanciones a que haya lugar.
- ⦿ Presentar anualmente un informe al concejo municipal sobre la situación de derechos humanos en el municipio y formular las recomendaciones que estime pertinente.

### Como Veedor del tesoro público

No menos importante, son las funciones que debe cumplir el Personero Municipal en su calidad de Veedor del Tesoro. En relación con dichas funciones atribuidas por la ley 617 de 2000, la Corte Constitucional declaró inexecutable el aparte que condicionaba su desempeño a aquellos municipios en los que no existiera Contraloría Municipal.

“ (...) las atribuciones del personero como veedor del tesoro son distintas a las funciones propias de control fiscal, por lo cual no hay invasión de las competencias propias de las contralorías. (...) el personero no asume directamente las funciones de control fiscal ni desplaza a las contralorías de estas competencias. Y es que no podía ser de otra forma porque, como lo destacan los intervinientes, por expreso mandato constitucional, corresponde a las contralorías departamentales la vigilancia de la gestión fiscal en aquellos municipios en donde no haya contralorías municipales (CP Art. 272)”.<sup>10</sup>

Las funciones estipuladas en el Art. 24 de la ley 617 de 2000 son:

- ⦿ Velar por el cumplimiento de los principios rectores de la contratación administrativa establecidos en la ley, tales como: transparencia, economía, responsabilidad, ecuación contractual y selección objetiva.
- ⦿ Velar por el cumplimiento de los objetivos del Control Interno establecidos en la ley, tales como: igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de costos ambientales.
- ⦿ Realizar las visitas, inspecciones y actuaciones que estime oportunas en todas las dependencias de la administración municipal para el cabal cumplimiento de sus atribuciones en materia de tesoro público municipal.

<sup>10</sup> Corte Constitucional; Sent. C-1105/01



- ⌚ Evaluar permanentemente la ejecución de las obras públicas que se adelanten en el respectivo municipio.
- ⌚ Exigir informes sobre su gestión a los servidores públicos municipales y a cualquier persona pública o privada que administre fondos o bienes del respectivo municipio.
- ⌚ Coordinar la conformación democrática a solicitud de personas interesadas o designar de oficio, comisiones de veeduría ciudadana que velen por el uso adecuado de los recursos públicos que se gasten o inviertan en la respectiva jurisdicción.
- ⌚ Solicitar la intervención de las cuentas de la respectiva entidad territorial por parte de la Contraloría General de la Nación o de la Contraloría departamental, cuando lo considere necesario.
- ⌚ Tomar las medidas necesarias, de oficio o a petición de un número plural de personas o de veedurías ciudadanas, para evitar la utilización indebida de recursos públicos con fines proselitistas.
- ⌚ Promover y certificar la publicación de los acuerdos del respectivo concejo municipal, de acuerdo con la ley.
- ⌚ Procurar la celebración de los cabildos abiertos reglamentados por la ley. En ellos presentará los informes sobre el ejercicio de sus atribuciones como veedor del Tesoro Público.

## En la conciliación extrajudicial

La Conciliación, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, no sólo es coherente con los postulados democráticos de la Carta Política que buscan garantizar un orden justo, sino que expresa en el ámbito jurisdiccional la vocación pacifista que la alimenta, y que orienta a la administración de justicia<sup>11</sup>.

La Conciliación es un mecanismo civilizado y pacífico, que permite el entendimiento directo de las partes involucradas en una controversia de intereses, para que mediante una sana y respetuosa confrontación de puntos de vista, puedan alcanzar una solución convenida por ellas mismas, sin necesidad de que un tercero tenga que decidir por ellas.

La ley 270 de 1996, Estatutaria de la administración de Justicia, remitió a reglamentación legal, el establecimiento de mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados. En la revisión constitucional de dicho proyecto de ley la Corte manifestó que el propósito de hacer realidad las metas del Estado social de derecho, que acompaña a la Administración de Justicia no sólo se alcanza mediante el fallo de los jueces de la República, sino también cuando se acude a la amigable composición o intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial; para la alta corporación, los denominados mecanismos o formas alternativas para

<sup>11</sup> Véase Corte Constitucional Sent. C- 165 de 1993



la resolución de conflictos contribuyen a alcanzar dichos propósitos, a descongestionar los despachos judiciales, evitar un mayor desgaste de la administración de Justicia y fortalecen la convivencia pacífica mediante la solución amistosa de las diferencias entre los asociados, incluyendo entre estos a las entidades públicas<sup>12</sup>.

La ley 640 de 2001 estableció que en materia de competencia de los jueces civiles, la conciliación se podrá adelantar ante los conciliadores de los centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público en materia civil y ante los notarios, y a falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, la conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales. Igual posibilidad estableció, en relación con la conciliación extrajudicial en derecho en materia laboral, señalando que a falta en el respectivo municipio de todos los funcionarios competentes que para el efecto son los inspectores de trabajo, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo y los agentes del Ministerio Público en materia laboral, dicha conciliación podrá surtirse por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales. (Arts. 27 y 28).

En asuntos de familia, la conciliación extrajudicial en derecho, podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. Sin embargo, al igual que en materia civil y laboral, ante la falta de todos los funcionarios señalados, la conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales, quienes podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del Artículo 277 del Código del Menor y el Artículo 47 de la Ley 23 de 1991 y tendrán la facultad de solicitar al juez competente la adopción de las medidas provisionales que la ley establece. (Arts. 31 y 32).

## En la Protección de los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente

La característica fundamental de los derechos colectivos, es que su titularidad trasciende la órbita del sujeto individual para radicarse en la persona humana como ser social; razón por la cual su protección concierne, no a un actor social o estatal determinado, sino a cada una de las esferas que componen el entramado social, como lo ha reiterado la Corte Constitucional, razón por la cual su conservación impone deberes a los diferentes actores sociales, y estatales, y en un mundo globalizado, trascienden incluso los límites nacionales para demandar su conservación, respeto y exigibilidad en el contexto internacional.

Los derechos colectivos y del medio ambiente aparecen generalmente relacionados con reivindicaciones de grupos minoritarios o vulnerables de la sociedad y con la exigencia de unas mejores condiciones y calidad de vida.

<sup>12</sup> Véase Corte Constitucional; sent. C-037 de 1996

En el título II “De Los Derechos, Garantías y Deberes” capítulo 3 “De Los Derechos Colectivos y del Ambiente”. La Constitución Política desarrolla en cinco Artículos (78 al 82), los lineamientos constitucionales relativos a los derechos de los consumidores; de los usuarios de los servicios públicos; el derecho al medio ambiente; y a la protección del espacio público.

### Protección de los derechos del consumidor.

Vivimos en una sociedad de consumo en la cuál la pobreza y las necesidades insatisfechas de amplias capas de la población, se confabulan con el desarrollo tecnológico, la producción masiva de bienes, la creciente oferta de servicios, etc., para fomentar una cultura de consumo, que se expande indiscriminadamente dando origen a una demanda creciente y desbordada de bienes y servicios por parte de los ciudadanos. Esta situación es auspiciada y promovida mediante las más diversas estrategias de publicidad y mercadeo por sectores industriales, comerciantes, financiero etc.

El afán de lucro y con él, la voracidad que mueve al mercado, hace que el ciudadano, definido como sujeto de derechos, formalmente libre y dueño de su propia autonomía, se convierta en un agente consumidor y sujeto vulnerable y prisionero de una “libertad invasiva” que lo agrede en sus propios derechos y lo extravía en un universo engañoso de “facilidades y oportunidades”, para adquirir bienes y servicios, artificiosamente convertidos por obra y gracia del mercado en Artículos necesarios e indispensables para su bienestar y felicidad. A lo anterior se añade, la falta de información o la información engañosa que generalmente rodea la desequilibrada relación que la publicidad y los medios masivos de comunicación contribuyen a crear entre los consumidores de una parte y los productores y proveedores de otra.

Esa inequidad y ese desequilibrio que subyace en las relaciones entre consumidores y productores y proveedores, ha obligado la intervención del Estado para reconocer y proteger los derechos de los consumidores, mediante la adopción de medidas que buscan restablecer el equilibrio perdido, y dirigidas a preservar la libertad, la autonomía y los demás derechos de los ciudadanos. Esta protección que se extiende a la conservación y sostenibilidad del medio ambiente, como aspecto fundamental del buen vivir y de unas relaciones armoniosas y de respeto con la naturaleza.

El Estado tiene la obligación constitucional, de regular legalmente el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad y para garantizar la idoneidad de la información que se suministre al público para su comercialización. La ley por su parte, ha señalado que jurídicamente son responsables quienes en la producción y comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios, y que el Estado, debe garantizar la participación de las organizaciones representativas de consumidores y usuarios que observen procedimientos democráticos internos, en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

“La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría

real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas” ha reiterado la Corte Constitucional<sup>13</sup>.

La ley 73 de 1981, de conformidad con el numeral 12 del Artículo 76 de la Constitución Nacional, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas orientadas al control de la distribución o venta de bienes y servicios y al establecimiento de sanciones y procedimientos con tal fin. El gobierno nacional expidió el decreto 1441 de 1982 y reguló lo concerniente a la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores. Estas organizaciones civiles son de carácter apolítico y tienen por objeto garantizar la protección, la información, la educación, la representación y el respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios, así como, velar por el pago de las indemnizaciones a que haya lugar por la violación de tales derechos. Las ligas y asociaciones de usuarios deben velar por:

- ☉ La eficacia de los funcionarios, organismos y entidades establecidos por la ley para la defensa del consumidor.
- ☉ La observancia de las normas gubernamentales sobre precios y la racionalidad de los establecidos por los proveedores. Al igual que sobre las tarifas de servicios públicos, la idoneidad y calidad de los bienes y servicios, el acatamiento de las normas técnicas que el gobierno determine y la exactitud de las pesas, medidas y volúmenes de los productos y mercancías.
- ☉ La conservación y utilización racional del agua, la fauna, la flora y demás recursos naturales, la no contaminación de los alimentos, del aire y del agua, y por la imposición y el cumplimiento de las sanciones a que legalmente hubiere lugar por tales motivos.
- ☉ Vigilar la responsabilidad de los productores y proveedores respecto de la publicidad de las mercancías, las marcas y leyendas que exhiban los productos, y en general, respecto de la divulgación de su contenido y características.
- ☉ Velar por que en los sistemas de financiación que se exijan en operaciones de compra – venta o utilización de bienes y servicios se garanticen condiciones de equidad, al igual que por el cumplimiento de las garantías ofrecidas por el productor o proveedor.
- ☉ Velar por el abastecimiento suficiente de los mercados y el mantenimiento de una oferta normal de bienes y servicios y denunciar públicamente y ante las autoridades competentes los hechos que atenten contra los intereses y derechos de los consumidores.
- ☉ Atender de manera eficaz y oportuna las quejas, reclamos y solicitudes que formulen los consumidores en relación con el respeto de sus derechos y la efectividad de sus indemnizaciones.
- ☉ El Personero Municipal, en su múltiple condición de Ministerio Público, Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos, tiene el deber de concurrir a la defensa y protección de los derechos

<sup>13</sup> Corte Constitucional; Sent. C – 1141 de 2000

del consumidor, promoviendo y desarrollando acciones pedagógicas para el conocimiento de los mismos y vigilando de manera eficaz el cumplimiento de las disposiciones legales por parte de los productores y proveedores de bienes y servicios, al igual que el oportuno y correcto cumplimiento de las funciones y obligaciones de los servidores públicos y de las organizaciones de usuarios legalmente establecidas.

### Protección del medio ambiente.

El deterioro ambiental ha alcanzado una magnitud que impacta negativamente y en forma grave las condiciones y la calidad de vida de los habitantes del planeta. Hoy el tema del deterioro ambiental, es una de las mayores preocupaciones que debe movilizar el interés y la agenda pública de los Estados y a la comunidad internacional.

En Colombia, la inclusión del componente ambiental en los planes de desarrollo y en la vida de los municipios, reviste vital importancia para alcanzar los fines esenciales del Estado de proteger y garantizar a todos los habitantes una vida digna y de calidad que les posibilite el disfrute de los demás derechos fundamentales.

El inadecuado tratamiento de basuras y residuos, la contaminación de ríos, de fuentes de aguas, del aire y en general del medio ambiente, el mal uso de los suelos, la explotación irracional de los recursos naturales, el saqueo y destrucción de la fauna y la flora, la afectación de los ecosistemas, etc. son problemáticas que debe incluir el personero municipal en su lista de prioridades.

La Corte Constitucional, en varios de sus fallos, ha reiterado que el medio ambiente sano constituye un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, por lo que su protección y conservación no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas, en razón a que los factores que lo perturban, afectan las condiciones necesarias para llevar una vida sana y digna y causan daños irreparables en los seres humanos.

Las autoridades del Estado, tienen la obligación de actuar para proteger la diversidad e integridad del ambiente, para conservar las áreas de especial importancia ecológica, para fomentar la educación dirigida al logro de tales fines (Art. 79 C.P.). El Estado tiene el deber de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, de garantizar su desarrollo sostenible, su conservación o sustitución, de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y de imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (Art.80 C.P.). El saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado, por lo tanto, le corresponde organizarlo, dirigirlo y reglamentar su prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Art. 49 C.P.).

Entre otras disposiciones constitucionales que concurren a la protección y conservación del medio ambiente, están: el Artículo 58 que consagra una función ecológica a la propiedad privada; el Artículo 67 que ordena que la educación formará a los colombianos en el respeto a los derechos humanos y para

la protección del medio ambiente; el Artículo 95 numeral 8 que establece que es deber de la persona y el ciudadano, proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; el Artículo 277 numeral 4 que prescribe como función del Procurador General de la Nación defender los intereses colectivos, en especial el ambiente; el Artículo 282 numeral 5 que confiere facultades al Defensor del Pueblo para interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia dentro de los cuales está velar por la protección y conservación del medio ambiente y proteger los derechos fundamentales de las personas; el Artículo 313 numeral 9 que señala que corresponde a los Concejos Municipales dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio; el Artículo 366 que establece como objetivo fundamental del Estado la solución de necesidades insatisfechas en materia de saneamiento ambiental y de agua potable para alcanzar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

“La responsabilidad social de proteger los recursos naturales y la conservación del medio ambiente sano, no son sino una consecuencia lógica de aquellas que tiene el Estado de buscar la perdurabilidad de las personas, en fin de cuentas, destinatarias de los preceptos constitucionales las cuales simplemente tratan de armonizar el funcionamiento de las entidades del Estado para lograr la coexistencia y el bienestar de los asociados”<sup>14</sup>.

Colombia ha suscrito varios tratados internacionales de los cuales se derivan obligaciones sobre el tema, así por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece el deber de los Estados Parte de adoptar medidas para el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, para asegurar el disfrute de la salud física y mental de las personas ( PIDESC Art.12 lit. b), el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, establece, en el título IV, sección I capítulo III, Artículo 55 que para la proteger el medio ambiente natural, está prohibido a los combatientes, utilizar métodos o medios concebidos o que puedan causar daños al medio ambiente natural, y consagra la obligación de velar por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos duraderos y graves y la prohibición de realizar ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

En el marco de la normatividad legal expedida, podemos citar entre otras, la ley 99 de 1993 que creó el Ministerio del Medio Ambiente, reordenó el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables y organizó el sistema nacional ambiental; la ley 136 de 1994 desarrolló normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios y les otorgó la facultad de ordenar y planificar el desarrollo ambiental de su territorio; la ley 152 de 1994 instituyó la obligación de los municipios de contar con un plan de desarrollo y un plan de ordenamiento territorial; la ley 388 de 1997 estableció las pautas y orientaciones para elaborar dichos planes; La ley 99 de 1993 otorgó facultades al Ministerio del Medio Ambiente para ejercer de manera discrecional y selectiva

<sup>14</sup> Corte Constitucional; Sent. T- 092/93

cuando las circunstancias lo ameriten, evaluación y control sobre el deterioro ambiental con ocasión de actividades o proyectos de desarrollo y/o explotación de recursos naturales renovables y no renovables.

### Protección del espacio público y del trabajador informal

El Estado tiene la obligación constitucional de velar por la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, que prevalece sobre el interés particular. La defensa del Espacio Público es entonces un deber constitucionalmente exigible, razón por la cual corresponde a las autoridades administrativas y judiciales de la República, velar por su vigilancia y protección.

“La búsqueda de una mejor calidad de vida para las personas y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, es uno de los fundamentos sobre los cuales se estructura el concepto de Estado social de derecho. Es por ello que, de conformidad con el Artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentran a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos”<sup>15</sup>.

El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio y constitucionalmente le asiste el deber, de cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del Concejo Municipal, dentro del territorio de su jurisdicción. Dentro esa normatividad que debe cumplir y hacer cumplir, están las normas destinadas a la protección, uso y conservación del espacio público.

El espacio público tiene componentes, naturales, construidos, ambientales, urbanísticos, recreativos, de interés cultural, científico, y en términos generales el espacio público hace relación a esa esfera, lugar o porción del territorio, al cual las personas pueden acceder y transitar libremente, por cuanto su destinación y uso esta precisamente orientado al servicio y beneficio de la comunidad. Generalmente asociamos espacio público, con lugares abiertos y de acceso público, como las calles, las plazas, las vías públicas, las aceras o andenes, las ciclo vías, etc., o con ciertos inmuebles o edificaciones publicas al servicio de la comunidad como las bibliotecas, los terminales de transporte, los coliseos, las plazas de mercado, etc., el espacio público comprende entonces, todos aquellos bienes de propiedad, dominio y uso público, que están sometidos a una regulación determinada por la administración pública con la finalidad de garantizarle a todas las personas su accesibilidad, uso y disfrute. Los espacios públicos, están destinados a atender y satisfacer necesidades colectivas que contribuyan al bienestar de la comunidad y al ejercicio de los derechos ciudadanos.

Es importante recordar en este punto, que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la constitución conlleva responsabilidades para las personas y tienen como fundamento la obligación de

<sup>15</sup> Corte Constitucional SU-360 de 1999

todas ellas de cumplir la constitución y las leyes. Entre los deberes y obligaciones que la constitución impone a ciudadanos y en general a todas las personas, cabe resaltar los que hacen relación al respeto de los derechos ajenos y el no abuso de los propios; a obrar conforme al principio de solidaridad social especialmente frente a aquellas situaciones que ponen en peligro la vida o la salud de las personas y a velar por la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente sano<sup>16</sup>.

Una problemática recurrente, es la ocupación del espacio público por parte de quienes ejercen la economía informal y lo utilizan para ejercer su derecho al trabajo en procura de unas condiciones mínimas de supervivencia. Ahí se presenta un conflicto de intereses entre los derechos de los vendedores informales y la obligatoria defensa del espacio público por parte de las autoridades.

“Pese a que, el interés general de preservar el espacio público prima sobre el interés particular de los vendedores ambulantes y estacionarios, es necesario, según la jurisprudencia, conciliar proporcional y armoniosamente los derechos y deberes en conflicto, pues quienes ejercen el comercio informal hacen uso de su derecho al trabajo, el cual también goza de protección constitucional”<sup>17</sup>.

Entre otras razones para fundamentar su posición, la Corte ha señalado que quienes se ven abocados a esta práctica, lo hacen basados en la confianza legítima, de buena fe, pues erróneamente, creen tener un derecho sobre dicho espacio público, por que el Estado no solo les ha permitido, sino facilitado durante mucho tiempo, la realización de actos de ocupación, dada la actitud permisiva que ha tenido la nación y el municipio. Frente a tales situaciones la Corte ha considerado que las personas que usan el espacio público para fines de trabajo pueden obtener la protección, a través de la acción de tutela, siempre y cuando se encuentren amparados por el principio de la confianza legítima con las condiciones que la jurisprudencia ha indicado y que si bien el desalojo del espacio público es constitucionalmente procedente, debe realizarse mediante un proceso judicial o policivo, respetando el debido proceso y garantizando que los ocupantes no queden desamparados como corresponde a la naturaleza de un Estado social de derecho.

<sup>16</sup> Véase Constitución Política de Colombia; Art. 95

<sup>17</sup> Corte Constitucional; T-396/97





# CAPITULO II

LA PROTECCIÓN DE LOS  
DERECHOS HUMANOS



Índice



## Los Derechos Humanos

Los derechos humanos son prerrogativas que facultan a las personas para reclamar del Estado o de otras personas, ciertas abstenciones o prestaciones que aquellas necesitan para atender a las exigencias derivadas de su condición de seres dignos y para exigir un ámbito de libertad dentro del cual puede autónomamente obrar o dejar de obrar.

Esa condición de ser humano digno, faculta a las personas para reclamar de otros que no incurran en conductas con las cuales se menoscaben su vida, integridad y demás atributos que derivan de esa condición. También los faculta para exigir la satisfacción de ciertos bienes espirituales y materiales que le resultan indispensables para vivir como individuo dotado de racionalidad, libertad y responsabilidad, y para demandar que se respete su capacidad para auto determinarse y elegir el proyecto de vida personal que estima adecuado y para comportarse de acuerdo con las características de ese proyecto.

Los derechos humanos son demandas. Un elemento peculiar de los derechos es el acto de reivindicar y exigir. Quienes acuden al lenguaje de los derechos humanos, formulan por lo general exigencias enfáticas frente a una condición percibida como inhumana o injusta [ . . . ] Los derechos humanos amparan aquellos reclamos y reivindicaciones que apuntan hacia bienes considerados de vital importancia para individuos y grupos, más que hacia bienes contingentes y suntuarios. Es decir, los derechos humanos tienden a garantizar aquella clase de bienes a los que las personas no estarían dispuestos a renunciar, puesto que esa renuncia significaría lo mismo que un abandono de su condición de humanos<sup>18</sup>.

Los derechos humanos cumplen diversas funciones. Dotan a la persona de instrumentos para desarrollarse como ser social, en cuanto se trata de mecanismos que resultan idóneos para relacionarse y comunicarse con los demás miembros de la comunidad. Proveen herramientas para tomar parte en el manejo de los asuntos sociales, económicos, políticos y culturales de la comunidad mediante la deliberación y la toma de decisiones y previenen el abuso de poder porque establecen límites al ejercicio de la autoridad.

Los derechos humanos se caracterizan por que son universales, indivisibles e interdependientes<sup>19</sup>. Ello significa que todas las personas son titulares —en igualdad de condiciones— de los mismos derechos, que todos los derechos humanos resultan ser igualmente necesarios para que las personas puedan vivir de forma digna y que todos ellos están relacionados entre sí y, por lo tanto, deben ser tratados en pie de igualdad y dando a todos el mismo peso. Los derechos humanos también se distinguen por ser preexistentes, limitados, inalienables e inviolables. Son preexistentes porque tienen

<sup>18</sup> Defensoría del Pueblo, ¿Qué son los derechos humanos?, Bogotá, 2001, p. 42

<sup>19</sup> Véase Organización de las Naciones Unidas, Declaración y programa de acción de Viena, 1993.

fundamento en la dignidad intrínseca de la persona y no en actos de las autoridades. Son limitados porque en su ejercicio no resulta lícito vulnerar derechos ajenos o alterar el justo orden público. Son inalienables porque no se puede renunciar a ellos, toda vez que la persona no puede despojarse nunca de su condición humana. Son inviolables porque todo acto con el cual se amenazan o menoscaban constituye un acto injusto que debe ser reprimido y sancionado.

La Constitución Política de 1991, avanzó de manera significativa en materia de derechos humanos, principalmente por hacer de su garantía y protección su fundamento ético y jurídico del Estado social de derecho y por haber dado rango constitucional a su reconocimiento. La consagración Constitucional de los derechos humanos expresan la voluntad soberana del pueblo Colombiano de fundamentar en su respeto, garantía y protección la ruta que el Estado debe transitar para alcanzar los fines que le han sido encomendados, para ello, todas las ramas del poder público, tienen el deber de promover y crear dentro de la órbita de sus competencias, las condiciones materiales, políticas, sociales y culturales, para que los asociados puedan ejercerlos plenamente.

La Constitución Política también dispuso que los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Y que los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con dichos tratados<sup>20</sup>. Con fundamento en dicha norma, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, ha venido ampliando el ámbito de protección de los derechos humanos fundamental, acudiendo a los tratados y convenios de derechos humanos y con fundamento en la teoría del “bloque de constitucionalidad”.

## El Bloque de Constitucionalidad

Es un conjunto de normas que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>21</sup>, se halla integrado por la Constitución propiamente dicha y por normas y principios que sin estar contenidas de forma expresa en ella, poseen verdadera jerarquía constitucional. En sentido estricto, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre otras normas, los tratados de derecho internacional humanitario y los tratados que reconocen derechos humanos. Estos tratados, por mandato del Artículo 93 de la Carta Política, prevalecen en el orden interno y determinan la forma como deben interpretarse el alcance y contenido de los derechos reconocidos en ella.

En consecuencia, los contenidos de las leyes y de los actos de la administración deben estar subordinados no solamente a los mandatos de la Constitución. También deben estarlo a los preceptos de los tratados de

<sup>20</sup> Véase, Constitución Política de Colombia, Art. 93

<sup>21</sup> Ver, entre otras, las sentencias C - 195 de 1993, C - 295 de 1993 C - 337 de 1993, C - 179 de 1994, C - 225 de 1995, C - 578 de 1995, C - 600A de 1995, C -287 de 1997, C - 358 de 1997, C -191 de 1998, T- 568 de 1999, C - 774 de 2001, C - 200 de 2002, SU - 058 de 2003 y C - 401 de 2005

derecho internacional humanitario y de los tratados que reconocen derechos humanos. Toda norma que sea contraria a esos instrumentos internacionales, resulta violatoria de la Carta Política. Dichos tratados, por su prevalencia sobre el ordenamiento jurídico nacional, operan como parámetros para valorar la compatibilidad de las disposiciones dictadas por el legislador o por el ejecutivo, con la Constitución. Algunos de los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad son los siguientes:

### Tratados de carácter general

Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Colombia lo incorporó a su legislación nacional mediante la Ley 74 de 1968.

Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José). Aprobada por la Asamblea General de la OEA el 22 de noviembre de 1969. Colombia la incorporó a su ordenamiento jurídico mediante la Ley 16 de 1972.

### Tratados especializados para Proteger el Derecho a la Vida y la Integridad Personal

- ☉ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Colombia la incluyó en su ordenamiento mediante la Ley 70 de 1986.
- ☉ Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de diciembre de 1985. Colombia la aprobó a través de la Ley 409 de 1997.
- ☉ Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. Aprobada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994. Colombia la incluyó en su legislación nacional mediante la Ley 707 de 2001.

### Tratados Especializados para Proteger los Derechos de la Mujer

- ☉ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979. Rige para Colombia por mandato de la Ley 51 de 1981.
- ☉ Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará). Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994. Colombia la aprobó a través de la Ley 248 de 1995.

### Tratados especializados para Proteger los Derechos de los Niños

- ☉ Convención sobre los derechos del niño. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989. Aprobado en Colombia por la Ley 12 de 1991.

## Tratados especializados para Proteger el Derecho a la Igualdad

- ☉ Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Colombia la adoptó en virtud de la Ley 22 de 1981.
- ☉ Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 8 de junio de 1999. Rige para Colombia por mandato de la Ley 762 de 2002.

## Tratados en materia de Derecho Internacional Humanitario

- ☉ Convenios I, II, III, IV de Ginebra de 1949. Aprobados por la Conferencia Diplomática para elaborar convenios internacionales destinados a proteger las víctimas de la guerra, el 12 de agosto de 1949. Entraron en vigor para Colombia por mandato de la Ley 5 de 1960.
- ☉ Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Aprobado por la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados, el 8 de junio de 1977. Entró en vigor para Colombia por disposición de la Ley 171 de 1994.

## Tratados en materia de Derecho Penal Internacional

- ☉ Estatuto de la Corte Penal Internacional. Adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, el 17 de julio de 1998. Incorporado al ordenamiento jurídico nacional en virtud de la Ley 742 de 2002.

## Derecho Internacional de los Derechos Humanos - DIDH

Esta rama del derecho internacional tuvo origen cuando se proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948. Es un ordenamiento jurídico que se no ocupa de regular las relaciones entre los estados ni de proteger sus intereses, sino de resguardar a la persona humana y está integrado por un conjunto de tratados cuyos propósitos principales son proteger los derechos inherentes de la persona, independientemente de su nacionalidad, y resguardarla contra los abusos de poder.

Se trata de un ordenamiento que limita el poder del Estado a favor de la persona, quien se convierte en la destinataria de los derechos reconocidos y protegidos por los respectivos tratados. Tal ordenamiento caracteriza por que protege a todas las personas sin importar en qué territorio se encuentran y tiene vigencia tanto en tiempo de paz como de conflicto armado internacional o de carácter interno. El DIDH no sólo crea obligaciones de manera exclusiva para los Estados sino que, además, sólo les crea deberes y ningún derecho. La doctrina internacional ha precisado al respecto:

La Corte debe enfatizar (...) que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana [sobre derechos humanos] no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se comprometen a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción<sup>22</sup>.

Los estados que aprueban tratados que forman parte del Derecho internacional de los derechos humanos “se someten a un orden legal del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los sujetos bajo su jurisdicción”<sup>23</sup>. Esta clase de tratados forman parte del bloque de constitucionalidad.

## Obligaciones Internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos

Los diversos instrumentos que integran el derecho internacional de los derechos humanos poseen un rasgo común: imponen unas obligaciones generales al Estado. Estas obligaciones emanan de la disposición denominada por la doctrina “cláusula de respeto y garantía”. En sentido amplio, esta cláusula indica que el objeto y propósito de la actividad del Estado están ordenados y condicionados por las exigencias propias de una realización verdadera y eficaz de los derechos humanos. Así, el ordinal 2 del Artículo 2° del Pacto internacional de derechos civiles y políticos prescribe:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...]

La Convención americana sobre derechos humanos, a su vez dispone:

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-2/82, consultado desde [http://www.corteidh.or.cr/seriea/seriea\\_02\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/seriea/seriea_02_esp.doc)

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, consultado desde [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_02\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.doc)

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...]

El cumplimiento de la obligación de respetar los derechos humanos se satisface cuando los servidores públicos se abstienen de incurrir en conductas con las cuales se impida u obstaculice injustamente el libre y pacífico ejercicio de los derechos y libertades de la persona. El incumplimiento de esta obligación es una de las más graves formas de desobedecer los compromisos internacionales del Estado pues denota un propósito voluntario, deliberado e intencional de violar los derechos humanos.

El deber de abstención que impone la observancia de esta obligación internacional se tiene que diferenciar del acto de omitir un deber legal. El primero es una forma de conducta legítima y además obligatoria por el propósito que persigue: no afectar injustamente los derechos humanos. Por ejemplo, se cumple ese deber cuando la autoridad se abstiene de torturar a una persona privada de la libertad. Esa abstención es ineludible para respetar el derecho a la integridad personal. Por el contrario, la omisión de un deber legal constituye una forma de conducta ilícita. Incurre en esta conducta el servidor público que teniendo el deber jurídico de obrar para obtener un resultado legítimo o de obrar para impedir un resultado contrario a derecho, no lo hace. La omisión puede ser propia o impropia. Es propia cuando se incumple el deber de actuar. Es impropia cuando se incumple el deber de actuar para facilitar la ejecución de un delito. Por ejemplo, incurre en omisión la autoridad penitenciaria que, pudiendo hacerlo, no impide a otra torturar a un recluso.

El incumplimiento de la obligación internacional de respetar los derechos humanos constituye violación de derechos humanos. El Defensor del Pueblo ha precisado que por violación de derechos humanos debe entenderse toda acción u omisión de agentes del Estado con las cuales se vulneran o amenazan bienes jurídicos fundamentales reconocidos y protegidos por la Constitución Política y por instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico nacional. Asimismo ha indicado que por agente del Estado debe entenderse<sup>24</sup>:

- i. Toda persona natural de condición civil o militar, vinculada al poder público por una relación jurídica de carácter estatutario o contractual.
- ii. Toda persona de condición particular que tenga atribuida o adjudicada la prestación de un servicio público.
- iii. Toda persona de condición particular que ha actuado teniendo a servidores públicos como determinadores o cómplices.

El deber de garantizar los derechos humanos obliga a los Estados, de forma general, a crear condiciones para que las personas, sin discriminación alguna, puedan disfrutar efectivamente de sus derechos.

<sup>24</sup> Véase Defensoría del Pueblo, Segundo informe anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, Bogotá, 1995, p. 15.



También las obliga de manera particular a<sup>25</sup>:

- i. Realizar actividades concretas para proteger a las personas contra la afectación arbitraria de sus derechos por parte de cualquier individuo o grupo de individuos.
- ii. Enseñar a las personas cuáles son los derechos que reconocen y protegen los tratados internacionales.
- iii. Educar a todas las autoridades sobre las obligaciones que asume el Estado cuando suscribe tratados internacionales en materia de derechos humanos.
- iv. Adoptar un ordenamiento jurídico que proteja eficazmente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.
- v. Prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos humanos y procurar el restablecimiento de cualquier derecho conculcado. Dado el caso, reparar los daños causados por el quebrantamiento de un derecho.

El deber de prevenir las violaciones de derechos humanos incluye la obligación de adoptar todas las medidas que puedan ser necesarias para promover la protección de esos derechos y para asegurar la sanción de quienes atenten contra ellos.

La tarea de investigar las violaciones de derechos humanos debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple actividad derivada de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares. La autoridad tiene que buscar de manera efectiva el esclarecimiento de la verdad sobre las circunstancias y los autores de las violaciones de derechos humanos, independientemente de quiénes puedan ser los autores de las mismas. Asimismo tienen que asumir el deber de investigar esas violaciones con seriedad y no como un simple formalismo condenado al fracaso. No actuar en este sentido crea una situación de impunidad que constituye, a su vez, incumplimiento de la obligación de garantía y origina la responsabilidad internacional del Estado concernido.

La impunidad es una situación que se da cuando los autores materiales, determinadores o cómplices de conductas constitutivas de violaciones de los derechos humanos o de crímenes de guerra se sustraen a las consecuencias jurídicas de su actuación. Hay impunidad normativa cuando un texto legal exime de pena a los criminales. Hay impunidad fáctica cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de sanción adecuada ya por fallas en el funcionamiento del poder judicial, ya gracias a la amenaza o a la comisión de nuevos hechos de violencia<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Véase Comité de Derechos Humanos, Observación general 3 al artículo 2º del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Aplicación del Pacto a nivel nacional y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 29 de julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.

<sup>26</sup> Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Reflexiones sobre los Principios Concernientes al Derecho a la Verdad, a la Justicia y a la Reparación Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina durante el Seminario internacional "La Corte Penal Internacional: instrumento de paz para Colombia", 16 de septiembre de 2003.

Consecuencias de la impunidad son<sup>27</sup>, entre otras, que tiende a facilitar la reiteración de los crímenes atroces, favorece la generación de más violencia, porque abre espacios que estimulan la venganza privada, menoscaba de forma grave el sentido social de la justicia y de la verdad, debilita importantes principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y obstaculiza tanto el logro de una paz auténtica y duradera como el arraigo de la reconciliación.

## Obligaciones Constitucionales de las autoridades en materia de Derechos Humanos

La Constitución contiene disposiciones que se erigen en fundamento de todo el sistema jurídico y político. Tales disposiciones son los principios constitucionales. Estas no son simples abstracciones sin efecto práctico. Todo lo contrario, son verdaderas normas de carácter vinculante que obligan a todos y, en especial, a los servidores públicos cuyas actuaciones deben estar regidas por los mandatos que contienen tales principios. Los principios no se reducen a enunciar ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológica-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser<sup>28</sup>.

Entre los principios que tienen especial relevancia para asegurar, de una parte, el respeto y la garantía de los derechos humanos y, de otra, la realización de los fines propios del Estado, se encuentran los siguientes:

### 🌐 Principio de Estado social de derecho

El Artículo 1° de la Constitución indica que Colombia es un Estado social de derecho. Esta es una caracterización esencial del Estado colombiano y no una simple descripción del mismo. En consecuencia, el concepto de Estado social de derecho no solamente determina la forma y el funcionamiento de las instituciones que hacen parte de la estructura política y administrativa. También establece los atributos particulares del Estado colombiano, indica sus propiedades esenciales y define el rumbo de la organización política.

Del principio constitucional de Estado social de derecho se desprende que la misión de la organización política e institucional es asegurar la vida en condiciones dignas (Preámbulo y Artículos 2°, 11, 12, 44, 334 y 366 C. P.), garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta (Artículos 2°, 4°, 5°, 22, 44, 70, 95, 85, 86, 94, 258, 365 y

<sup>27</sup> Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Retos para la Administración de Justicia en Colombia, de cara a la Reconciliación, Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia en el III Congreso Nacional de Reconciliación, mayo 25 de 2005.

<sup>28</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 406 de 1992.

369 C.P.), promover la prosperidad general (Artículos 2º, 13 y 209 C.P.), asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Preámbulo y Artículos 2º y 218 C.P.) y garantizar y facilitar la participación (Artículos 2º y 40 C.P.). En consonancia, ese principio amplía el ámbito de competencia de los órganos públicos. El papel de las autoridades en un Estado social de derecho no se reduce a abstenerse de interferir o recortar los derechos de la personas. Las autoridades tienen que actuar con solicitud, eficiencia e imparcialidad para garantizar condiciones dignas de vida y superar la desigualdad social entre las personas<sup>29</sup>.

El principio constitucional de Estado social de derecho hace de la persona la razón de ser de las instituciones. Las personas son titulares de derechos cuya garantía pueden reclamar como algo que les resulta debido por su dignidad inherente y no como simple acto de beneficencia que el Estado concede por generosidad. “[...] El término ‘social’ ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”<sup>30</sup>.

### Principio de primacía de los derechos humanos

El mandato constitucional de garantizar la primacía de los derechos de la persona sin discriminación alguna, se encuentra formulado en el Artículo 5º de la Carta Política. Aquel artículo inscribe el ordenamiento jurídico colombiano en la llamada doctrina del “personalismo”, esto es, en aquella corriente de pensamiento que declara la preeminencia de la persona sobre todas las estructuras de poder. “En este orden de ideas, una constitución es personalista cuando en todos los ámbitos y niveles reconoce la dignidad irrevocable y permanente de la persona humana, fundamento último de sus derechos”<sup>31</sup>.

Desde luego, el signo personalista de la Constitución no puede ser confundido con un individualismo despojado de solidaridad y responsabilidad social. Las sociedades democráticas regidas por constituciones de impronta personalista, son sociedades en la cuales se comprende que la realización del interés general implica la garantía, el respeto y la realización de los derechos humanos. Así, el Estado personalista se caracteriza por que posee un conjunto de instituciones puestas al servicio de la persona y que, por ello, incorporan el reconocimiento y el respeto de la dignidad humana como uno de sus fundamentos centrales.

Este modelo de Estado, como pretende ser el colombiano, implica que los derechos reconocidos en la Constitución deben ser garantizados de forma real. Los derechos humanos son, en consecuencia, el elemento alrededor del cual se estructuran el ordenamiento jurídico y las

<sup>29</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia SU – 747 de 1998.

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 406 de 1992.

<sup>31</sup> Madrid-Malo Garizábal, Mario, Derechos fundamentales – Conózcalos, ejérzalos y defiéndalos, 3R Editores, Bogotá, 2004, p. 26.

actividades del Estado. Por ello, el principio de primacía de los derechos tiene como resultado que los derechos reconocidos en la Constitución, deben ser garantizados de forma efectiva dado que su simple protección formal, como por ejemplo su mera enunciación en una Carta de derechos, sería incongruente con el mandato de respeto de la dignidad humana, de allí entonces que el Artículo 5º Superior haya reconocido, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas [...] <sup>32</sup>.

### Principio de respeto por la dignidad humana

Hoy se acepta que los derechos humanos no nacen de las leyes sino que tienen un fundamento superior e independiente de las mismas. Este fundamento no es otro que la condición misma de la persona y las exigencias de ella derivadas. En consecuencia, las leyes no pueden crear ni derogar tales derechos. Las leyes solamente pueden aceptar una realidad que se les impone: la persona posee unos bienes, llamados derechos humanos que le son inherentes, valga decir, inseparables de su especial naturaleza. Así lo proclaman, entre otros, instrumentos tan importantes como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

El Preámbulo de la Declaración Universal proclama “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”. El Preámbulo de la Declaración Americana pregona, a su vez, que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esas afirmaciones permiten extraer varias conclusiones:

- i. Que la dignidad, fundamento de los derechos humanos, es propia de la naturaleza y esencia de todas las personas;
- ii. Que esa dignidad esencial es propiedad de todas las personas por el sólo hecho de pertenecer a la familia humana;
- iii. Que los derechos humanos aparecen con la persona y no son una creación supeditada a la voluntad del Estado.

La dignidad de la persona hace referencia al valor único y supremo del ser humano. El diccionario señala que dignidad es poseer condición de digno. Indica a su vez: digno es aquello que merece algo. El ser humano es digno porque posee dignidad. En consecuencia, la persona es digna porque merece respeto por el simple hecho de pertenecer a la familia humana. Este respeto le debe ser otorgado por el Estado y por todos los miembros de la sociedad.

<sup>32</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 030 de 2005.w

El concepto de dignidad humana se construye a partir de la idea de que la persona ocupa un lugar central en el mundo social porque posee unas características intrínsecas que la diferencian radicalmente de los demás seres de la naturaleza. En efecto, la persona es un ser autónomo e inviolable que posee aptitud para reflexionar sobre su vida, para tomar decisiones libres y para asumir las consecuencias de sus actos.

Las personas son seres autónomos porque disponen de la capacidad para tomar decisiones por sí mismos. Son inviolables porque cualquier acto de violencia física, psicológica o moral que le impida actuar de manera autónoma siempre constituirá un acto de grave injusticia. Estas dos propiedades constituyen la razón de que, como afirman los teóricos, la persona deba ser tratada como fin en sí misma y no como instrumento al servicio de otros. Esta regla se cumple cuando al ser humano se le facilita todo lo necesario para atender a las exigencias planteadas por su dignidad. También se obedece cuando al resolver conflictos frente a cosas, se decide a favor de la persona.

La dignidad es patrimonio de todos los seres humanos sin excepción. No hay persona, grupo, institución o gobierno que tenga la capacidad de decidir quién goza de esa dignidad y quién no. La dignidad es propia de la naturaleza del ser humano y no es una condición atribuida por otros: el único requisito para ser portador de tal dignidad es pertenecer al género humano. Donde haya un ser humano, habrá una persona digna. Si la dignidad es el fundamento de los derechos humanos y, además, todas las personas gozan de tal dignidad se debe concluir forzosamente que todas las personas son titulares de los mismos derechos. “El derecho a la dignidad no es una facultad de la persona para adquirir su dignidad, ni para que el Estado se la otorgue o conceda, porque la dignidad es un atributo esencial de la persona humana”<sup>33</sup>.

La Constitución de 1991 no desconoce el esencial valor preeminente de la persona. El Artículo 1º afirma un postulado que no admite dudas sobre su alcance: Colombia es una República cuya organización política se funda en el respeto de la dignidad humana. Al interpretar el alcance de esta disposición, la Corte Constitucional señaló: “El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social [. . .] la razón última de la nueva Carta Política”<sup>34</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la dignidad humana posee un triple carácter: principio fundante del ordenamiento jurídico, principio constitucional y derecho fundamental autónomo<sup>35</sup>. Como principio fundante del ordenamiento jurídico, es un valor absoluto que no admite límites ni puede ser relativizado y que, en conjunto con los otros valores constitucionales, indica el sentido y la finalidad de las demás normas de dicho ordenamiento. Como principio constitucional,

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 702 de 2001.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 02 de 1992.

<sup>35</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 881 de 2002.

les ordena a las autoridades desarrollar las actividades indispensables para garantizar la autonomía individual, las condiciones materiales de existencia de la persona y la protección de su integridad. Como derecho autónomo, salvaguarda la autonomía de la persona para vivir como quiera (dignidad entendida como facultad para diseñar un plan de vida personal), potestad para vivir sin humillaciones (dignidad entendida como intangibilidad de la integridad física y la integridad moral) y potestad para vivir bien (dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia).

### Principio de pluralismo

El principio constitucional del pluralismo permite definir la democracia colombiana como fundada en el reconocimiento y el respeto del carácter diverso que en materia de ideas, creencias, opiniones, patrones culturales y programas de vida poseen todos los miembros de la sociedad. Pluralismo es un concepto que describe un rasgo propio de las sociedades y de las personas: que todas ellas poseen rasgos propios que les otorgan una particular identidad y las distinguen unas de otras. El pluralismo permite “descubrir y entender que la disidencia, la diversidad de opiniones y el contraste no son enemigos de un orden político-social”<sup>36</sup>.

El reconocimiento del carácter plural de la sociedad y la práctica del pluralismo crean las condiciones indispensables para que se concreten los valores fundamentales de la democracia. Este proceso exige que el Estado acepte que la diversidad y la diferencia son propias de una sociedad libre y pacífica. El pluralismo tiene diversas acepciones en la Constitución y se desarrolla en varios Artículos de la misma, a saber:

Artículo 7 “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Esta disposición debe ser observada en concordancia con los Artículos 10° y 70 de la Carta. El primero dispone que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son, junto con el castellano, idiomas oficiales en sus territorios. El segundo, reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Todas estas son normas que admiten y, simultáneamente, protegen el carácter pluriétnico de la nación, es decir, aceptan que en el territorio nacional habitan grupos sociales cuyos miembros poseen rasgos étnicos y culturales diferentes a los de la mayoría de la población y que esta diversidad debe salvaguardarse y garantizarse adecuadamente.

El pluralismo en materia étnica y cultural impone los deberes de no discriminar por pertenecer a alguno de aquellos grupos y de reconocer que los mismos son titulares de derechos fundamentales en cuanto constituyen verdaderos sujetos colectivos con identidad propia, y no un simple agregado de individuos que comparten una serie de características.

<sup>36</sup> Sartori, Giovanni, ¿Qué es la democracia?, Altamir, Bogotá, 1994, p. 48.

Artículo 19 “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva.

Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.

Esta norma reconoce que todas las religiones son iguales y merecen la misma protección y, en consecuencia, protege el pluralismo religioso. El principio de igualdad en materia religiosa tiene varias consecuencias: las personas son titulares del mismo derecho a tener la religión de su preferencia, toda práctica religiosa es jurídicamente respetable, todas las personas pueden exigir de las autoridades protección para su actividad religiosa, las personas —creyentes o no creyentes— tienen los mismos derechos y deberes fundamentales y ninguna persona puede ser discriminada por motivos de religión.

El Estado colombiano es, por mandato de la Constitución, aconfesional. Por ello, el Estado no puede adoptar ninguna religión como iglesia oficial, realizar actos de cualquier naturaleza cuyo propósito sea expresar adhesión del Estado a una religión particular, tomar decisiones de contenido religioso o que manifiesten preferencias por alguna religión concreta y adoptar políticas que tengan como objetivo promover, beneficiar o perjudicar a alguna religión o iglesia determinada.

La naturaleza aconfesional del Estado colombiano impide privilegiar a la religión católica o a otras religiones en materia de educación, ordena controlar el orden público con arreglo a los principios propios del Estado social de derecho y no con arreglo a normas de sentido religioso, prohíbe las interferencias mutuas entre Estado e iglesias y deja de considerar a la religión católica como elemento esencial del orden social<sup>37</sup>.

Artículo 20 “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.

El Artículo 20 reconoce y ampara en pluralismo en materia de divulgación de informaciones y opiniones tanto de aquellas que puedan resultar inocuas para el Estado o para la mayoría de las personas, como de aquellas que no gocen de acogida y que puedan asustar o causar desasosiego. “El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuáles no existe verdaderamente un sociedad democrática, exigen que esas opiniones e informaciones disidentes sean también protegidas”<sup>38</sup>.

Artículo 27 “El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra”.

<sup>37</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 1175 de 2004.

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 010 de 2000.



El pluralismo en la enseñanza y el aprendizaje limita la actuación del Estado en esos campos a vigilar que en los programas de las instituciones educativas, públicas y privadas, se desarrollan adecuadamente los planes curriculares oficiales y tengan como base el respeto y la promoción de los valores y principios constitucionales fundamentales<sup>39</sup>. Esta manifestación del pluralismo prohíbe a las autoridades imponer o impulsar en las instituciones educativas algún credo religioso o determinadas concepciones o convicciones morales o ideológicas. Su actividad en dichos campos se reduce a supervisar que las personas reciban información necesaria, suficiente y adecuada para formarse criterios propios que les permitan obrar como individuos autónomos<sup>40</sup>.

Artículo 39 “Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución”.

El pluralismo también protege los ámbitos sociales en los cuales se desenvuelve la persona, de tal manera que comprende la existencia de una amplia variedad de organizaciones e instituciones que le permiten al individuo expresar, compartir y profundizar sus particulares convicciones o las motivaciones que la llevan a adoptar una determinada forma de vida. La vigencia del pluralismo confiere a las organizaciones sociales un espacio de autodeterminación interna que las protege contra actos arbitrarios, irrazonables o desproporcionados de las autoridades<sup>41</sup>.

Artículo 40 “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...)

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas”.

El pluralismo político no sólo protege el derecho a fundar partidos, a pertenecer a ellos y a retirarse de los mismos libremente. También ampara los derechos al disenso y al ejercicio de la oposición crítica. La titularidad de estos derechos se aplica tanto a los miembros de los partidos y de los movimientos, como de los miembros de la sociedad en general porque aquellas son actividades necesarias para proteger, justamente, el pluralismo social, político e ideológico.

El pluralismo político es requisito ineludible para construir un sistema democrático porque no es posible lograr la defensa de los derechos humanos dentro de un sistema que no proteja el pluralismo en todas sus otras expresiones. De hecho, un Estado fundado sobre la base del pluralismo niega que la política se mueva en una incesante dialéctica amigo enemigo, de tal suerte que quien no comparta

<sup>39</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencias C – 128 de 2002 y C – 832 de 2007.

<sup>40</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 810 de 2003.

<sup>41</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 010 de 2000.



una determinada estrategia política, económica o de seguridad definida por los órganos políticos pueda ser calificado como un enemigo de la Nación que debe ser perseguido<sup>42</sup>.

### Principio de democracia participativa

La participación es esencial a la democracia. En consecuencia, es un mecanismo indispensable para lograr la justicia social porque solo tomando parte en las decisiones que competen al bienestar de todos, se puede lograr que los recursos públicos se apliquen a la búsqueda de tal bienestar. La participación es un derecho fundamental de la persona, cuyo ejercicio previene el abuso del poder político y del poder económico. Participar se traduce en un control que garantiza la legitimidad de las decisiones tomadas por los gobernantes. Cuando la sociedad se margina del manejo de los asuntos políticos, sociales y financieros permite que las autoridades se sientan libres para traicionar el imperativo constitucional que les manda servir a la comunidad.

La Carta Política de 1991 ha hecho de la participación uno de los pilares fundantes del Estado social de derecho colombiano. Cuando en su Preámbulo se proclamó que los bienes eminentes de la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz sólo se pueden alcanzar “dentro de un marco jurídico, democrático y participativo”, se otorgó a la participación un nuevo sentido. Desde entonces la democracia colombiana dejó de ser representativa para tornarse participativa. Con este cambio, el derecho de los ciudadanos a participar no se agota en el sufragio. Por el contrario, la democracia participativa “implica que los administrados no se limitan a votar cada cierto tiempo sino que tienen una injerencia directa en la decisión, ejecución y control de la gestión estatal en sus diversos niveles de gobierno”<sup>43</sup>.

El Artículo 2º de la nueva Constitución conjuró el fantasma de la democracia recortada. Al proclamar que dentro de los fines esenciales del Estado se halla el de “facilitar la participación en todas las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, abrió espacio a novedosas opciones participativas. Así, todos los colombianos pueden tomar parte en la búsqueda del bien común y ser plenamente ciudadanos. Para ello, la participación ha adquirido múltiples dimensiones, entre las cuales se pueden mencionar:

### Participación política

La participación en el ámbito político permite a los ciudadanos tomar parte en la “conformación, ejercicio y control del poder político”. Se trata de un ámbito de participación que propicia el fortalecimiento de la democracia y el acceso al ejercicio del poder político. Son mecanismos de participación política:

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 251 de 2002.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 491 de 1992.

- a. El sufragio o voto
- b. El plebiscito
- c. El referendo
- d. La consulta popular
- e. El cabildo abierto
- f. La revocatoria del mandato

### Participación en asuntos administrativos

Este ámbito de la participación permite ejercer control sobre la función pública, esto es, sobre el conjunto de los actos y las operaciones que efectúan los servidores públicos con el propósito de cumplir los cometidos misionales del Estado y de asegurar la efectividad de los derechos de las personas. Tal control permite verificar que esa función se encuentra al servicio del interés general y que se lleva a cabo de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Algunos de los mecanismos de participación en asuntos administrativos son los siguientes:

- a. Las audiencias públicas (contractuales, ambientales y de información y rendición de cuentas)
- b. Los comités de desarrollo y control social en servicios públicos
- c. Las veedurías ciudadanas
- d. Las juntas administradoras locales
- e. Los consejos de planeación
- f. El cabildo abierto para la discusión del plan de ordenamiento territorial - POT
- g. La asamblea municipal de presupuesto participativo

### Participación en asuntos laborales

Este es un escenario de participación que les permite a las personas concertar, defender o mejorar condiciones de trabajo o de ejercicio profesional. Tal clase de participación se realiza, entre otros, a través de los siguientes canales:

- a. Los sindicatos
- b. Las organizaciones gremiales
- c. Las asociaciones profesionales

## Participación en la vida social

La participación en este ámbito permite adelantar acciones cuyo propósito es defender derechos e intereses legítimos del grupo. Ejemplos de mecanismos de participación en el mismo, son:

- a. Las juntas de acción comunal
- b. Los consejos locales de juventud, cultura, educación y vejez
- c. Los comités de participación comunitaria en salud (Copacos)
- d. La asociaciones de usuarios del sistema general de salud y seguridad social
- e. Los comités de salud ocupacional
- f. Los comités técnicos territoriales de discapacidad
- g. Las personerías estudiantiles

## Grupos vulnerables

El concepto de grupos vulnerables debe entenderse en el contexto del Artículo 13 de la Constitución que establece:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

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

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

Los grupos discriminados o marginados y las personas en condiciones de debilidad manifiesta son vulnerables porque, dadas sus particulares condiciones, se encuentran expuestos de forma permanente o más frecuente, a ser víctimas de episodios de violencia y de transgresión de sus derechos. El derecho a la igualdad impone al Estado la tarea de adoptar medidas especiales y prevalentes con el propósito de que esos grupos y personas puedan superar las circunstancias sociales, económicas o culturales que les impiden disfrutar efectivamente de todos sus derechos o que favorecen los actos de agresión o las violaciones de derechos humanos. Tales medidas se concretan en las llamadas acciones afirmativas.

Los grupos discriminados son conjuntos de personas a quienes se somete a un injusto trato desigual motivado por razones de raza, sexo, orientación sexual, idioma, religión, opinión, origen social, posición económica o cualquier otra razón que tenga por propósito o resultado, impedir o menoscabar en cualquier ámbito de la vida social, económica o cultural, el reconocimiento y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos a todos. Los grupos marginados son conjuntos de personas a quienes se pone o deja en condiciones sociales, políticas o legales de inferioridad y por tales razones se les excluye injustamente del ejercicio de un derecho o de la prestación de un servicio público.

Las personas en situación de debilidad manifiesta son aquellas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales se hallan desamparadas o en imposibilidad de atender adecuadamente sus necesidades vitales o la defensa de sus derechos fundamentales por sí mismas. También son personas en situación de debilidad manifiesta los secuestrados y las víctimas de desaparición forzada<sup>44</sup>. Una persona en situación de debilidad suele estar en condiciones de indefensión, esto es, en circunstancias bajo las cuales no puede “enfrentar los ataques de que es víctima, no sólo por la ausencia o ineficacia de los medios que la ley tiene previsto para repelerlos, sino porque ante su especial situación dichos mecanismos pierden toda eficacia”<sup>45</sup>. Por tal razón, la acción de tutela es el remedio eficaz para hacer cesar las amenazas o violaciones de los derechos de personas en situación de indefensión.

Las acciones afirmativas son disposiciones, de carácter legislativo o administrativo, que están dirigidas a restablecer condiciones de igualdad para el ejercicio de los derechos, superar la discriminación y facilitar la integración de los grupos marginados o discriminados y de las personas en situación de debilidad manifiesta a la sociedad y a los beneficios del desarrollo y de los programas gubernamentales. Asegurar para esos grupos y personas el goce pleno de los derechos y demás libertades fundamentales que reconocen la Constitución, es el propósito central de las acciones afirmativas. El concepto de acciones afirmativas se emplea para designar el conjunto de políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. La Corte ha precisado que con dichas acciones si bien se acude a criterios que como la raza o el sexo en principio resultan discriminatorios y si bien ellas significan que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras, ello no significa que con las mismas se contravenga el principio de igualdad<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T- 676 de 2005.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 984 de 2001.

<sup>46</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 174 de 2004.

# CAPITULO III

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES





## Derechos Fundamentales

Los derechos humanos adquieren el carácter de derechos fundamentales cuando se identifican con aquellas facultades inviolables de exigencia que corresponden a la persona siempre y en todo lugar, independientemente de las situaciones creadas, en diversas épocas y países, por el libre albedrío de los seres humanos [...] En los textos de la Carta se habla de tales derechos como atributos innatos de la persona, cuya titularidad no depende de su proclamación por el constituyente o el legislador<sup>47</sup>.

La especial naturaleza de los derechos fundamentales obliga al Estado a otorgarles una protección especial y prioritaria. La Constitución Política creó, con tal fin, la acción de tutela. Algunos de los derechos fundamentales se encuentran reconocidos en el capítulo 1º del título 2º de la Constitución. Ello no significa, sin embargo, que los mismos sean los únicos a los cuales puede atribuirse el rango de derechos fundamentales que pueden ser protegidos por esa garantía constitucional. Al respecto, debe recordarse el mandato del Artículo 94 de la Carta Política cuyo texto dice:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Del Artículo transcrito se desprenden dos conclusiones. La primera, que no todos los derechos fundamentales tienen reconocimiento explícito en el ordenamiento jurídico. La segunda, que existen derechos fundamentales no constitucionalizados de manera expresa y que estos derechos gozan de la misma protección otorgada a los que sí se encuentran efectivamente incluidos en el ordenamiento constitucional. Son criterios para determinar el carácter fundamental de un derecho, los siguientes<sup>48</sup>:

- i. La vinculación esencial del derecho en cuestión con la realización de la dignidad humana.
- ii. El reconocimiento expreso del rango fundamental del derecho.
- iii. El reconocimiento del derecho en un tratado internacional.
- iv. El reconocimiento de la aplicabilidad inmediata del derecho. El Artículo 85 de la Carta señala al respecto: “Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los Artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40”<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Madrid-Malo Garizábal, Mario, Derechos fundamentales – Conózclos, ejérzlos y defiéndalos, 3R Editores, Bogotá, 2004, p. 50.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, 1992c; 1994c

<sup>49</sup> Estos artículos reconocen y protegen los derechos a la vida, a no ser desaparecido, y a no ser torturado ni sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes. También son de aplicación inmediata los derechos a la igualdad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la intimidad e inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, al habeas data, al libre desarrollo de la personalidad, a no ser esclavizado ni sometido a servidumbre, y a la libertad de conciencia y de religión. Igualmente poseen tal carácter los derechos a la libertad de expresión y de información, a la honra, a presentar peticiones, a la libre circulación, a la libertad de escoger profesión u oficio, a la libertad de enseñanza y aprendizaje, a la libertad de investigación y cátedra, a no ser privado arbitrariamente de la libertad, al debido proceso, al habeas corpus, a la libertad de reunión y de manifestación y a participar en la formación y ejercicio del poder político.

Los de aplicación inmediata son derechos que no necesitan ningún desarrollo legal para que puedan ser reclamados y efectivamente protegidos.

- v. La indicación de que se trata de un derecho cuyo núcleo esencial no puede ser afectado cuando se decreta un estado de excepción.
- vi. La existencia de una relación de conexidad con otros derechos de rango fundamental.
- vii. La atribución a sujetos de especial protección constitucional según los términos previstos por los Artículos 13, 44, 46 y 47 de la Constitución.

## Derecho a la Vida

Este derecho encuentra reconocimiento en el Artículo 11 de la Constitución, que prescribe:

“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

El carácter inviolable del derecho a la vida significa que tanto las autoridades como los particulares deben abstenerse de cometer actos que de manera injusta ocasionen la muerte de cualquier persona. El homicidio debe ser un hecho excepcional que sólo puede ocurrir bajo circunstancias verdaderamente extraordinarias o en situaciones de necesidad extrema y grave, tales como la legítima defensa y el cumplimiento de un deber derivado de normas legales o de orden autoridad legítima.

Todos los derechos fundamentales, por ser inherentes a la condición de persona, gozan de la misma primacía. Sin embargo, que los derechos humanos sean universales, indivisibles e interdependientes no significa que todos ellos tengan igual jerarquía. Algunos derechos deben gozar de prioridad para su defensa y protección, porque indudablemente constituyen “una condición indispensable para el ejercicio y el disfrute de los demás bienes jurídicos del ser humano”<sup>50</sup>. El derecho a la vida es uno de aquellos derechos que demandan un resguardo preponderante. Este es el primero de los derechos que deben proteger las autoridades porque la vida es el requisito para gozar y ejercer todas las demás libertades que posee la persona. La vida, por ser el más valioso de los derechos impone a las autoridades un conjunto de obligaciones cuyo propósito es garantizarla de forma integral.

El derecho a la vida es el primero y más importante de los derechos consagrados en la Constitución. Sin su protección y preeminencia ninguna razón tendrían las normas que garantizan los demás. Dado su carácter, el derecho a la vida impone a las autoridades públicas la obligación permanente de velar por su intangibilidad no sólo mediante la actividad tendiente a impedir las conductas que lo ponen en peligro sino a través de una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Córdoba Triviño, Jaime, Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, Bogotá, 1994, p. 20.

<sup>51</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 121 de 2000.



El derecho a la vida, en el contexto de la Carta Política, trasciende por completo la simple subsistencia biológica. Se trata, bajo tal perspectiva, de un derecho en el cual está incorporado un conjunto de elementos que hacen de la vida un valor superior irreductible a los aspectos estrictamente físicos o biológicos. Así, este derecho incorpora aspectos espirituales, psicológicos y morales, y, sobre todo, el respeto a la dignidad. En efecto, la Carta Política contiene disposiciones que no solamente prohíben matar de manera injusta sino que, además, buscan asegurar para todos los colombianos una cierta calidad de vida. Es el caso, entre otros, del Artículo 334. Este dispone que el Estado puede intervenir en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en los servicios públicos y privados y en la producción, distribución y consumo de los bienes, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes en el territorio nacional.

El concepto de vida que la Constitución consagra no corresponde simplemente al aspecto biológico, que supondría apenas la conservación de los signos vitales, sino que implica una cualificación necesaria: la vida que el Estado debe preservar exige condiciones dignas. De poco o nada sirve a la persona mantener la subsistencia si ella no responde al mínimo que configura a un ser humano como tal<sup>52</sup>.

Son múltiples y diversas las formas de violencia con las cuales se puede atentar contra el derecho a la vida. Todas ellas, sin excepción, son graves e injustas. Sin embargo, existe una violencia homicida que implica injusticia aun mayor: aquella que proviene del abuso de autoridad y del ejercicio desviado del poder. Expresión concreta de tal clase de violencia son las ejecuciones extralegales o arbitrarias. Esta conducta, que jamás encuentra justificación, asume una particular gravedad porque denota el claro propósito deliberado de incumplir las obligaciones relacionadas con la inviolabilidad de la vida. La ejecución arbitraria es el homicidio que se produce bajo las siguientes circunstancias:

- i. Un servidor público toma parte en el homicidio actuando como autor material, como autor intelectual o como cómplice.
- ii. El homicidio no se comete bajo ninguna de las causas de justificación del hecho que están previstas por la ley penal.
- iii. La muerte de la víctima tiene lugar mientras la persona se encuentra en condiciones de inferioridad o en imposibilidad de defenderse.
- iv. La víctima es muerta intencionalmente con el propósito de castigarla por sus actividades, por sus condiciones personales o sociales, por su ideología o por algún acto que supuestamente haya realizado.

Un ejemplo de ejecución extrajudicial son las llamadas de manera infame “operaciones de limpieza social” que de manera usual se dirigen contra personas socialmente estigmatizadas y marginadas como indigentes, mendigos, prostitutas, drogadictos, travestidos y homosexuales que se prostituyen. Estos

<sup>52</sup> *Ibidem*.

actos representan uno de los crímenes más execrables que se ejecutan, considerando la indefensión de la víctima, en muchos casos niños, mujeres y personas sin ninguna capacidad de defensa y sin ningún tipo de agresividad que constituya peligro social, lo que convierte a este tipo de eliminación social en un hecho vil además de inhumano<sup>53</sup>.

Otros ejemplos de ejecuciones arbitrarias son el homicidio de personas privadas de la libertad que se encuentran bajo la custodia de agentes del Estado y las muertes producidas a consecuencia de la utilización desproporcionada de la fuerza por parte de miembros de la Policía o de las Fuerzas Militares durante actividades de aplicación de la ley o de restablecimiento del orden público.

En cuanto a la prohibición absoluta de la pena de muerte se debe recordar que el Estado colombiano la abolió constitucionalmente desde 1910. Este castigo no se puede restablecer en el país porque ello representaría un incumplimiento grave de compromisos adquiridos ante la comunidad internacional. En efecto, el Artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual es parte la República de Colombia, prescribe que aquellos estados donde se haya abolido la pena de muerte, no podrán restablecerla. Además, lo impiden razones inherentes a principios asociados al fundamento mismo de los derechos humanos.

La pena capital se caracteriza por ser destructiva, irreparable y rígida<sup>54</sup>. Es destructiva, porque al suprimir la vida del condenado impide su resocialización y le quita cualquier posibilidad de enmienda. Es irreparable, porque en caso de ser aplicada impide corregir cualquier posible error judicial. Es rígida, porque su aplicación no puede ser dosificada ni condicionada. Cuando se aplica tal pena, se está en presencia de un castigo bárbaro que tiene todos los rasgos de una vindicta del Estado contra los infractores de la ley penal. No es exagerado afirmar que se trata de un homicidio vestido con ropajes de legalidad.

Quienes defienden la conveniencia de aplicar esta sanción máxima arguyen que es útil por su carácter disuasivo: creen que matando a los delincuentes se logrará atemorizar a otros posibles criminales. Sostienen que es una pena retributiva, porque la fiereza de algunos delitos sólo puede ser sancionada con la aniquilación física de su autor. Afirman que es una pena efectiva para prevenir la reincidencia, en particular la de autores de crímenes atroces.

Estos y otros argumentos parten de considerar que la pena de muerte, a pesar de su crueldad, es imprescindible para satisfacer unas necesidades sociales apremiantes. Por eso siempre habrá una nueva razón para defender su utilidad y algún crimen que, en opinión de algunos, merece ser sancionado con la pena capital. Así lo demuestra el amplísimo conjunto de delitos que en el mundo son castigados con tal sanción: el adulterio, la traición, el espionaje, la blasfemia, el secuestro o el

<sup>53</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Andina de Juristas, seccional colombiana, Bogotá, 1994, p. 260.

<sup>54</sup> Véase Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1982.

narcotráfico. Algunos países han llegado al extremo de emplearla para “solucionar” el problema del hacinamiento carcelario. Los partidarios del cadalso nunca han demostrado, ni siquiera con pruebas estadísticas, que la pena de muerte sea realmente necesaria para satisfacer alguna pretendida necesidad social. En cambio, se ha logrado probar, con base en las experiencias de países donde se aplica, que se trata de un castigo discriminatorio, inútil y, lo que es peor, inmoral.

En 1968 un ex gobernador del Estado norteamericano de Ohio declaró ante el Senado de los Estados Unidos: “Descubrí que los hombres en el pabellón de la muerte tenían una cosa en común: todos eran indigentes (...). El hecho de que no tuvieran dinero fue el factor principal para que fueran condenados a muerte”<sup>55</sup>. De acuerdo con un estudio publicado en ese país, la mayoría de las personas condenadas a muerte por las autoridades estadounidenses pertenecían a los sectores más pobres o discriminados de la sociedad. Según las conclusiones de tal estudio, el 62% de aquellos reos eran trabajadores no calificados y sólo un 3% eran profesionales o trabajadores calificados<sup>56</sup>. Esto significa que para las personas de escasos recursos económicos es más difícil pagar un abogado que les proporcione una defensa legal, idónea y adecuada. Así lo reconocen hasta los partidarios de tan extremo castigo.

El pretendido carácter disuasorio de la pena de muerte tampoco se ha probado. Las estadísticas han permitido verificar que su mantenimiento o supresión no incide sobre los niveles de criminalidad. Esto ya lo habían observado los penalistas del siglo XVIII. Por ejemplo, el gobernador de Toscana informó a Napoleón I que después de suprimidos la tortura, el hierro y la pena de muerte en 1786, no se había presentado incremento alguno de la delincuencia en su jurisdicción. En 1790 un relator del Consejo de Estado francés afirmó, igualmente, que al suprimirse en su país la pena capital para el delito de desertión no había aumentado la cantidad de desertores<sup>57</sup>. Las investigaciones realizadas durante los últimos años también han establecido que no existe vínculo directo alguno entre pena de muerte y disminución de la criminalidad.

Estudios realizados por economistas también han demostrado que la pena de muerte no ejerce efecto de disuasión alguno. Gary Becker, ganador del Premio Nobel de Economía, analizó la relación costo-beneficio de tal pena, y llegó a la conclusión de que los delincuentes le temen mucho más a la probabilidad de ser capturados, juzgados y sancionados, que a la gravedad del posible castigo<sup>58</sup>. Otras investigaciones similares han demostrado “que una mejoría en las condiciones del mercado laboral tiene más efecto disuasivo que la posibilidad de ser ejecutado”<sup>59</sup>.

Alimentar el debate sobre la conveniencia de la pena capital es una manera facilista, pero peligrosa, de eludir la búsqueda de soluciones efectivas para dos problemas de severo impacto social: la

<sup>55</sup> Amnistía Internacional, La pena de muerte en Estados Unidos, De La Torre, Madrid, 1986, p. 6.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Véase Imbert, Jean, La pena de muerte, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

<sup>58</sup> Véase MONTENEGRO, Álvaro, El costo de la pena de muerte en “El Tiempo”, 25 de febrero de 1996

<sup>59</sup> *Ibidem*

impunidad y la prevención del delito. No es la falta de la pena de muerte lo que patrocina la elevada tasa de criminalidad y la atrocidad de muchos delitos en Colombia. No es tampoco su implantación lo que contrarrestaría una y otra cosa. La espiral de violencia se comenzará a romper en Colombia cuando haya pronta, cumplida y eficaz sanción para los delincuentes, porque no es la gravedad de las sanciones —como ya se indicó— sino la certeza de aplicación de las ya existentes lo que tiene verdadero efecto disuasorio.

Una moderna política de prevención del crimen exige al Estado tomar medidas orientadas a eliminar los elementos que crean condiciones favorables para el delito. Actualmente los penalistas están de acuerdo con que esas medidas de prevención deben considerar factores tales como educación, salud, empleo y vivienda, entre otros. La pena de muerte está considerada por muchos no como una medida preventiva, sino como otro factor criminógeno, porque abarata el respeto que todos, sin excepción, deben otorgar a la vida humana. Ejecutar a un reo desmoraliza, porque altera la jerarquía de los valores sociales. Los valores de la sociedad son los principios que deben expresarse en su sistema penal, no los antivalores del delincuente.

El delincuente puede ser un perverso, o un anormal. Pero la sociedad por principio es ecuánime, serena, razonable, tiene unas leyes muy pensadas y un cuerpo de personas equilibradas y de gran altura moral para aplicarlas. Es monstruoso que se ponga de igual a igual con un criminal por mera venganza<sup>60</sup>.

## Derecho a la Integridad Personal

Este derecho encuentra reconocimiento indirecto en el Artículo 12 de la Constitución. Tal reconocimiento es indirecto porque se otorga protección a la integridad mediante la prohibición de conductas que la violan. Dicho Artículo establece:

“Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

El derecho a la integridad personal es de rango fundamental y de aplicación inmediata. Garantiza a todas las personas protección contra actos injustos que perjudiquen o deterioren su salud física, psíquica o moral. Toda persona tiene derecho a no ser víctima de conductas violentas que le causen detrimento o menoscabo a su integridad psicofísica. Esta clase de integridad es expresión de una realidad en la cual el ser humano se mantiene intacto, sin alteraciones negativas que menoscaben su esencia. El derecho en mención ampara no sólo la integridad personal en su dimensión física sino también, y muy especialmente, en sus ámbitos psíquico y moral.

<sup>60</sup> Charry Samper, Héctor, Impunidad y pena de muerte en “El Tiempo”, 29 de febrero de 1996.

La protección de la integridad física hace referencia a la conservación de la estructura biológica de la persona y de la funcionalidad de sus miembros y órganos. La protección de la integridad psíquica hace referencia al amparo de las facultades que dependen del normal funcionamiento del cerebro, tales como la razón, la memoria, la voluntad, el manejo espacial y temporal y la capacidad relacional. La protección de la integridad moral hace referencia al resguardo de la capacidad y autonomía de la persona para adoptar y mantener proyectos de vida conformes a sus valores. Hay integridad cuando la persona no ha sufrido quebranto en el cuerpo, la salud o la mente.

Las más graves violaciones del derecho a la integridad son la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. La primera se encuentra definida en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y en la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. De acuerdo con esos instrumentos, se produce una tortura cuando concurren las siguientes circunstancias:

- i. Existe el propósito deliberado de infligir a una persona dolores o sufrimientos de índole física, mental o moral.
- ii. Participan autoridades como actores que infligen directamente los dolores o sufrimientos, o que ordenan, instigan o inducen actos con los cuales se infligen tales dolores.
- iii. Existen omisiones de las autoridades en cuanto a la prevención o represión de actos que puedan constituir tortura, o en cuanto a la sanción de los responsables de cometer esa clase de actos.
- iv. Existe el designio de infligir los dolores o sufrimientos con la finalidad, particularmente, de adelantar investigaciones criminales o con uno de los siguientes propósitos: Obtener de la víctima o de otra persona, una determinada confesión o información; castigar a la víctima por un acto que haya cometido o se sospecha que ha cometido; intimidar a la víctima o a personas o grupos relacionados con ella; coaccionar a la víctima o a personas o grupos relacionados con ella, por cualquier razón de naturaleza discriminatoria;

Las convenciones no definen los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Ello, sin embargo, no es óbice para comprender que se trata de prácticas que, como la tortura, resultan insufribles, degradan la dignidad humana y violentan a quien los sufre.

Son, en todo caso, proceder y sanciones que sin tener la severidad aflictiva de la tortura provocan en la víctima padecimiento físico o mental. Entre los actos constitutivos de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes caben todos los castigos y apremios que resultan, por su carácter injusto o arbitrario, incompatibles con las normas internacionales dictadas para otorgar a la persona humana la más amplia protección posible contra los abusos dirigidos a lesionar o poner en peligro su integridad física y mental<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Madrid-Malo Garizábal, Mario, op. cit. p. 119.

La gravedad y el grado del sufrimiento causado son dos elementos que deben valorarse para calificar si un determinado acto constituye tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Esa valoración debe hacerse para cada caso particular, observando las características de la víctima (edad, sexo, estado de salud) y las circunstancias específicas bajo las cuales se produce. Un dolor o sufrimiento deberá calificarse como grave cuando su causa puede producir la muerte o generar un daño severo en el cuerpo o en la salud.

Cuando se trata de personas legalmente privadas de libertad que se hallan sometidas a penas o sanciones que puedan tener esas características, también es indispensable estimar la naturaleza y contexto de las mismas así como la forma, duración y método de su ejecución. En todos los casos es indispensable establecer la finalidad con la cual se ocasiona el dolor o sufrimiento. En la tortura siempre está presente un propósito intencional y doloso. Los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes son con frecuencia producto de improvisación, negligencia o desidia.

En el contexto jurídico colombiano, la tortura es un delito cuya comisión puede ser imputada tanto a autoridades como a personas particulares, y que puede tener lugar tanto en el ejercicio de funciones públicas como de actividades desarrolladas en la esfera de lo privado. Este sentido amplio del concepto de tortura y del sujeto que puede incurrir en esa conducta delictiva, permite inferir que el Artículo 12 de la Constitución no solamente protege a las personas que se hallan bajo el control de las autoridades sino que también ampara, en particular, a niños, alumnos y los pacientes de las instituciones médicas.

El hecho de que en Colombia la tortura sea un crimen imputable, de forma general, a autoridades y particulares no significa que tanto unas como otros comprometan por igual la responsabilidad internacional del Estado, o que esta responsabilidad desaparezca o se atenúe para el Estado. En el caso de la tortura siguen operando las reglas generales de responsabilidad personal e internacional, esto es, que las conductas delictivas cometidas por personas que actúan a nombre del Estado o por particulares que obran en relación con aquellas, comprometen la responsabilidad objetiva del Estado sin perjuicio de las sanciones penales en que incurran. Los particulares que cometan tortura en actos que no guarden relación o vínculo con autoridades, quedan sujetas a las sanciones penales del caso pero sin comprometer la responsabilidad objetiva del Estado. El deber del Estado en la hipótesis de torturas cometidas por particulares que obran con propósitos privados, es garantizarles a las potenciales víctimas el acceso a un recurso judicial apropiado.

La tortura es una violación de derechos humanos, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, cuando la cometen autoridades o personas de condición particular que obran con la instigación, complicidad o protección de las primeras. La tortura es, desde este enfoque, una práctica atentatoria contra los derechos humanos que solamente puede ser imputada al Estado<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1995, consultado desde <http://www.cidh.org/annualrep/95span/cap.III.peru10.970c.htm>

Así se desprende de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Aquellos tratados imponen al Estado colombiano las obligaciones de tomar todas las medidas necesarias e indispensables para impedir y sancionar los actos de tortura en el territorio nacional; impartir información y educación sobre la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, al personal civil y militar encargado de aplicar la ley, al personal médico, a los funcionarios públicos y a todas las personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de una persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión; investigar y sancionar todo acto que constituya tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes y adoptar las medidas necesarias para que las víctimas de tortura puedan acceder a un remedio judicial idóneo que les permita obtener justicia y reparación.

## Derecho a la Libertad Personal

La Constitución Política reconoce el derecho a la libertad individual en el Artículo 28. Este prescribe:

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

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

La libertad personal es un derecho fundamental de aplicación inmediata que otorga a todas las personas las facultades para autodeterminarse y autogobernarse en el tiempo y en el espacio, protegidas contra detenciones arbitrarias y condiciones opresivas. En esta dimensión, “ser libre” equivale a no tener obstáculos para gozar de autonomía e independencia en los movimientos personales. Tal independencia se conoce como libertad personal y por ella “debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona”<sup>63</sup>. La privación de la libertad personal solamente puede producirse con el lleno de los requisitos que señala el Artículo 28 de la Constitución. Tales requisitos son los siguientes:

<sup>63</sup> Corte Constitucional, Sentencia C - 024 de 1994.



### Existencia de mandamiento escrito expedido por una autoridad judicial competente

Son autoridades judiciales las que ejercen funciones jurisdiccionales como propias y de manera continua y permanente. Tales autoridades, que están señaladas en el Artículo 116 de la Constitución Política y en el Artículo 12 de la Ley 270 de 1996, son las siguientes: La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal, los fiscales delegados, los tribunales, los jueces y las jurisdicciones especiales (como la penal militar y la indígena).

Sin embargo, no todas esas autoridades judiciales son competentes para ordenar privaciones de la libertad. Decidir tales privaciones es exclusivo de las autoridades judiciales a quienes la ley ha conferido la facultad de afectar el derecho a la libertad personal. Estas autoridades son la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, las salas penales de los tribunales superiores —incluido el Tribunal Militar—, los jueces de la República en lo penal, la Fiscalía General de la Nación y, excepcionalmente, el Senado cuando ejerce funciones de juzgamiento<sup>64</sup>.

Es de anotar que quienes se desempeñan en la jurisdicción penal militar —que según la Corte Constitucional administran justicia aunque no forman parte de la rama judicial del poder público—solamente pueden ordenar privaciones de la libertad contra militares en el servicio activo y por hechos punibles relacionados con el servicio.

Las autoridades de los territorios indígenas pueden ejercer las respectivas funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio, conforme a sus propias normas y procedimientos que no pueden ser contrarios a la Constitución y a las leyes.

### Cumplimiento de las formalidades legales

Las formalidades legales son todos los requisitos de fondo y forma que ha previsto el Código de Procedimiento Penal. Estas formalidades son necesarias para asegurar la efectividad de la función judicial y para garantizar la protección de la libertad individual. Su observancia condiciona la legalidad de las privaciones de libertad. La doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “exhibir la correspondiente orden de privación de la libertad es una formalidad cuyo incumplimiento convierte el acto en un secuestro”<sup>65</sup>.

### Existencia de motivo definido previamente en la ley

Las privaciones de la libertad solamente pueden ser ordenadas por causas que estén definidas en el ordenamiento legal de manera clara, precisa e inequívoca, y con anterioridad a la comisión de la conducta que las motivan.

<sup>64</sup> *Ibíd*em

<sup>65</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de derechos humanos en Chile, 1985, consultado desde <http://www.cidh.org/pais.esp.htm>



La Constitución establece una estricta reserva legal en materia de libertad personal, por lo cual un mandamiento de captura sólo puede fundarse en motivos previamente definidos en la ley en sentido formal y no en una norma administrativa aun cuando ésta sea general. No pueden entonces las ordenanzas de las Asambleas ni los reglamentos de policía establecer causales de privación de la libertad, por cuanto ésta es una órbita privativa del legislador<sup>66</sup>.

La privación de la libertad sin mandamiento de autoridad judicial competente, solamente puede darse cuando tiene lugar la aprehensión en flagrancia o la detención preventiva que menciona el inciso 2° del Artículo 28 de la Constitución. Esta detención se encuentra sometida a las siguientes limitaciones<sup>67</sup>:

### Obedecer a criterios de razonabilidad

La detención es una aprehensión material que debe tener como único propósito verificar ciertos hechos con el fin de que la policía pueda cumplir su función constitucional de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La detención preventiva no legitima a las autoridades policiales para practicar retenciones arbitrarias.

### Obedecer a motivos fundados

Los motivos resultan fundados cuando son suficientemente claros y urgentes para inferir de manera objetiva que la persona por aprehender es probablemente autora de una infracción o participe de ella. La simple sospecha o la convicción de la autoridad policial no constituye motivo fundado.

### Obedecer a criterios de necesidad

La autoridad policial solamente puede practicar detenciones preventivas sin orden judicial cuando deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación de los hechos, cuando la demora en actuar implique un peligro inminente o cuando no pueda esperarse la orden judicial porque hacerlo tornaría ineficaz la actuación de la autoridad.

### Obedecer a criterios de finalidad precisos

El único objeto de la detención preventiva solamente puede ser el de verificar breve y rápidamente los hechos relacionados con los motivos fundados que dan lugar a la aprehensión o comprobar la identidad de la persona y, si es el caso, ponerla a disposición de las autoridades judiciales competentes para que investiguen su conducta.

<sup>66</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 024 de 1994.

<sup>67</sup> *Ibídem*

## Tener límite temporal

La detención preventiva no puede, en ningún caso, sobrepasar un término de 36 horas. Antes de que se venza ese término, la persona debe ser liberada o puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

## Obedecer al criterio de proporcionalidad

La detención preventiva administrativa no sólo se debe tener un fin preciso —esto es, verificar ciertos hechos o identidades— adecuadamente comprendido dentro de la órbita de las autoridades de policía, sino que también debe tener en cuenta la gravedad del hecho. Esa clase de detención no se puede traducir en una limitación desproporcionada de la libertad de la persona.

Sin embargo, la doctrina internacional ha indicado que las detenciones administrativas, aunque en principio no resultan incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos, solamente se justifican cuando la nación se enfrenta a graves amenazas. También ha indicado que ellas no relevan a las autoridades de la obligación de respetar las garantías que protegen la libertad individual. Debe recordarse que la persona privada de la libertad está protegida por una serie de garantías que salvaguardan sus derechos fundamentales. Entre esas garantías cabe mencionar<sup>68</sup>:

- i. Recibir un trato humano
- ii. Conocer los motivos de su captura
- iii. Conocer cuál autoridad ordenó la captura
- iv. Comparecer inmediatamente ante la autoridad judicial competente
- v. Gozar de protección contra toda forma de incomunicación
- vi. Tener la posibilidad de entrevistarse con un defensor

Otras garantías que asisten a las persona privadas de la libertad están contenidas en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, en el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y en el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

La privación arbitraria de la libertad es una de las conductas que viola el derecho fundamental a la libertad personal. Se está frente a una privación arbitraria de la libertad cuando:

- i. Se detiene sin fundamento en norma jurídica;

<sup>68</sup> Véase Arias Ávila, Néstor Oswaldo, *La libertad individual en la legislación colombiana*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1996.

- ii. Se detiene empleando procedimientos distintos a los ordenados por la ley : sin el lleno de los requisitos formales;
- iii. Se detiene por disposición de funcionarios que no poseen competencia para ordena la privación de la libertad;
- iv. Se detiene por motivos que no están definidos en la ley, aun cuando se obedezcan órdenes de funcionarios judiciales competentes;
- v. Se violan las garantías y derechos que tiene la persona en su condición de detenido;
- vi. Se prolonga contra derecho la privación de libertad, aunque esta haya sido legalmente ordenada.

También se produce privación arbitraria de la libertad cuando un empleado oficial sin competencia prolonga la privación de la libertad de una persona y cuando un empleado oficial recibe a una persona sin el cumplimiento de los requisitos legales, para mantenerla bajo medida de seguridad o para privarla de la libertad. De acuerdo con la doctrina, es un delito que pueden cometer “los directores de penitenciarías, colonias, cárceles de distrito, de circuito o municipales, o los encargados de calabozos judiciales, los del detectivismo y en general de los organismos de seguridad, que son ejecutores de las providencias dictadas por quienes pueden hacerlo legalmente”<sup>69</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos el concepto de detención arbitraria es más amplio que el de detención ilegal<sup>70</sup>. Según el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el concepto de detención arbitraria “debe interpretarse de manera más amplia a fin de que abarque elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”<sup>71</sup>. En consecuencia, toda detención ilegal es una forma de privación arbitraria de la libertad. Ese organismo también sostiene que una detención, en principio legítima por haberse ordenado y efectuado con el lleno de los requisitos legales, puede convertirse en detención arbitraria. Es el caso de lo que ocurre cuando una persona es mantenida en prisión sin informarle las causas de la privación de su libertad y sin formularle cargos. A la luz de los pactos internacionales nadie puede ser aprehendido “por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”<sup>72</sup>.

La garantía constitucional creada para proteger el derecho a la libertad personal contra privaciones arbitrarias del mismo, es el habeas corpus<sup>73</sup>. Este es, con arreglo al Artículo 1° de la Ley 1095 de

<sup>69</sup> Pérez, Luis Carlos, Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1985, Tomo IV, p. 395.

<sup>70</sup> Véase Comisión Andina de Juristas, Protección de los derechos humanos. Definiciones operativas, Lima, 1997.

<sup>71</sup> *Ibíd*em

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de enero de 1994, Caso Gangaram Panday vs. Surinam, consultado desde <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

<sup>73</sup> La acción de tutela procede cuando se trata de proteger el derecho a la libertad contra situaciones de opresión como la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas.

2006, “un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente.” El habeas corpus presenta las siguientes características:

- i. Puede invocarse “por una sola vez respecto de cada hecho o actuación constitutiva de violación de los derechos protegidos mediante el Artículo 30 superior”<sup>74</sup>. La persona puede ejercer este derecho-garantía cuantas veces resulte necesario, cuando se trata de diferentes hechos que violan la libertad personal.
- ii. Debe resolverse atendiendo al principio pro homine, es decir, buscando el sentido que resulte más favorable para la persona y su derecho a la libertad.
- iii. Mantiene su plena vigencia aun en estado de excepción.
- iv. Puede ser invocado por cualquier persona que estime encontrarse ilegalmente privada. También puede ser invocado por terceros que actúen en su nombre sin necesidad de mandato alguno, por la Defensoría del Pueblo o por la Procuraduría General de la Nación.
- v. Puede ser invocado en cualquier tiempo, mientras que persista la violación.
- vi. Debe ser resuelto en un término máximo de 36 horas. Este plazo no se puede prolongar o suspender por la interposición de días festivos o de vacancia judicial.
- vii. Puede ser resuelto por cualquier juez o tribunal.
- viii. Puede impugnarse la decisión que niegue el habeas corpus.
- ix. Puede ser ejercido sin ninguna formalidad o autenticación. También puede ser invocado verbalmente.

La solicitud de habeas corpus debe contener las siguientes informaciones (Ley 1095 de 2006, Artículo 4°):

- i. El nombre de la persona en cuyo favor se instaura la acción.
- ii. Las razones por las cuales se considera que la privación de la libertad es ilegal o arbitraria.
- iii. La indicación de la fecha de reclusión y el lugar donde se encuentra la persona privada de la libertad.
- iv. El nombre y cargo del funcionario que ha ordenado la privación de la libertad de la persona o personas en cuyo favor se actúa, solamente si se conoce tales datos.
- v. El nombre, documento de identidad y lugar de residencia del solicitante.

<sup>74</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 187 de 2006.

vi. La afirmación, bajo la gravedad del juramento, de que ningún otro juez ha asumido el conocimiento de la solicitud de habeas corpus o ha decidido sobre la misma. El juramento se considerará prestado por la presentación de la solicitud.

En todo caso, la carencia de alguno de esos datos no puede impedir que se adelante el trámite del habeas corpus, si la información suministrada es suficiente para ello.

## Derecho a la Salud

La Constitución no menciona expresamente el derecho a la salud. El reconocimiento y protección de ese bien jurídico derivan del Artículo 49, en el cual se prescribe:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

La interpretación de ese Artículo en el contexto integral de la Carta, permite inferir que existe un reconocimiento constitucional efectivo del derecho a la salud. Además, el Estado colombiano es parte del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, cuyo Artículo 12 sí reconoce de manera expresa el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud. Prescribe dicho Artículo:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

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

El análisis integral de las disposiciones nacionales e internacionales deja concluir que el Estado colombiano se encuentra obligado a garantizar el derecho a la salud. Este derecho faculta a la persona para reclamar y disfrutar de todos los medios que le permitan acceder al más alto nivel de bienestar físico, mental y social. El bien protegido por el derecho a la salud no puede ser observado apenas como una simple ausencia de enfermedad. La salud, desde tal perspectiva, debe ser comprendida como el resultado de una serie de condiciones sociales y económicas que configuran un medio favorable para que las personas puedan llevar una vida sana. En este sentido, el derecho a la salud se hace extensivo al disfrute de otros bienes jurídicos y no se limita estrictamente a la atención en salud.

El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la carta internacional de derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud<sup>75</sup>.

El contenido y alcance del derecho a la salud tampoco puede ser identificado con un posible derecho a estar sano. Los estados se encuentran obligados a realizar todas las acciones y programas necesarios para prevenir y superar las enfermedades y, en general, para que las personas puedan acceder a los bienes y servicios que facilitan alcanzar el mejor bienestar social e individual posible, pero no pueden garantizar que la persona se encuentre efectivamente sana. "Y ello es así porque dada la multiplicidad de factores genéticos, biológicos, psicológicos, sociales, culturales, ambientales y económicos que pueden determinar la presencia de enfermedades, sería imposible garantizar un derecho a la salud con ese contenido"<sup>76</sup>.

La existencia de factores de morbilidad no implica necesariamente que el Estado incumple sus obligaciones y que, en consecuencia, viola el derecho a la salud. Sin embargo, cuando esos factores

<sup>75</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 14 relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Art.12), consultado desde [http://www.es.cr-net.org/resources\\_more/resources\\_more\\_show.htm?doc\\_id=428717&parent\\_id=425976](http://www.es.cr-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428717&parent_id=425976)

<sup>76</sup> Guzmán, Federico, Derecho a la salud, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2004, p. 28.

están relacionados con la ausencia de programas y actividades necesarios para el bienestar personal o con la deficiente calidad en ellos, es posible concluir que se presenta una violación del derecho imputable al Estado. Se puede afirmar lo mismo cuando el Estado no adelanta las acciones necesarias para favorecer el acceso de las personas que se hallan en condiciones de vulnerabilidad y debilidad, a las acciones y servicios que les permitirían gozar del más alto nivel posible de salud. Ello significa que las autoridades deben adoptar las medidas indispensables para que el derecho a la salud se garantice en condiciones de igualdad. La igualdad en materia de salud prohíbe toda forma de discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud<sup>77</sup>.

Los estándares internacionales indican que, dentro del contexto de igualdad, el Estado debe conceder especial importancia a la salud de los siguientes grupos poblacionales<sup>78</sup>:

### Mujeres

El estado debe diseñar estrategias que permitan reducir rápidamente los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la mortalidad materna y la violencia en el hogar. Tales estrategias también deben servir para superar las barreras que obstaculizan el acceso de la mujer a los servicios de salud y educación e información en salud, particularmente en las esferas de la salud sexual y reproductiva.

### Niños y adolescentes

El principio de igualdad exige garantizar que tanto niñas como niños tengan acceso similar a una alimentación adecuada, a un entorno seguro y a servicios de salud física y mental. El Estado debe adoptar medidas eficaces para superar prácticas tradicionales que afectan a la salud de la niñez, en especial de las niñas. Entre esas prácticas figuran el matrimonio precoz, las mutilaciones sexuales femeninas y la alimentación y el cuidado preferentes para los niños varones. Los niños con discapacidades deben tener la oportunidad de disfrutar de una vida digna y de participar en las actividades de la comunidad.

Los adolescentes deben tener la oportunidad de acceder a información adecuada de tal manera que puedan participar en la adopción de aquellas decisiones que afectan a su salud. Igualmente deben tener la oportunidad de recibir orientación sobre las cuestiones que afectan su salud. Estas personas tienen derecho a una atención en salud que sea respetuosa de su vida privada y que les ofrezca la posibilidad de beneficiarse de servicios adecuados en materia de salud sexual y reproductiva.

<sup>77</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Op. cit.

<sup>78</sup> *Ibidem*

### **Personas mayores**

Las personas mayores tienen derecho a una atención integral en salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación física y psicológica, de tal manera que puedan mantener su funcionalidad y autonomía.

### **Personas con discapacidades**

Los Estados deben garantizar que estas personas, y de forma particular lactantes y niños, reciban atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que usan los demás miembros de la sociedad. El derecho de estas personas al más alto nivel posible de salud física y mental implica el derecho a tener acceso a los aparatos ortopédicos y a beneficiarse de servicios médicos y sociales que les permitan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social.

### **Pueblos indígenas**

Los pueblos indígenas tienen derecho a beneficiarse de medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a servicios de salud apropiados desde el punto de vista cultural. Tales servicios, en consecuencia, deben tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. El Estado debe proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios. También debe proteger las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas.

El derecho a la salud involucra un conjunto de derechos cuya garantía resulta indispensable para la realización integral del primero. Entre ellos se encuentran los siguientes<sup>79</sup>:

#### **Derecho al diagnóstico**

La persona tiene derecho a reclamar la práctica de todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones que sean indispensables para conocer la naturaleza de su enfermedad, evaluar su evolución y valorar sus posibles complicaciones y consecuencias para el paciente y para la comunidad.

#### **Derecho al tratamiento**

La persona tiene derecho a acceder a todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones que científicamente sean necesarias para atenuar o hacer desaparecer los efectos de la enfermedad. La exclusión que el plan obligatorio de salud – POS hace de ciertos tratamientos, debe inaplicarse cuando

<sup>79</sup> Véase Parra Vera, Oscar, El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.



existe una relación de conexidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida en condiciones dignas o el derecho a la integridad personal. Igual regla debe observarse cuando se trata de exclusión de un determinado tratamiento por razones asociadas al período mínimo de cotización.

El manejo de casos de personas que sufran de enfermedad ruinosa o de alto costo y no hayan cumplido el período mínimo de cotizaciones exigidas, debe atender a las siguientes reglas:

- a. La entidad prestadora de salud debe suministrar la atención requerida, pero la persona tiene que asumir una determinada proporción del costo;
- b. La entidad prestadora de salud debe suministrar la atención cuando existan casos de urgencia;
- c. La entidad prestadora de salud debe suministrar la atención, cuando el afiliado o sus beneficiarios carecen de los recursos necesarios para asumir el respectivo costo proporcional o cuando asumirlos compromete su mínimo vital.

### **Derecho a la atención médica de urgencias**

Las instituciones médicas tienen la obligación de atender rápida e idóneamente a enfermos y heridos graves que necesiten cuidados médicos inmediatos, sin condicionar la atención a ninguna clase de requisito.

### **Derecho a la rehabilitación**

La rehabilitación comprende el conjunto de acciones, procedimientos e intervenciones indispensables para restablecer las funciones físicas, psicológicas o sociales afectadas por enfermedad, lesión o traumatismo. La rehabilitación tiene como propósito restablecer la capacidad de la persona para desempeñarse adecuadamente en los ámbitos social, familiar y laboral, y por ello está directamente relacionada con la vida en condiciones dignas. En consecuencia, las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a proveer la rehabilitación que pueda necesitar alguno de sus afiliados.

### **Derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud**

Las entidades prestadoras de salud no pueden interrumpir los tratamientos médicos que hayan iniciado, independientemente de las razones por las cuales se haya terminado el vínculo entre aquellas y sus afiliados. Por el contrario, están obligadas a concluirlos, si ello es posible, o a continuarlos hasta cuando el paciente esté adecuadamente protegido contra cualquier posible menoscabo de sus derechos fundamentales. La mora en el pago de los aportes, particularmente, no puede ser causal para suspender el servicio médico a un afiliado. En este caso, aquellas entidades deben hacerse cargo del servicio y repetir contra el patrono.

## Derecho a la Educación

El Artículo 67 de la Constitución reconoce el derecho a la educación, en los siguientes términos:

“La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”.

La educación es un conjunto de actividades de naturaleza teórica y práctica, planeadas y realizadas de manera sistemática con el propósito de desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales de la persona. La educación, de acuerdo con el Artículo 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”. También debe capacitar a todas las personas para participar en una sociedad libre y para auspiciar el pluralismo y la tolerancia.

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades<sup>80</sup>.

La educación preescolar y básica es obligatoria y el Estado debe asegurarse de proveerla gratuitamente. Ella es un derecho fundamental para los menores de 18 años y, por lo tanto, exigible mediante la acción de tutela. La Ley 115 de 1994 dispone que la educación preescolar comprenderá, como mínimo, un grado obligatorio y que la educación básica tendrá una duración de nueve grados que se desarrollarán en dos ciclos: cinco grados de educación básica primaria y cuatro grados de educación básica secundaria. El Artículo 67 de la Constitución Política prescribe que la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que la misma comprenderá la educación preescolar y la básica. La Corte Constitucional amplió dicha protección hasta los 18 años por interpretación del Artículo 44 de la Carta<sup>81</sup>.

El derecho a la educación, por el contrario, no tiene ese carácter fundamental para los mayores de 18 años. En tal caso, el Estado únicamente se halla obligado a garantizar el acceso efectivo al disfrute del mencionado derecho. Sin embargo, dicho acceso no se puede reclamar, por regla general, a través de la acción de tutela. Con todo, los adultos pueden recurrir al uso de la mencionada garantía constitucional para proteger su derecho a la educación cuando exista violación del derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al sistema educativo o cuando los otros medios de defensa no resulten idóneos para lograr la protección requerida.

<sup>80</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 13 relativa al derecho a la educación, consultado desde [http://www.iiie.org/ihrp/circulo\\_derechos/21cOG13.pdf](http://www.iiie.org/ihrp/circulo_derechos/21cOG13.pdf)

<sup>81</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencias T- 323 de 199 y T – 534 de 1997.

El derecho a la educación no solamente adquiere carácter fundamental en los casos señalados, sino que además constituye un requisito básico para la realización de otros derechos, principios y valores constitucionales como por ejemplo el derecho a la igualdad, la libertad de escoger profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad y el pluralismo. Por ello, los actores que participan en el ejercicio y realización de ese derecho —alumnos, profesores e instituciones— se encuentran sometidos a una serie de pautas de comportamiento que son de obligatorio cumplimiento en cuanto derivan directamente de la Carta Política.

[...] La educación es un derecho fundamental propio de la esencia del hombre y de su dignidad humana, amparado en principios consagrados en la Constitución Política y en Tratados Internacionales. Así las cosas, en consideración al carácter de ius fundamental del derecho a la educación, es procedente la acción de tutela como mecanismo judicial excepcional para la protección del derecho cuando sea vulnerado o amenazado por el Estado o por los particulares encargados de la prestación del servicio<sup>82</sup>.

Entre esas reglas de obligatorio cumplimiento se encuentran las siguientes:

### Los alumnos deben observar los reglamentos académicos

Los estudiantes tienen derecho a exigir que el plantel ofrezca una educación de calidad y que para tal propósito disponga de una planta de docentes cuyo nivel profesional sea adecuado para el programa respectivo. Para contribuir a que la educación recibida satisfaga niveles mínimos de calidad, los alumnos tienen el deber de someterse al reglamento académico y a los manuales de convivencia que, en procura de una armonía escolar viable y ordenada, orientan a la institución educativa. Estas normas imponen responsabilidades y razonable acatamiento. Tal imposición se puede lograr inclusive con la imposición de sanciones<sup>83</sup>.

### Los manuales de convivencia deben someterse a los principios y disposiciones constitucionales.

La Ley general de educación (Ley 115 de 1994), reconoce la autonomía de los establecimientos educativos públicos o privados y, en consecuencia, los faculta para crear y expedir manuales de convivencia o reglamentos internos, cuyo propósito sea regular los derechos y las obligaciones de quienes toman parte en los distintos procesos educativos. La adopción de esos reglamentos debe hacerse con la participación efectiva de los distintos estamentos que se hallan vinculados de forma activa a la comunidad académica. Estos reglamentos, sin embargo, no pueden contrariar el texto constitucional y deben ser absolutamente respetuosos de los derechos fundamentales de los estudiantes.

[...] Los manuales de convivencia que realizan los establecimientos educativos en ejercicio de este poder reglamentario y que, entre otras cosas, establecen derechos y deberes de los educandos, así

<sup>82</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 807 de 2003.

<sup>83</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 430 de 2007.

como las condiciones de ingreso y continuidad en el plantel, encuentran su límite en los derechos fundamentales de los alumnos, así que estos manuales no pueden imponer compromisos contrarios a la Constitución Política, ni establecer reglas que atenten, por ejemplo, contra la libertad, la autonomía, la intimidad, etc<sup>84</sup>.

### **Los intereses económicos de las instituciones educativas no pueden prevalecer sobre el derecho de los estudiantes a la permanencia en el sistema educativo.**

La jurisprudencia constitucional ha señalado que las relaciones entre educadores y educandos tienen una doble dimensión: la académica y la civil. La dimensión académica autoriza a los planteles educativos a exigir determinados requerimientos al educando pero no los faculta para condicionar el derecho a la educación al cumplimiento de ciertas obligaciones. La dimensión civil nace del contrato que celebran el estudiante y el centro educativo y que genera obligaciones y derechos para quienes intervienen en su celebración.

El acto de matrícula crea un vínculo contractual en virtud del cual el educando adquiere el derecho de recibir la educación correspondiente a un determinado grado, sometiéndose a los estatutos académicos y disciplinarios pertinentes, y asume el deber de pagar las sumas que el plantel tiene establecidas como remuneración por el servicio que presta. Este contrato garantiza el derecho del estudiante a la educación y, simultáneamente, el derecho del colegio a cobrar las deudas por concepto de mensualidades a través de los procesos judiciales correspondientes<sup>85</sup>.

Sin embargo, los intereses económicos de las instituciones educativas no pueden prevalecer sobre los intereses educativos de los alumnos. La Corte Constitucional ha señalado al respecto las siguientes reglas<sup>86</sup>:

- a. Las instituciones educativas no pueden condicionar la entrega de los certificados de estudios cursados, al pago de las deudas que tengan los estudiantes o sus padres o acudientes con el respectivo plantel educativo, pues ello impide continuar el proceso educativo del estudiante.
- b. La prohibición de retener certificados no se extiende a los menores cuyos padres o acudientes disponen de medios económicos para atender sus obligaciones civiles con el colegio.
- c. El plantel educativo no puede retirar al estudiante durante el año lectivo o impedir que asista a clase, cuando los padres están en mora de pagar las pensiones.
- d. Las instituciones educativas pueden abstenerse de renovar la matrícula de alumnos cuyo padre o acudiente se encuentren en mora por el pago de mensualidades, de tal manera que pueda salvaguardarse la viabilidad económica del colegio.

<sup>84</sup> Corte Constitucional, sentencia T – 336 de 2005.

<sup>85</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 967 de 2007.

<sup>86</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia SU – 624 de 1999.

## ☉ La imposición de sanciones disciplinarias a los estudiantes debe respetar el derecho al debido proceso.

Las instituciones educativas pueden incluir de manera autónoma en los manuales de convivencia, pero siempre dentro del marco constitucional, las reglas que consideren apropiadas para regular las relaciones dentro de la comunidad educativa y para sancionar disciplinariamente el incumplimiento de dichas reglas. Los colegios, sin embargo, no gozan de discrecionalidad para aplicar tales sanciones. El proceso disciplinario en el ámbito educativo se regula, aunque con alcances y modalidades razonablemente moduladas, por los principios que forman parte del derecho al debido proceso según los términos del Artículo 29 de la Constitución. Entre esos principios se encuentran los de legalidad, publicidad, imparcialidad, favorabilidad, presunción de inocencia, contradicción, celeridad, protección de los derechos fundamentales en la consecución y valoración probatoria y non bis in ídem<sup>87</sup>.

Con miras a desarrollar esa garantía debe partirse del principio general de la legalidad de la falta y de la sanción a ella correspondiente, esto es, de la previa y precisa determinación que todo establecimiento educativo debe hacer en su reglamento interno de los hechos u omisiones que contravienen el orden o el régimen disciplinario y de las sanciones que, de acuerdo con la gravedad de las informaciones, puedan imponerse. El mismo reglamento debe contemplar los pasos que habrán de seguirse con antelación a cualquier decisión sancionatoria. Si bien no tan rigurosos y formales como en los procesos judiciales, los trámites que anteceden a la imposición del castigo deben hallarse consagrados en dicho régimen y en ellos asegurarse que el estudiante goce de una oportunidad adecuada y razonable de defensa<sup>88</sup>.

En consecuencia, el proceso que por eventuales faltas disciplinarias adelanten los centros educativos contra sus alumnos, debe contemplar las siguientes etapas<sup>89</sup>:

- a. Comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario, a la persona a quien se atribuyen las conductas susceptibles de sanción.
- b. Formulación verbal o escrita, clara y precisa de las conductas que se reprochan y que dan origen al proceso disciplinario.
- c. Indicación provisional de las correspondientes faltas disciplinarias y señalamiento de las normas reglamentarias que consagran tales faltas y de las consecuencias que dichas faltas pueden acarrear. Los manuales de convivencia deben señalar expresamente las actuaciones y omisiones que constituyan faltas disciplinarias. La determinación de las faltas disciplinarias debe contener, a su vez, un grado de especificidad tal que permita identificar de manera clara la conducta prohibida.

<sup>87</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia 967 de 2007.

<sup>88</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 500 de 1992.

<sup>89</sup> Ibídem

- d. Traslado al inculpado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados.
- e. Indicación del término durante el cual el alumno puede formular sus descargos (de manera oral o escrita), controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos.
- f. Adopción de una decisión definitiva de las autoridades competentes, mediante un acto motivado y congruente.
- g. Imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron, si a ello hubiere lugar.
- h. Concesión de recursos pertinentes y apropiados para que el sancionado tenga la posibilidad de controvertir efectivamente las decisiones adoptadas por las autoridades competentes.

El proceso disciplinario se debe desarrollar, además, atendiendo a los siguientes criterios<sup>90</sup>:

- a. La edad del infractor y, por lo tanto, su grado de madurez psicológica;
- b. El contexto dentro del cual se cometió la falta;
- c. Las condiciones personales y familiares del alumno;
- d. La existencia de medidas de carácter preventivo en el colegio;
- e. Las consecuencias prácticas que la sanción impuesta puede ocasionarle al estudiante en su futuro educativo;
- f. La obligación que tiene el Estado de garantizarle a los adolescentes su permanencia en el sistema educativo.

Las alumnas embarazadas no pueden ser discriminadas en el sistema educativo, ni excluidas del mismo por razón de su estado.

La Constitución Política otorga una especial protección a la mujer embarazada pues considera que se trata de un estado respetable en sí mismo que no puede constituir motivo de rechazo. Por ello, resulta inadmisibles que las instituciones educativas expulsen a las alumnas embarazadas o que las sometan a condiciones discriminatorias e indignas.

La maternidad no debe ser estigmatizada. Si el embarazo se presenta de manera precoz, la niña que ha sostenido relaciones sexuales prematuras no tiene que ser señalada como transgresora del orden social y educativo, sino, más bien, comprendida en su circunstancia personal y encauzada y orientada por sus padres y maestros hacia el supremo acto de dar a luz y la responsabilidad que

<sup>90</sup> Léase Corte Constitucional, Sentencia 967 de 2007.

implica. En vez de ser excluida del proceso educativo, ha de ser acogida benévolamente por éste para redoblar los esfuerzos enderezados a su orientación y para evitar los daños que en su personalidad y en el rumbo de su vida -que sufre tan trascendental y precipitado cambio- puede provocar su situación. Una persecución por parte del establecimiento educativo, que sería el llamado a brindarle importante apoyo, puede acrecentar las razones de angustia, el sentimiento de frustración y aun provocar su actitud agresiva ante el inocente fruto de la concepción. La Corte no entiende cómo, de una parte, pueda proclamarse la defensa de la vida y proscribirse conductas como el aborto provocado, y de otra, sea posible condenar a la mujer por el solo hecho de su embarazo, cual si fuera algo intrínsecamente malo, que mereciera castigo o constituyera causa de vergüenza<sup>91</sup>.

### 🕒 Los manuales de convivencia no pueden violar la libertad de conciencia de los educandos.

Los derechos fundamentales de los educandos constituyen un límite infranqueable al ejercicio de la potestad disciplinaria de los colegios. Los manuales de convivencia no pueden violar esos derechos. Entre estos se encuentra la libertad de conciencia, cuyo núcleo esencial no puede ser desconocido ni siquiera con un posible y teórico consentimiento por parte del alumno.

No puede afirmarse que el pensamiento de uno de los estudiantes o su comportamiento moral o religioso legitimen conductas de la institución orientadas hacia el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales, particularmente en el espacio reservado a su libertad de conciencia. Mientras se trate apenas de la profesión de sus ideas o de prácticas acordes con el libre ejercicio de aquélla, y en tanto con su conducta no cause daño a la comunidad estudiantil, la conciencia individual debe estar exenta de imposiciones externas<sup>92</sup>.

Los manuales de convivencia no pueden emplearse como método de represión para impedir el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de los educandos.

Las instituciones educativas tienen el deber de impartir una formación tal que los alumnos adquieran los conocimientos y los elementos de juicio necesarios para adoptar sus propios criterios en materia de moral y de religión.

En el terreno de la moral y la religión, suministrados los factores que el colegio acoge, según la filosofía en que se inspira, la función educativa no puede llegar hasta la exigencia forzosa ni hasta la constricción del educando para que asuma en su totalidad las convicciones inculcadas, ni para que adopte la decisión fundamental en cuanto a la opción de sus creencias, pues ello corresponde al área inalienable de su libertad<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 393 de 1997

<sup>92</sup> Ibidem

<sup>93</sup> Ibidem



### ☉ Las instituciones educativas deben formar a los alumnos para el pluralismo y el ejercicio responsable de la libertad.

Los docentes y las instituciones tienen el deber de impartir una educación que responda a los propósitos asignados para la misma, tanto por la Constitución como por los tratados internacionales.

La tarea educativa debe desarrollarse sobre el supuesto de que su objetivo es la persona, titular de un ámbito propio de libertad, que debe respetarse. Los educadores tienen el derecho y el deber de formar a los alumnos, como lo manda la Constitución Política, transmitiéndoles principios, valores y reglas de vida que garanticen una estructura personal apta para cumplir después un papel en el seno de la sociedad y para asumir en ella las responsabilidades y deberes que les incumban<sup>94</sup>.

### ☉ Las instituciones educativas deben educar para y en el pluralismo y, en consecuencia, no deben practicar ni permitir forma alguna de discriminación.

Las actividades educativas no solamente deben realizarse bajo unas condiciones de calidad, organización y regulación que respeten la Constitución, sino que también contribuir a la realización de los mandatos y principios que ella contiene. Uno de esos principios, que resulta esencial para la convivencia y la construcción de una sociedad más justa, es el del pluralismo.

La tolerancia y el respeto por los sistemas de valores distintos deben presidir toda la enseñanza y el aprendizaje de los valores en un país que optó por el desarrollo de una nación pluricultural, en la que ya no hay un solo modelo de virtud al servicio del intento de unificar el comportamiento de todos en la vida de relación<sup>95</sup>.

La tolerancia, como expresión del respeto por la diferencia, es uno de los valores que debe presidir el proceso educativo. Consecuentemente, las instituciones que realizan ese proceso deben formar para ayudar a prevenir toda forma de discriminación en la sociedad y, simultáneamente, evitar y controlar cualquier comportamiento discriminatorio que pueda producirse en su interior por razón de las particulares condiciones sociales, culturales, económicas o personales de los estudiantes. “El género al que se pertenece, la opción sexual de cada quien, el origen nacional, étnico y familiar, así como las características físicas de las personas no pueden ser causa de exclusión o sanción en el sistema educativo colombiano [...]”<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Ibídem

<sup>95</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU – 641 de 1998.

<sup>96</sup> Ibídem



## Los manuales de convivencia no pueden contener disposiciones que amenacen o violen el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los alumnos.

El núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad ampara la libertad general de actuación que deriva directamente del principio de dignidad humana. Este derecho faculta a todas las personas para desplegar sus particulares preferencias y aptitudes, protegidas contra interferencias ilegales o ilícitas por parte de particulares o de autoridades.

Los reglamentos de las instituciones educativas no podrán contener elementos, normas o principios que estén en contravía de la Constitución vigente como tampoco favorecer o permitir prácticas entre educadores y educandos que se aparten de la consideración y el respeto debidos a la privilegiada condición de seres humanos tales como tratamientos que afecten el libre desarrollo de la personalidad de los educandos, su dignidad de personas nacidas en un país que hace hoy de la diversidad y el pluralismo étnico cultural y social principio de praxis general. Por tanto, en la relación educativa que se establece entre los diversos sujetos, no podrá favorecerse la presencia de prácticas discriminatorias, los tratos humillantes, las sanciones que no consulten un propósito objetivamente educativo sino el mero capricho y la arbitrariedad<sup>97</sup>.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad protege, en consecuencia, un ámbito de autodeterminación personal, que faculta a los alumnos de los centros educativos para decidir su apariencia personal y escoger una identidad individual que le permita diferenciarse de los demás. Así, por regla general, se encuentra que aquellos manuales de convivencia en los cuales se imponen restricciones a la apariencia personal de los estudiantes, excepto que se logre demostrar fehacientemente que dichas restricciones son necesarias para proteger un bien constitucional imperativo y de mayor importancia que el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>98</sup>.

En cuanto hace al vestido, la regla general es la libertad y el respeto por las distintas culturas, las condiciones climáticas, la capacidad económica y las preferencias individuales, a la vez que la excepción se encuentra en el acuerdo de la comunidad educativa para optar por un uniforme, sea por motivos económicos o vinculados a una especialización de la oferta educativa. El largo del cabello y la forma del peinado, el maquillaje y el adorno corporal, así como el uso de accesorios hacen parte del derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás, si acepta que su figura sea captada y difundida por los medios de comunicación cuando no se halla en un lugar público o abierto al público, si usa barba o bigote, si disimula o resalta determinada característica física, si usa o no las prendas que están de moda, etc. En estos asuntos no hay diferencia entre la lógica

<sup>97</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 524 de 1992.

<sup>98</sup> Véase Góngora Mera, Manuel Eduardo, El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.

que permite afirmar la legitimidad de la prohibición del pelo largo, y la que atribuiría igual calidad a la hipotética obligación de rasurarse las piernas y axilas, o a la proscripción del uso de la ruana en el colegio. En todos estos ejemplos se viola el derecho consagrado en el Artículo 16 Superior, puesto que se llega hasta afectar la permanencia del alumno, a causa de algo que es tan poco relevante en materia educativa [...]»<sup>99</sup>.

**Los manuales de convivencia pueden imponer límites al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero dentro de criterios razonables y ajustados a la naturaleza del proceso educativo.**

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, al igual que todos los derechos, encuentra dos límites: los derechos ajenos y el justo orden público. Las limitaciones que se impongan al ejercicio del mencionado derecho no pueden ser arbitrarias y deben gozar de fundamento constitucional. Los manuales de convivencia, por ende, pueden imponer restricciones al ejercicio de este derecho por parte de los alumnos, pero ellas deben ser el resultado de una ponderación valorativa que asegure el pleno respeto de los principios constitucionales.

El ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad no puede ser restringido con base en hipotéticas amenazas a los derechos ajenos o en el pretendido propósito de defender un difuso interés general<sup>100</sup>. Los manuales de convivencia no pueden convertirse en instrumentos que se agotan en sí mismos al hacer énfasis en las prohibiciones y en los procesos de sanción, sino que deben estar al servicio de procesos formativos orientados a capacitar a los alumnos para la toma de decisiones responsables, libres y concientes.

Dentro de la perspectiva de estimular razonables conductas que favorezcan la asimilación de valores educativos tales como el orden, la obediencia, las exigencias propias de la vida comunitaria, las posibilidades y límites de la libertad y el acendrado sentido de responsabilidad, la presentación personal de los alumnos de establecimientos educativos -particularmente en aquellos casos en que por su edad y condiciones personales requieren aún de orientación clara conducente a su formación-, puede ser uno de los diversos instrumentos a través de los cuales se difunde el mensaje educativo.

Aceptado lo anterior, es claro también que la presentación personal no puede convertirse en un fin per se que haya de perseguirse con todos los instrumentos del autoritarismo hasta el punto que aquellos renuentes a aceptarlo [...] autorice su marginamiento de los beneficios de la educación y, de consiguiente, del mismo derecho constitucional fundamental del alumno.

<sup>99</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU – 641 de 1998.

<sup>100</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencias T – 532 de 1992, T – 569 de 1994 y T – 124 de 1998.

La longitud de los cabellos es pauta que puede tener alguna explicación en instituciones educativas cuyo principio fundamental sea la práctica de la obediencia estricta, tal como ocurre en las de carácter militar. Pero el sentido y función de dicha pauta en instituciones educativas ordinarias tiene, desde luego, una incidencia menor de tal naturaleza que no puede autorizar la exclusión de los beneficios del derecho fundamental a la educación o que se la convierta en condición sine qua non para su ejercicio. Mas aún cuando -como en este caso concreto- la conducta de uno de los peticionarios, no solo no atenta contra los derechos de los demás ni contra el orden jurídico, sino que es expresamente permitida por los miembros de su propia familia, responsable también, como quedó dicho, del éxito del proceso educativo.

En consecuencia, si la institución considera que sus alumnos deben llevar sus cabellos a una longitud determinada, los instrumentos más adecuados para lograr este propósito son naturalmente los propios de la educación, así sus resultados sean más lentos y en ocasiones casi nulos. El verdadero educador no puede renunciar al uso de ellos sin desvirtuar el nobilísimo sentido de su misión<sup>101</sup>.

### **Los manuales de convivencia deben ser producto de un proceso real de participación.**

El principio de democracia participativa, como se indicó, legitima a todas las persona para tomar parte en el debate y decisión sobre asuntos que las afectan. Ese principio tiene plena vigencia dentro de escuelas y colegios. Por ello, los alumnos tienen derecho a participar, entre otros asuntos, en la redacción del manual de convivencia. Esta participación debe ser real y no simplemente formal.

[...] El derecho a la participación, consagrado en la Carta Política de manera especial para el adolescente, debe ser celosamente aplicado cuando se trata de crear o modificar el Manual de Convivencia del establecimiento en el que el joven se educa<sup>102</sup>.

### **El juez de tutela puede ordenar la modificación de un manual de convivencia que contraríe disposiciones constitucionales.**

La autonomía de los centros educativos para adoptar y modificar el manual de convivencia no es absoluta. Esta autonomía, sin embargo, tiene límites normativos y su ejercicio debe someterse al orden constitucional y legal vigentes.

La comunidad educativa de cada plantel, compuesta por los estudiantes, padres y acudientes, docentes y administradores, tiene la potestad de adoptar el Manual de Convivencia, pero no la libertad de desconocer libertades constitucionalmente consagradas. [...] Ese es un contrato por adhesión y el juez de tutela puede ordenar que se inaplique y modifique, cuando al cumplir normas contenidas en él se violen los derechos fundamentales de al menos una persona [...] <sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 065 de 1993.

<sup>102</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU – 641 de 1998.

<sup>103</sup> Ibidem

🌐 **Los establecimientos educativos de carácter público no pueden hacer obligatoria la enseñanza de la religión, aunque ellos estén dirigidos por una comunidad religiosa.**

El Artículo 68 de la Carta dispone: “Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa”. Dos son las conclusiones que puedan extraerse de este Artículo:

- a. Los padres de familia pueden exigir que sus hijos tengan la oportunidad de recibir educación religiosa en los establecimientos educativos oficiales;
- b. El ofrecimiento de esta educación ni afecta la libertad religiosa, ni establece sistema alguno de preferencias para ningún grupo, porque dicha educación es optativa.

El carácter optativo de la educación religiosa significa que la persona puede elegir entre asistir a los cursos de instrucción religiosa o abstenerse de hacerlo. Así planteados los términos, en los establecimientos oficiales la educación religiosa debe ser impartida única y exclusivamente a:

- a. Los menores de edad cuyos padres, en ejercicio de la patria potestad, manifiesten a las autoridades administrativas del respectivo colegio que sus hijos tomarán la asignatura de religión.
- b. Los estudiantes mayores de edad que ante las mismas autoridades hagan igual manifestación.

Es contraria a la Constitución la práctica de imponer a los rehusantes de la enseñanza religiosa el deber de solicitar dispensa de la misma. Quienes no deseen recibir dicha enseñanza tienen derecho a rechazarla silenciosamente. Incumbe al Ministerio de Educación adoptar las medidas para prevenir que los alumnos rehusantes puedan estar en desventaja de condiciones, por concepto de calificaciones, promedios e intensidades horarias, frente a quienes sí reciben dicha enseñanza.

Si bien un colegio oficial, en cuya dirección participa una determinada comunidad religiosa, cuyas creencias son compartidas por un alto porcentaje de la población en la que funciona, puede ofrecer, a quienes libremente lo acepten, educación que corresponda a un credo específico, ello no habilita a sus directivas para pretender imponerla a todos los potenciales estudiantes, bien sea obligándolos a asistir a los correspondientes cursos, o discriminando y rechazando a aquellos cuyas prácticas de vida no coincidan con sus postulados, pues una y otra acción configuran la violación del Artículo 68 de la Carta Política<sup>104</sup>.

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 101 de 1998

### Los establecimientos educativos de carácter público no pueden definir su proyecto educativo con base en paradigmas religiosos.

Las actividades educativas deben regirse, tanto en su organización como en su enfoque, por normas de carácter y exigencia general para todas las personas. Tales normas no son otras que los valores, principios y disposiciones constitucionales.

Los colegios oficiales no pueden fundamentar su proyecto educativo en un paradigma religioso específico [...] pues ello implica la violación de los principios fundantes del Estado dirigidos a garantizar el pluralismo y la igualdad de oportunidades, en la medida en que restringen y condicionan el acceso a la prestación de un servicio público a cargo directamente el Estado, que en esas circunstancias queda supeditado a que el usuario comparta y practique los mandatos de un determinado credo o religión, o por lo menos a que durante todo el proceso educativo se le transmitan sus postulados y fundamentos<sup>105</sup>.

### Los centros escolares no pueden discriminar a los alumnos por razón de su orientación sexual ni excluirlos del proceso educativo por esa misma razón.

La Corte Constitucional ha señalado que la conducta y el comportamiento homosexuales son —desde la perspectiva de la Carta Política— manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas. Ese alto tribunal ha precisado que la protección constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad también ampara la autonomía del individuo para decidir sobre la propia sexualidad y que, por lo tanto, no es democrático relegar a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría. Asimismo ha indicado que adoptar normas en las cuales se sojuzgue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría es contrario al derecho a la igualdad, toda vez que los prejuicios fóbicos sobre los cuales se ha fundamentado la anatematización de los homosexuales no otorgan legitimidad a las leyes que hacen de ellos víctimas de escarnio público<sup>106</sup>.

Del Rector del colegio emana una actitud discriminatoria e intolerante, inaceptable en una persona que tiene a su cargo la dirección del proceso educativo, cuyo objetivo principal es precisamente la formación integral de niños y jóvenes en un paradigma de organización social que propende por la igualdad en la diferencia, por el respeto a la singularidad de cada uno de sus asociados y por la reivindicación de su condición de sujetos libres y autónomos, titulares de derechos fundamentales tales como los consagrados en los Artículos 13 y 16 de la C.P. Esa actitud influyó de manera definitiva en la toma de una decisión que se sustentó, no sólo en el presunto incumplimiento de algunas formalidades sino, como lo afirma el mismo rector, en la condición de homosexualidad

<sup>105</sup> *Ibidem*

<sup>106</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 098 de 1996.

de los peticionarios, hecho éste que por sí sólo desencadena una situación de discriminación que conllevó a la vulneración de sus derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, pues al constituirse su condición sexual en una variable, se violó flagrantemente el mandato del Artículo 13 de la C.P. Los colocaron en situación de desigualdad respecto de aquellos jóvenes que hicieron la misma solicitud pero que se presumen heterosexuales, al considerar como un factor negativo la condición de los primeros<sup>107</sup>.

## Derecho al Libre Desarrollo de La Personalidad

El Artículo 16 de la Carta Política no sólo ampara el desarrollo interior y social de los diversos componentes de la personalidad que distingue entre sí a los miembros de la sociedad. Además de la libertad general de actuación resguarda, en concordancia con otras disposiciones sobre derechos fundamentales específicos, la autonomía para manejar determinados ámbitos de la vida que resultan muy susceptibles de verse afectados por la intervención de las autoridades. Dispone ese Artículo constitucional:

“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad garantiza la protección de la autonomía personal del ser humano, esto es, aquella facultad que tiene toda persona para elegir libremente sus planes de vida y para adoptar los ideales que considere deben regir su existencia.

La Corte ha reconocido en el indicado derecho un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la Constitución política. El Artículo 16 de la Carta condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado. Ha dicho la Corte: “Cuando el estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, en el sentido de su existencia”<sup>108</sup>.

La naturaleza y alcance del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad hace que también se le conozca como derecho a la autonomía personal o a la libertad general de actuación<sup>109</sup>. Este es un derecho que ampara la facultad de todo ser humano para obrar o abstenerse de hacerlo respondiendo a los criterios de su libre elección, y para adoptar las decisiones que considere oportunas y adecuadas al desarrollo de su vida. Ampara, asimismo, la prerrogativa de adoptar los

<sup>107</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 101 de 1998.

<sup>108</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 067 de 1998.

<sup>109</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencias T – 222 de 1992 y T – 067 de 1998

valores que la persona estime apropiados para orientar su existencia, de decidir autónomamente el tipo de vida deseado y de buscar el logro de cualquier clase de propósitos mientras ellos no afecten intereses ajenos. El sentido de este derecho lo explica la Corte de manera precisa:

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la libertad general, que en aras de su plena realización humana, tiene toda persona para actuar o no actuar según su arbitrio, es decir, para adoptar la forma y desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones sin más restricciones que las que imponen los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico”<sup>110</sup>.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad obliga al Estado y a los particulares a no interferir abusivamente en las decisiones autónomas de las personas y en la libre elección de sus patrones de vida. Nadie puede impedir injustificadamente a otra persona que escoja sus opciones vitales, que busque sus aspiraciones legítimas de vida y que valore y seleccione las circunstancias de tiempo, modo y lugar apropiadas a su devenir existencial particular. El libre desarrollo de la personalidad obliga también al Estado a realizar acciones orientadas a proporcionar a las personas todas las condiciones materiales indispensables para que ellas puedan autodeterminarse de manera efectiva. Este derecho se distingue por los siguientes rasgos:

- i. La protección jurídica que otorga se hace extensiva, entre otras, a las relaciones del ser humano en los campos social, político, económico y afectivo<sup>111</sup>.
- ii. El tipo de autonomía que ampara comprende la facultad de tomar cualquier decisión que pueda tener incidencia sobre la evolución de la vida personal a lo largo de la existencia<sup>112</sup>.
- iii. El tipo de decisiones que este derecho salvaguarda mediante la inmunidad de coacción incluye, entre otras, las relacionadas con la escogencia de estudios, la integración de una familia, las inclinaciones religiosas, las preferencias políticas y culturales, la orientación sexual y las opciones profesionales<sup>113</sup>.

Algunas de las facultades a través de las cuales se manifiesta la libertad general de actuación que resguarda el derecho al libre desarrollo de la personalidad, son las siguientes<sup>114</sup>:

### Libertad de crear una familia

Tal decisión se puede formalizar mediante vínculos de naturaleza jurídica civil o religiosa, o mediante vínculos de hecho. La formación de una familia mediante matrimonio o unión marital

<sup>110</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 493 de 1993.

<sup>111</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 022 de 1992.

<sup>112</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia 542 de 1992.

<sup>113</sup> *Ibidem*

<sup>114</sup> Véase Parra Vera, Óscar y Góngora M., Manuel Eduardo, *Derechos de libertad*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.



de hecho, así como la libertad de escoger pareja, hacen parte de una libre y autónoma opción personal que se encuentra amparada por la Constitución. En consecuencia, ni el Estado ni la sociedad pueden obstaculizar o impedir esas decisiones. De la misma manera, las instituciones no pueden adoptar reglamentos en los cuales se pretenda regular la escogencia de pareja porque ello contraría abiertamente la Constitución.

Por lo tanto, los reglamentos ni las instituciones militares no podrán contener [sic] ni admitir elementos, normas, principios o comportamientos que estén en contravía de la Constitución vigente, como tampoco favorecer o permitir prácticas institucionales que se aparten de la consideración y respeto debidos a la privilegiada condición de seres humanos, tales como los tratamientos que afecten el libre desarrollo de la personalidad de los militares. En otras palabras, los reglamentos o las prácticas institucionales que condicionen la permanencia laboral o el trato igualitario a la no celebración de matrimonios entre miembros de rango militar diferente, contrarían los derechos constitucionales fundamentales de sus integrantes<sup>115</sup>.

Las instituciones y entidades, públicas o privadas, tampoco pueden adoptar medidas que hagan distinciones entre familias establecidas mediante vínculo matrimonial o vínculo de hecho como la unión libre estable.

La unión marital de hecho corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, “aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar<sup>116</sup>.

La libertad de fundar una familia también incluye el derecho a vivir con los demás miembros del grupo familiar y la autonomía para reproducirse o para no hacerlo.

Esta libertad también contempla el derecho a que no se interfiera el goce efectivo de su libertad cuando desee ejercerla. Así, se cuenta con la facultad de disolver la unión que ya existía y fundar una nueva (Art. 42, CP), dejando a salvo, por supuesto, las obligaciones adquiridas y derivadas de la ley<sup>117</sup>.

El derecho a formar una familia igualmente protege a los menores de edad. Estos pueden crearla autónomamente bajo cualquiera de las modalidades que para su creación reconoce la Carta Política, siempre y cuando sean mayores de catorce años y cumplan los demás requisitos previstos por la ley<sup>118</sup>. Las instituciones educativas no pueden adoptar represalias o sanciones contra los alumnos menores de

<sup>115</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 816 de 2002.

<sup>116</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 098 de 1996.

<sup>117</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 507 de 2004.

<sup>118</sup> *Ibíd*em



edad que contraigan matrimonio —ya sea este civil o religioso— o que establezcan una unión marital de hecho. En consecuencia, no pueden excluirlos del sistema educativo por esa exclusiva razón<sup>119</sup>.

La jurisprudencia, no obstante, ha determinado que el derecho a fundar una familia por parte de los menores no tiene el mismo ámbito de protección que en el caso de los adultos. Los derechos de protección que gozan los menores, imponen a su familia, al Estado y a la sociedad en general, el deber de garantizar su desarrollo libre, armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos<sup>120</sup>.

La Constitución reconoce distintas formas de crear una familia y, en consecuencia, reconoce diversas formas de familia. Todas ellas gozan de igual protección ante la ley<sup>121</sup>. En efecto, la familia se puede constituir por cuatro tipos de vínculos, a saber: naturales, jurídicos, matrimonio y decisión responsable de conformarla<sup>122</sup>.

A la fecha, el legislador no ha agotado ni desarrollado plenamente los efectos de las distintas formas de conformar a la familia, previstas en la Constitución. Tal falta de desarrollo normativo no implica que el mandato constitucional, que obliga a reconocer diversas formas de familia, no tenga efectos jurídicos<sup>123</sup>.

Una de las formas de familia que recientemente ha obtenido reconocimiento y protección, es la unión marital de hecho entre personas del mismo sexo<sup>124</sup>.

El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. [...] Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado<sup>125</sup>.

<sup>119</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 377 de 1995 y T – 853 de 2004

<sup>120</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 507 de 2004.

<sup>121</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 289 de 2000.

<sup>122</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 163 de 2003.

<sup>123</sup> *Ibidem*

<sup>124</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 336 de 2008.

<sup>125</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 075 de 2007.

### ☾ Libertad de ejercer la opción de la maternidad

Ninguna autoridad puede adoptar medidas que obstaculicen la autonomía de la mujer para embarazarse. El derecho a la maternidad es una expresión particular de la protección especial que el Artículo 43 de la Constitución ordena para la mujer embarazada.

Dicha manifestación del Estado es consecuencia de la comprensión que el Constituyente de 1991 tuvo acerca de los principios, valores y derechos que de la Constitución emanan y que irradian a la sociedad colombiana. Así, la solidaridad, la igualdad, los derechos fundamentales de los niños y la comprensión de la familia como núcleo esencial de la sociedad, entre otros, sirven de sustrato a las figuras jurídicas de protección a la mujer<sup>126</sup>.

### ☾ Libertad de adoptar y mantener la identidad personal

Las autoridades están obligadas a respetar el conjunto de atributos físicos o morales que le permiten al ser humano adquirir rasgos de individualidad propia para distinguirse de los otros miembros de la sociedad.

### ☾ Derecho a expresar la individualidad

Esta prerrogativa incluye tanto la posibilidad de exteriorizar los rasgos distintivos que otorgan al individuo su particular singularidad como los derechos de la persona a obtener el reconocimiento de su particularidad y escoger y fijar su propia identidad ante sí y ante los demás.

### ☾ Derecho al nombre

Tener y emplear un nombre constituye atributo esencial de la personalidad<sup>127</sup> toda vez que la persona tiene la necesidad vital de distinguirse de los demás y la necesidad jurídica de identificarse en sus relaciones sociales y legales. En consecuencia, toda persona goza de la autonomía tanto para escoger la forma como desea que los demás lo identifiquen, como de la prerrogativa para reclamar que no la priven de su nombre. Las autoridades penitenciarias, por ejemplo, no pueden despojar a los reclusos de su nombre para identificarlos con números, códigos, apodos o alias. El nombre comprende el llamado nombre de pila y los apellidos que definen la filiación de la persona<sup>128</sup>.

Toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 946 de 2006.

<sup>127</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 090 de 1995.

<sup>128</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 1229 de 2001.

<sup>129</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 191 de 1995.

## 🌐 Derecho al libre ejercicio de la orientación sexual

Uno de los más importantes componentes de la identidad es la orientación sexual de la persona. Esta, en efecto, forma parte de los rasgos absolutamente profundos, personales e inviolables de la individualidad. El ejercicio de la sexualidad de acuerdo con la orientación específica que al respeto tenga cada persona, constituye una de las íntimas expresiones del proyecto de vida propio de cada persona. Por ello, resulta “indiscutible que el más importante de los ámbitos de puesta en práctica de la autodeterminación se da en las situaciones relacionadas con la identidad cultural y con la identidad sexual”<sup>130</sup>.

Este campo es uno de aquellos donde se percibe con mayor facilidad el ámbito de autonomía que protegen el principio constitucional del pluralismo y el Artículo 16 de la Carta política, disposiciones que otorgan carácter de derecho fundamental a la autonomía en materia de opciones vitales.

Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social. Se culmina así un largo proceso de aceptación y tolerancia normativa que se inicia con la despenalización de la conducta descrita en el Código penal de 1936. Es de anotar que, si bien en este tema el derecho ha jugado un papel esencial en la transformación de las creencias sociales, éstas aún se encuentran rezagadas en relación con los ideales normativos. Los valores de la tolerancia y del pluralismo, plenamente asumidos por el ordenamiento jurídico, deben todavía superar enormes obstáculos para encontrar arraigo pleno en la vida cotidiana<sup>131</sup>.

Las personas que se diferencian de la mayoría porque poseen una inclinación erótica y afectiva hacia individuos de su mismo sexo no pueden ser víctimas de sanción, represión, segregación o discriminación a consecuencia de dicha inclinación.

Por lo tanto, los homosexuales o gays no pueden ser en caso alguno destinatarios de normas o de prácticas con las cuales se busque anular o menoscabar, por razón de su homosexualidad, el ejercicio, el goce y el disfrute de sus derechos y libertades. Lo mismo cabe advertir con respecto a las personas que expresan su transexualidad<sup>132</sup>.

El ejercicio de la sexualidad por parte de estas personas, cuando tiene lugar dentro de los justos cauces señalados por los límites de los derechos humanos, no puede ser motivo de sanciones. Tal ejercicio se produce en dos planos: en el relacionado con la disposición del cuerpo y en el relacionado con el ámbito psicosocial<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> Madrid-Malo Garizábal, Mario, Op.citp. p. 236.

<sup>131</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 097 de 1994.

<sup>132</sup> Madrid-Malo Garizábal, Mario, Op.citp. p. 237.

<sup>133</sup> Véase Sastoque Coronado, Daniel Antonio, Ejercicio de la sexualidad: derecho fundamental de la humanidad, Escuela Superior de Administración Pública, Ensayo final para optar al título de Especialista en derechos humanos, Bogotá, 2001.

El ámbito asociado con la disponibilidad del cuerpo incluye derechos tales como sostener relaciones sexuales con la persona escogida en condiciones dignas, no ser víctima de violencia sexual, acceder a los programas de prevención, tratamiento y control de enfermedades de transmisión sexual y VIH-sida, determinar el número de hijos y acceder al uso de métodos de planificación familiar.

El ámbito relacionado con la dimensión psicosocial incluye, entre otros, el derecho a ejercer la orientación de la sexualidad, del rol de género y de la identidad sexual, a manifestar la orientación de la sexualidad, del rol de género y de la identidad sexual, a no ser víctima de discriminación por el ejercicio de la orientación de la sexualidad, del rol de género y de la identidad sexual, a gozar de medidas positivas para superar la discriminación por razón de la orientación de la sexualidad, del rol de género y de la identidad sexual, a ejercer la sexualidad en todas las etapas de la vida y a obtener educación sexual adecuada.

- Derecho a decidir sobre la apariencia personal

La persona puede escoger el aspecto exterior que estime más apropiado para su forma de ser. Por tal razón goza de autonomía para decidir sobre asuntos como el atuendo usado, el color y longitud del cabello, el uso de barba o bigote, el tipo de peinado, el empleo de adornos corporales y el uso de maquillaje.

La consideración conjunta de los Artículos 14 y 16 de la C. P., obligan a concluir que la personalidad a que aluden ambos es una personalidad diferenciada —desde luego, sin perjuicio de que el derecho en sí mismo sea abstracto y universal—, en el sentido de que ella no es ajena a las características físicas, sociales y a los demás elementos relevantes que son distintivos y propios de un individuo y que objetivamente son susceptibles de ser reconocidos y apreciados en su medio. Las dos disposiciones, una en sentido estructural y la otra en sentido funcional y dinámico, amparan el derecho a la propia identidad y la consiguiente facultad de obrar contra su injusto falseamiento<sup>134</sup>.

## Derecho A No Ser Desaparecido

El Artículo 12 de la Constitución reconoce el derecho a no ser desaparecido, mediante la prohibición de esa práctica. Consagra la norma en cuestión:

Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Este es un derecho fundamental de aplicación inmediata que protege a todas las personas, legal o ilegalmente privadas de la libertad, contra el ocultamiento cometido a cualquier título por agentes del

<sup>134</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 090 de 1996.

Estado o por particulares que obran en conexión con aquellos. El derecho a no ser desaparecido protege a las personas contra una violación de los derechos humanos perpetrada cuando hay una negativa dolosa de las autoridades (o de particulares que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia) a reconocer que tienen o tuvieron en su poder a una persona privada de la libertad y cuya suerte se ignora por malicioso ocultamiento. La desaparición sustrae a la víctima del amparo de la ley, la expone a graves hechos de violencia y la desidentifica radicalmente<sup>135</sup>.

El Derecho internacional califica la desaparición forzada de personas como violación de derechos humanos. Se trata de un hecho internacionalmente ilícito que compromete la responsabilidad del Estado y que, en consecuencia, solamente puede ser imputado a autoridades o a particulares que obran en conexión o bajo la aquiescencia de ellas.

En el sistema de las Naciones Unidas, la desaparición forzada es concebida como un típico crimen de Estado, cuando éste actúe a través de sus agentes o de particulares que obran en su nombre o con su apoyo directo e indirecto, sin introducir distinción alguna entre la privación de la libertad de naturaleza legítima o arbitraria<sup>136</sup>.

La legislación y la jurisprudencia colombianas, sin embargo, no acogen de manera estricta los estándares señalados por los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, al establecer que el delito de desaparición forzada puede ser imputado a cualquier persona, sea esta autoridad o particular que obra sin el apoyo, complicidad o aquiescencia de aquella.

Es evidente que cualquier particular puede arrebatarse y ocultar a una persona y, posteriormente, negar que conozca el paradero de la misma. Sin embargo, tal ocultamiento solo revestirá el carácter de desaparición forzada propiamente dicha cuando concurren las causas y circunstancias que configuran ese delito internacional. En caso contrario, se estará frente a un tipo de delito diferente al de desaparición forzada según los términos internacionales, aunque en ambos casos se menoscaben por igual derechos fundamentales como la libertad y a la protección de la ley. La desaparición forzada y otras expresiones de privación de la libertad no se homologan porque amenacen y vulneren los mismos derechos fundamentales de la víctima. Una y otras adquieren identidad propia por el propósito que persiguen y, especialmente, por la responsabilidad que sea imputable al Estado en los hechos.

La responsabilidad internacional del Estado colombiano por la comisión de desapariciones forzadas, se genera únicamente cuando las cometen autoridades o particulares que actúan con la aquiescencia, complicidad o apoyo de aquellas. Las privaciones de la libertad cometidas por particulares sin la participación directa o indirecta de autoridades, no son calificadas como desapariciones forzadas a la luz de ese derecho. Dichas privaciones son, desde luego, conductas punibles que deben ser investigadas y

<sup>135</sup> Madrid-Malo Garizábal, Mario, Op cit., p. 139.

<sup>136</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 317 de 2002.

sancionadas según la ley penal. En tales casos, el Estado compromete su responsabilidad internacional cuando no investiga eficazmente las mencionadas conductas punibles. Esta es una responsabilidad que se genera por omisiones que vulneran, en principio, el derecho de acceso a la administración de justicia. Ello es distinto a la responsabilidad por las omisiones en materia de prevención y represión de las desapariciones forzadas de personas.

La caracterización de la desaparición forzada de persona como violación de derechos humanos, se encuentra formulada en diversos instrumentos internacionales. Así, el Artículo 2° de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas prescribe:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

El Artículo 2° de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, dispone a su vez:

A los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Esta convención prevé la posibilidad de que particulares que obran sin la autorización o el apoyo de autoridades, secuestren a una persona, nieguen dicho secuestro, oculten a la víctima y la sustraigan de la protección legal. Sin embargo, no califica esta forma de privación de la libertad como desaparición forzada. Al respecto prescribe el Artículo 3° del mencionado instrumento:

Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el Artículo 2 cometidas por personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.

La desaparición forzada de personas es, de acuerdo con los tratados de derecho internacional de los derechos humanos, una violación que se produce cuando concurren, necesariamente, los siguientes elementos:

- i. Privación de la libertad por servidores públicos o por personas particulares que actúan bajo las órdenes de aquellos servidores u obran con su aquiescencia y colaboración directa o indirecta.

Para que se configure la desaparición forzada no se requiere que la aprehensión de la persona sea ilegal o arbitraria. En efecto, personas detenidas legalmente pueden ser víctimas de esa violación.

ii. Ocultamiento de la víctima. El desaparecido es una persona cuyo paradero se desconoce porque sus captores la incomunican y niegan tenerla en su poder.

Para configurar una desaparición forzada no se requiere que la persona sea detenida desde un comienzo en sitios clandestinos de reclusión. Aunque así ocurra de manera usual, en ocasiones sucede que la víctima es detenida en instalaciones militares, policiales o de los cuerpos secretos, pero no se registra su ingreso a tales instalaciones. Con ello se facilita su traslado a lugares secretos y, posteriormente, su ejecución extrajudicial.

iii. Negativa deliberada e intencional de las autoridades a reconocer la detención de la víctima y a informar sobre el lugar de su reclusión.

La desaparición forzada de personas es usualmente el primer eslabón de una cadena de actos delictivos. Con ella se prepara el camino para la comisión de otras violaciones, se facilita el ocultamiento de su ocurrencia y, sobretodo, se garantiza la impunidad de los responsables.

La desaparición forzada de personas se debe distinguir tanto del desaparecimiento como del secuestro. El primero es una situación a la cual se refiere el Artículo 96 del Código Civil y que se produce cuando una persona abandona su lugar de domicilio sin dar aviso de su paradero. El desaparecimiento civil puede tener razones voluntarias o involuntarias. Es voluntario cuando alguien, por decisión personal, se ausenta de su domicilio habitual porque desea abandonar unas determinadas condiciones de vida. Es involuntario cuando la ausencia se produce por motivos ajenos a una decisión personal pero asociados a circunstancias fortuitas e imprevistas, tales como catástrofe o calamidad (por ejemplo, naufragio, incendio o alud).

La víctima de desaparición forzada, por el contrario, es una persona que abandona el domicilio habitual contra su voluntad y cuyo paradero se torna desconocido después de haber sido privada de la libertad por agentes del Estado o particulares que obran en relación con aquéllos. La desaparición forzosa, desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, es una práctica cuyo sujeto activo y finalidad la diferencian claramente de otras conductas punibles que también violan el derecho a la libertad personal. El sujeto activo, esto es, el responsable de la práctica de la desaparición resultan ser personas con un vínculo directo o indirecto con el Estado. La participación de servidores públicos en la desaparición forzada de personas, bien sea como autores materiales, como autores intelectuales o como cómplices, convierte esa violación de derechos humanos en un crimen de Estado.

La desaparición forzada tiene como finalidades castigar a la víctima por sus actividades o por su condición social, amedrentar a grupos sociales afines con la víctima y asegurar su



impunidad. Por ello, las personas desaparecidas forzosamente son usualmente defensores de derechos humanos, políticos opositores, abogados de presos políticos, líderes cívicos, religiosos o sindicales, y campesinos a quienes se acusa, con razón o sin ella, de ser auxiliares, simpatizantes o informantes de grupos subversivos. Las víctimas de desaparición forzada son escogidas de manera selectiva con el propósito de desalentar a otras personas que realizan actividades similares a las de aquellas.

La desaparición forzada y el secuestro son delitos que se diferencian por varios rasgos. Uno de ellos es el ámbito de los bienes jurídicos que afectan. La desaparición se reprime y sanciona porque amenaza y vulnera una multiplicidad de derechos. El secuestro, porque afecta esencialmente la libertad.

Además, mientras el delito de secuestro lo comete quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con los fines determinados en la legislación penal, la comisión de la desaparición forzada se consuma en dos actos: la privación de la libertad de una persona -que puede ser, incluso ab initio legal y legítima-, seguida de su ocultamiento, y además la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal<sup>137</sup>.

Otros rasgos que permiten diferenciar entre desaparición forzada y la disponibilidad de información sobre la víctima. El secuestro suele caracterizarse por que la privación de libertad de la víctima, si bien puede resultar prolongada, suele ser transitoria y por que, en la mayoría de los casos, se comete para obtener algún propósito. En consecuencia, al secuestrador le interesa hacer conocer su delito pues ello es el primer paso para lograr las exigencias que eventualmente presente a las familias de los secuestrados.

En el delito de desaparición forzada, en cambio, el actor no pretende arrebatar, sustraer, retener u ocultar transitoriamente a una persona sino privarla de la libertad, ocultarla y no dar información sobre su paradero. De allí que el autor, lejos de buscar que se conozca el acto material del delito, pretenda que tanto su comportamiento como la suerte de la víctima, permanezcan en la clandestinidad pues se trata de un delito que no es concebido como un instrumento para la realización de otros propósitos previstos en el tipo sino como un delito cuyo fin se agota en su sola consumación<sup>138</sup>.

La comisión de desapariciones forzadas de personas, indica la respectiva Convención interamericana, reúne dos características que contribuyen a acentuar su gravedad e injusticia: la multiplicidad de violaciones de derechos humanos que produce y la continuidad de su comisión. Sobre la primera característica afirma el Preámbulo de esa convención: “[...] La

<sup>137</sup> *Ibidem*

<sup>138</sup> Corte Constitucional, Sentencia C - 400 de 2003



desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos". Algunos de los derechos que se violan con la desaparición forzada son:

### ☾ La libertad

La desaparición es un acto con el cual se priva arbitrariamente a la víctima de su autonomía y de su capacidad para autodeterminarse en el tiempo y en el espacio.

### ☾ La integridad

Las condiciones bajo las cuales es detenida la persona suelen constituir, cuando menos, tratos crueles, inhumanos y degradantes que menoscaban su salud física y psíquica.

### ☾ El debido proceso

Los perpetradores de desapariciones ocultan a la persona y, por lo tanto, la sustraen de la protección judicial y de las garantías que aseguran un proceso justo si a la víctima se le acusa de cometer algún hecho delictivo.

### ☾ El libre desarrollo de la personalidad

La desaparición forzada le impide al individuo el ejercicio de la autonomía para decidir sobre su plan de vida.

### ☾ La vida

La experiencia ha demostrado que la desaparición desemboca en la ejecución extrajudicial de la víctima y en el ocultamiento del cadáver.

La desaparición forzada atenta, en fin, contra la personalidad jurídica porque con ella se priva a la víctima de su aptitud natural para ejercer todos aquellos derechos de los cuales es titular. La desaparición forzada es uno de esos delitos que causan gran daño tanto a principios constitucionales como a derechos fundamentales de la víctima y sus allegados.

Los efectos de ese delito no se circunscriben a la víctima directa, sino que igualmente trascienden a muchas otras personas de su entorno inmediato que resultan sometidas a una verdadera tortura psicológica producto de la forma como se llevan a cabo las desapariciones, de la ausencia de la persona y de la incertidumbre sobre el paradero y la suerte que haya corrido a manos de sus captores. El daño emocional que causan las desapariciones forzadas resulta incalculable y, con

frecuencia, irreparable para las víctimas que raramente sobreviven y para quienes sobreviven a los desaparecidos.

La desaparición forzada se considera un delito continuado. Sobre esta característica prescribe el Artículo 3° de la Convención interamericana: “Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.” La desaparición forzada es, en consecuencia, un crimen que se comete día tras día mientras la suerte y la situación de la víctima no se conozcan. Ello tiene un efecto práctico respecto a la investigación y penalización del delito en cuestión: desapariciones cometidas antes de que entraran en vigor las disposiciones que las penalizan, pueden ser investigadas y sancionadas con arreglo a tales disposiciones.

Las obligaciones que la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas impone al Estado colombiano son, fundamentalmente, de carácter preventivo, represivo y procesal.

### **Obligaciones de carácter preventivo**

Estas obligaciones incluyen los deberes de no practicar, permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas; permitir a las autoridades judiciales competentes, el libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se pueda encontrar una persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar; mantener a toda persona privada de libertad en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentarla sin demora, conforme a la legislación interna, a la autoridad judicial competente; establecer registros oficiales actualizados sobre las personas detenidas y mantenerlos a disposición de familiares, jueces, otras autoridades, abogados y cualquier persona con interés legítimo; impartir la educación necesaria sobre prevención y represión del delito de desaparición forzada de personas a los funcionarios encargados de aplicar la ley.

### **Obligaciones de carácter represivo**

La principal obligación de carácter represivo es la de castigar la desaparición forzada de personas, con penas apropiadas que tenga en cuenta su extrema gravedad.

### **Obligaciones de carácter procesal**

Dichas obligaciones incluyen las de garantizar que dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima; garantizar que no se podrán invocar circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación para la práctica de desapariciones forzadas de personas; garantizar que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena impuesta al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción;

asegurar que no se admitirá la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores, como eximente de responsabilidad por la comisión de una desaparición forzada; velar por que los presuntos responsables de hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sean juzgados en la jurisdicción ordinaria, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar y garantizar que la desaparición forzada no sea considerada como realizada en el ejercicio de funciones militares.

Las condiciones de vida a las cuales se somete a los secuestrados son realmente oprobiosas y se supone que también lo son para los desaparecidos. El secuestro y la desaparición son dos crímenes igualmente afrentosos e indignantes. Por ello, resulta desconcertante el tratamiento diferente que han recibido en la legislación colombiana. Mientras que el secuestro ha sido reprimido con la merecida severidad muy rápidamente y sin titubeos, la penalización de la desaparición tardó muchos años y tuvo múltiples y grandes obstáculos. Mientras que las víctimas de secuestro y sus familias han recibido amplia protección legal, las víctimas de desaparición y sus familias no la han recibido o solamente les ha llegado de manera marginal.

La protección a la cual tienen derecho actualmente las víctimas de desaparición forzada y sus familias no es producto de medidas específicamente adoptadas a su favor por el legislador, sino de la extensión de beneficios concedidos inicialmente a las familias de personas secuestradas. Tal extensión ha sido ordenada por la Corte Constitucional en aplicación del principio de solidaridad y del derecho a la igualdad. La única medida de alcance general que se ha adoptado en beneficio de las víctimas de desaparición forzada es el mecanismo de búsqueda urgente y sus instrumentos de investigación. Aun así, pasaron varios años antes de que ese mecanismo se reglamentara con el propósito de hacerlo eficaz.

La Ley 589 de 2000 creó un conjunto de mecanismos administrativos cuyo propósito central es facilitar el cumplimiento de las obligaciones permanentes que el Estado debe cumplir con los propósitos de establecer el paradero de las víctimas de desaparición forzada, de conocer las razones de su desaparición y proporcionar las respectivas informaciones a los familiares. Estos mecanismos, que no suplen ni reemplazan los remedios judiciales idóneos y eficaces que deben tener todas las víctimas de violaciones de derechos humanos, son los siguientes:

### ● **Comisión de búsqueda de personas desaparecidas**

Esta comisión tiene el encargo general de apoyar y promover, dentro del marco de garantías del debido proceso, la investigación del delito de desaparición forzada. Para cumplir ese cometido debe diseñar, evaluar y apoyar la ejecución de planes de búsqueda de personas desaparecidas e integrar grupos de trabajo para investigar casos específicos. La Comisión tiene competencia para efectuar labores de búsqueda de personas desaparecidas con anterioridad a la expedición de la Ley 589 de 2000.

La Comisión se halla integrada por el Fiscal General de la Nación, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Consejero Presidencial para los Derechos Humanos, el Director del Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad, el Director del Instituto de Medicina Legal, o sus delegados permanentes, el Ministerio de Defensa o un delegado de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa, un Representante de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos – ASFADDES y un Representante de las organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos escogidas por ellas mismas.

### Registro nacional de desaparecidos

El Gobierno Nacional tiene que mantener un registro nacional de personas desaparecidas. Este registro, cuya coordinación está asignada al Instituto Nacional de Medicina Legal, debe contener los siguientes datos como mínimo: identidad de las personas desaparecidas; lugar y fecha de los hechos y relación de los cadáveres o de restos exhumados o inhumados, de personas no identificadas. Esta relación debe indicar lugar y fecha del hallazgo, condiciones, características, evidencias, resultados de estudios técnicos, científicos o testimoniales y cualquier dato que conduzca a su identificación.

### Registro de personas capturadas y detenidas

Las personas privadas de la libertad deben ser y permanecer reclusas, exclusivamente, en los establecimientos e instituciones autorizadas para el efecto según los términos consagrados en la Constitución Nacional y la ley. Los organismos de seguridad del Estado y las autoridades de policía judicial y de las instituciones carcelarias tienen que llevar registros oficiales de las personas capturadas o detenidas.

Aquel registro debe indicar fecha y hora de ingreso de la persona al centro de reclusión, motivo de la aprehensión o detención, trámite dado a su detención y autoridad ante la cual fue puesto o se encuentra a disposición. El registro debe estar sistematizado y comunicado por red a nivel nacional y hallarse a disposición inmediata de cualquier persona. Los organismos, autoridades e instituciones mencionadas deben disponer, además, de una línea telefónica gratuita permanente para suministrar a la ciudadanía la información mencionada.

La Ley 971 de 2005 reglamentó el mecanismo de búsqueda urgente. El Artículo 1° de dicha ley dispone:

“El mecanismo de búsqueda urgente es un mecanismo público tutelar de la libertad y la integridad personales y de los demás derechos y garantías que se consagran en favor de las personas que se presume han sido desaparecidas. Tiene por objeto que las autoridades judiciales realicen, en forma inmediata, todas las diligencias necesarias tendientes a su localización, como mecanismo efectivo para prevenir la comisión del delito de desaparición forzada.

En ningún caso, el mecanismo de búsqueda urgente podrá ser considerado como obstáculo, limitación o trámite previo a la acción constitucional del hábeas corpus o a la investigación penal del hecho”.

Toda persona que llegare a saber sobre la probable desaparición de alguien, puede solicitar a cualquier autoridad judicial la activación del mecanismo de búsqueda urgente sin incurrir en ningún gasto económico. El concepto de autoridad judicial es más amplio que el concepto de juez. Ello implica que el mecanismo podrá ser conocido por funcionarios distintos a los jueces, si están considerados como autoridades judiciales<sup>139</sup>. Los miembros del Ministerio Público podrán solicitar la activación del mecanismo de búsqueda urgente sin que deban realizar procedimientos o investigaciones preliminares. Los servidores públicos que, por cualquier medio, se enteren de la ocurrencia de una probable desaparición deberán, de oficio, activar el mecanismo de búsqueda urgente si fueren competentes. De otra forma, deberá avisar del hecho a cualquier autoridad judicial para que proceda a activarlo. La solicitud de activación del mencionado mecanismo puede hacerse de forma verbal o escrita. Al respecto dispone el Artículo 4° de la Ley 971:

“Quien solicite la activación del mecanismo de búsqueda urgente deberá comunicar a la autoridad judicial, verbalmente o por escrito, los hechos y circunstancias por los cuales solicita la activación del mecanismo, y sus nombres, apellidos, documento de identificación y lugar de residencia. Si el peticionario fuese un servidor público, deberá indicar el cargo que desempeña.

La autoridad judicial ante quien se solicite la activación del mecanismo de búsqueda deberá, en ese mismo momento, recabar información en relación con los siguientes aspectos:

1. El nombre de la persona en favor de la cual se debe activar el mecanismo de búsqueda urgente, su documento de identificación, lugar de residencia, rasgos y características morfológicas, las prendas de vestir y elementos de uso personal que portaba al momento del hecho y todos los demás datos que permitan su individualización.
2. Los hechos y circunstancias que permitan establecer o lleven a presumir que la persona en favor de la cual se solicita la activación del mecanismo de búsqueda urgente es víctima de un delito de desaparición forzada de personas, incluyendo la información conocida concerniente al lugar y fecha de la desaparición y a los posibles testigos del hecho.
3. Toda la información que se tenga sobre la persona en cuyo favor se invoca el mecanismo, incluyendo, cuando fuere del caso, el lugar al que posiblemente fue conducida y la autoridad que realizó la aprehensión.

<sup>139</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 473 de 2005.

4. Si el peticionario ha solicitado a las autoridades posiblemente implicadas en la desaparición información sobre el paradero de la víctima y si estas han negado la aprehensión, retención o detención.
5. Si el hecho ha sido denunciado ante otras autoridades.

Cuando el solicitante no conozca las informaciones anteriores o cualesquiera otras que la autoridad judicial considere pertinentes para realizar las gestiones y diligencias de búsqueda urgente, el funcionario judicial deberá recabarlas de otras fuentes, sin perjuicio de que simultáneamente realice todas las actividades tendientes a dar con el paradero de la persona o personas.

En la solicitud de activación del mecanismo de búsqueda urgente, el peticionario podrá solicitar al funcionario judicial la práctica de las diligencias que considere pertinentes para dar con el paradero de la persona, e indicar los lugares en los cuales se deben realizar las diligencias que permitan obtener la finalidad del mecanismo de búsqueda urgente.

La solicitud de activación del mecanismo de búsqueda urgente no está sometida a reparto. En consecuencia debe ser tramitada por el funcionario judicial ante quien se presente, excepto que respecto a él concurren circunstancias que pongan en duda su independencia e imparcialidad. En este caso, el solicitante o el Ministerio Público pueden solicitar el traslado de las diligencias a otra autoridad judicial. Las diligencias pertinentes se deben iniciar en un plazo máximo de 24 horas. La autoridad que tenga a su cargo el trámite informará de inmediato sobre la solicitud de activación del mecanismo de búsqueda urgente a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al Departamento Administrativo de Seguridad, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Fiscalía General de la Nación y a las demás autoridades que tengan registrados datos de la víctima o de personas desaparecidas o cadáveres sin identificar, para que se realicen las confrontaciones de datos que fueren pertinentes a fin de recopilar información útil para el hallazgo de la víctima. (Ley 971 de 2005, Artículo 5°).

Los miembros de la Fuerza Pública y de los organismos de seguridad o de cualquier otra entidad del Estado, tienen el deber de permitir y facilitar el acceso de los servidores públicos que, en desarrollo de un mecanismo de búsqueda urgente realicen diligencias para dar con el paradero de la persona o personas en cuyo favor se instauró el mecanismo, a sus instalaciones, guarniciones, estaciones, dependencias y, en general, a todas aquellas instalaciones donde actúen sus miembros. La ley dispone al respecto que las autoridades judiciales competentes para aplicar ese mecanismo gozan, entre otras, de las siguientes facultades:

1. Ingresar y registrar sin previo aviso, de oficio o por indicación del solicitante, a los centros destinados a la privación de la libertad de las personas o a las sedes, instalaciones, oficinas o dependencias oficiales con el fin de establecer si la persona que se presume desaparecida se halla

en dichos lugares. Cuando se trate de inmuebles particulares, la autoridad judicial deberá proferir mandamiento escrito para proceder a realizar la inspección, salvo que el morador del inmueble autorice el ingreso y registro.

2. Solicitar al superior respectivo que, en forma inmediata y provisional, separe del cargo que viene ejerciendo al servidor público contra quien se pueda inferir razonablemente responsabilidad en la desaparición forzada de una persona, con el objeto de evitar que su permanencia en el cargo pueda ser utilizada para obstaculizar el desarrollo normal de la búsqueda urgente o para intimidar a familiares de la víctima o testigos del hecho. La misma medida podrá solicitarse contra los servidores públicos que obstaculicen el desarrollo de la búsqueda urgente o intimiden a los familiares de la víctima o a los testigos del hecho. El superior respectivo de los servidores sobre quienes recaiga esta medida deberá, so pena de comprometer su responsabilidad, tomar todas las previsiones para garantizar la efectividad de la búsqueda.

3. Requerir el apoyo de la Fuerza Pública y de los organismos con funciones de policía judicial para practicar las diligencias tendientes a localizar la persona desaparecida y obtener su liberación. Las autoridades requeridas no podrán negar su apoyo en ningún caso.

4. Acopiar la información que consideren pertinente para dar con el paradero de la persona desaparecida, por el medio que consideren necesario y sin necesidad de formalidades. (Ley 971 de 2005, Artículo 7°).

Debe resaltarse en todo caso que, según lo dispuesto por el Artículo 1° de aquella ley, el mecanismo de búsqueda urgente ni sustituye ni es requisito previo para invocar el derecho y garantía constitucional de habeas corpus a favor de la víctima de presunta desaparición forzada, ni para adelantar las acciones penales y disciplinarias pertinentes. También debe señalarse que el mecanismo de búsqueda urgente, a diferencia del habeas corpus, no puede ser empleado para verificar la legalidad de la privación de la libertad de una persona. Tal mecanismo funciona para establecer el lugar donde se encuentra la persona desaparecida. El habeas corpus solamente procedería cuando se ha logrado conocer el paradero de la persona buscada y se hace necesario decidir si está legalmente privada de la libertad<sup>140</sup>.

## Derecho de Petición

El derecho de presentar solicitudes verbales o escritas ante las autoridades con el fin de requerir su intervención en un asunto concreto o de conseguir que decidan actuar o abstenerse de hacerlo en materias de su competencia, no sólo constituye un derecho fundamental sino, también, un poder de acción inherente al principio del Estado social de derecho. Este derecho se encuentra reconocido por el Artículo 23 de la Constitución Política en los siguientes términos:

<sup>140</sup> *Ibidem*



“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

El derecho de petición es un derecho de rango fundamental porque forma parte inherente de la dignidad humana y puede ser protegido mediante la acción de tutela. Es un poder de acción porque hace parte de aquellos derechos que otorgan a la persona potestad para reclamar que la administración atienda asuntos de interés general o particular y para intervenir activamente en la adopción de las decisiones que tengan incidencia sobre esos asuntos.

En una organización política donde el ejercicio del poder se halla sometido al imperio de la ley, las relaciones entre la sociedad y las autoridades se encuentran reguladas de tal manera que la primera puede obligar a las segundas a atender sus legítimos requerimientos según las posibilidades otorgadas por el ordenamiento jurídico. Esa posibilidad de imponer deberes a los agentes del Estado nace de las facultades que otorga el derecho de petición. Este resulta ser, entonces, una garantía característica del sistema democrático en el cual las autoridades deben estar dispuestas a someterse al escrutinio de la ciudadanía.

Es imposible concebir una organización política estructurada como Estado democrático y participativo si las personas carecen de medios idóneos para conocer las gestiones y actuaciones de los servidores públicos. Tal característica hace del derecho de petición un instrumento idóneo para lograr la protección de otros bienes jurídicos y, por tal razón, comprende tanto el derecho de dirigir solicitudes a las autoridades como el de obtener una pronta resolución de fondo para las mismas. El derecho de petición se puede ejercer por razones asociadas a un interés general de la comunidad o a un beneficio legítimo del solicitante. Las peticiones adoptan, según el contenido y el propósito que persigan, las modalidades de quejas, reclamos, manifestaciones, consultas o peticiones de informaciones<sup>141</sup>.

Las quejas son peticiones en las cuales se informa a las autoridades sobre posibles conductas irregulares o arbitrarias de servidores del Estado o de particulares que tengan el encargo de prestar un servicio público. Los reclamos son peticiones en las cuales se informa a las autoridades sobre la suspensión injustificada o la mala prestación de una función administrativa o de un servicio público. Las manifestaciones son peticiones mediante las cuales se hace llegar a las autoridades el parecer del peticionario o los peticionarios, sobre un asunto sometido a alguna actuación administrativa. Las consultas son preguntas que se hacen cuando se quiere conocer el concepto de una autoridad sobre materias relacionadas con sus funciones o atribuciones. Las peticiones de informaciones son solicitudes se presentan con la finalidad de que las autoridades dejen conocer cómo han actuado o qué han decidido en un determinado caso, permitan el examen de documentos públicos no reservados que tengan bajo su poder o expidan copia de documentos que reposan en la entidad o dependencia bajo su responsabilidad.

<sup>141</sup> Véase Defensoría del Pueblo, El derecho de petición, en “Su Defensor”, No. 5, Bogotá, diciembre de 1993.



El derecho de petición de informaciones, regulado tanto por el Código Contencioso Administrativo como por la Ley 57 de 1985, está relacionado estrechamente con el derecho de acceso a los documentos públicos. Este se encuentra protegido por el Artículo 74 de la Constitución Política. Los documentos a que se refiere dicho artículo son aquellos que reposan en cualquier oficina pública y que, además, no tienen el carácter de reservados. Por su origen, los documentos son oficiales si provienen de servidores públicos o de personas que desempeñan temporalmente funciones públicas, o pueden ser particulares si provienen de personas de condición privada.

Los documentos particulares que reposan en las oficinas públicas también pueden ser consultados cuando su examen no vulnera el derecho fundamental a la intimidad. Así ocurre con la llamada hoja de vida, esto es, el documento en el cual una persona que desea vincularse al sector público consigna datos tales como los años de estudio, los niveles de educación alcanzados, los títulos y certificados obtenidos, la experiencia laboral acumulada y los cargos desempeñados. De la hoja de vida forman parte los certificados, diplomas, constancias y actas que permiten a la administración verificar las informaciones suministradas y determinar si la persona es idónea para vincularse al sector público o para contratar con él.

La Corte Constitucional señaló que los datos pedidos en el formato único de hoja de vida, creado por el Artículo 1° de la Ley 190 de 1995, son aspectos “que bien pueden ingresar en la órbita de lo público y que en nada afectan el núcleo esencial del derecho a la intimidad”<sup>142</sup>. Desarrollando este pronunciamiento el alto tribunal expresó: “Es incuestionable que la información de carácter académico y laboral no está sustraída al conocimiento público, con base en ella la persona se da a conocer en el ámbito social y se promociona en el mercado laboral, sin que su consignación en un sistema de información público amenace su derecho fundamental a la intimidad”.

Algunos documentos quedan sustraídos del conocimiento público: se trata de los documentos reservados. El carácter reservado de un documento no lo puede definir una decisión discrecional de un funcionario, sino que está señalado expresamente por la Constitución y la Ley.

[...] El ejercicio del derecho al acceso a documentos públicos debe, pues, ceñirse a los postulados de la Constitución y la ley tal como lo dispone expresamente el Artículo 74. Vale decir: solo la Carta Fundamental y la ley pueden establecer límites al ejercicio de este derecho que por supuesto, incluye la consulta de los documentos in – situ y no sólo como pudiera pensarse, la solicitud de copias<sup>143</sup>.

Así, tienen carácter reservado los siguientes documentos:

- i. Los relacionados con las instrucciones impartidas por el Gobierno a sus representantes diplomáticos;

<sup>142</sup> Corte Constitucional, Sentencia C 326 de 1997.

<sup>143</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-473 de 1992.

- ii. Los relacionados con negociaciones internacionales;
- iii. Las cartas y papeles privados;
- iv. Las actas de las sesiones del Consejo de Ministros;
- v. Las diligencias contenidas en el sumario del proceso penal;
- vi. Las declaraciones de renta y patrimonio;
- vii. Aquellos cuyo contenido está relacionado con informaciones que de revelarse vulnerarían el derecho a la intimidad<sup>144</sup>.

La reserva legal de los documentos cesa a los 30 años de su expedición. Cuando se cumple ese período los documentos adquieren el carácter de históricos y pueden ser consultados libremente por cualquier persona. En todo caso, se debe tener presente nunca se puede negar la entrega de documentos reservados a las autoridades cuando estas los requieren para el cumplimiento de sus legítimas funciones. Aquella reserva opera frente a los particulares y no frente a los funcionarios que los solicitan en ejercicio de sus atribuciones. La autoridad que rehúsa entregar un documento argumentando que está amparado por la reserva, debe justificar su decisión indicando la norma que consagra tal reserva. De lo contrario, está obligada a entregar la información solicitada<sup>145</sup>.

El derecho de petición de informaciones también se puede ejercer ante las autoridades judiciales en un proceso penal por parte de las respectivas víctimas o perjudicados. Esta parte bien puede ser un actor individual o un actor popular. Estas peticiones pueden hacerse con la finalidad de obtener información, hacer solicitudes específicas o aportar pruebas. Sin embargo, una vez que las víctimas o los perjudicados se hayan constituido en parte civil, tendrán acceso directo al expediente<sup>146</sup>.

El ejercicio del derecho de petición impone a las autoridades los deberes de responder con prontitud, de resolver de fondo, de motivar la respuesta y de notificar la respuesta.

El deber de responder con prontitud obliga a los servidores públicos a dar respuesta a las peticiones que reciben, dentro de los siguientes términos: quince días hábiles para contestar quejas, reclamos y manifestaciones; diez días hábiles para atender peticiones de información y treinta días hábiles para resolver consultas. Aquellos son términos máximos pues todo servidor público tiene el deber de actuar con celeridad y eficacia para atender las peticiones que le dirigen. Por ello, si puede responder antes del término legal máximo, está obligado a hacerlo. Cuando no pueda responderse una petición dentro

<sup>144</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 473 de 1992.

<sup>145</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 998 de 1999.

<sup>146</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 228 de 2002.

del término legal, el funcionario deberá informarle esa circunstancia al peticionario, le hará saber de las dificultades presentadas y le indicará el tiempo que tomará darle respuesta<sup>147</sup>.

Los funcionarios que retardan injustificadamente la atención de las peticiones incurren en omisiones que, según el Artículo 7º del Código Contencioso Administrativo, dan lugar a sanciones disciplinarias toda vez que constituyen causal de mala conducta. Las dificultades presupuestales y administrativas y la eventual sobrecarga de trabajo que se puedan presentar en los despachos públicos no justifican, por sí mismas, el incumplimiento de los términos legales señalados para responder peticiones<sup>148</sup>.

El deber de resolver de fondo implica que el servidor público no puede limitarse a informar que ha recibido la petición, a hacer constar que ella fue radicada o a notificar una respuesta formal en la cual no se alude directamente al asunto planteado por el peticionario. Resolver de fondo no significa que las autoridades deban conceder siempre lo reclamado por el peticionario. Significa que el servidor público obligado a atender la solicitud no se puede limitar a dar cualquier clase de respuesta, pues con ello no quedan satisfechas las exigencias del derecho de petición. Resolver de fondo supone que el funcionario asume con argumentos razonables y pertinentes las causas que motivaron al interesado a ejercer el derecho de petición. Este deber se encuentra estrechamente relacionado con el de motivar la respuesta el cual obliga a explicar los argumentos que llevaron a la autoridad a decidir en uno u otro sentido.

La resolución que la norma impone implica entrar al fondo del asunto, de manera que la decisión que finalmente se adopte en realidad resuelva, positiva o negativamente, la cuestión planteada, aludiendo, en todo caso, a la materia pertinente. Una respuesta que tan sólo se ocupe de temas diferentes a los directamente vinculados a la solicitud o que evada el sentido real o verdadero de la determinación que deba tomarse, pese a que sea oportuna, se manifiesta contraria a la cabal observancia del derecho de petición<sup>149</sup>.

Las peticiones enviadas a servidores públicos que no pueden resolverlas porque el asunto se halla bajo la competencia de otra instancia, deben ser remitidas al funcionario habilitado para responder. El empleado que recibe esa clase de peticiones debe notificar de ello al solicitante informándole, además, el cargo de la persona que deberá atender de fondo la solicitud. Este trámite tiene que hacerse en un plazo no mayor de diez días contados desde cuando se recibe la petición.

El deber de notificar se cumple cuando la persona recibe oficial y formalmente la respuesta a sus peticiones, de tal manera que conozca el contenido de las decisiones adoptadas al respecto.

Lo contrario significa que la administración, al reservarse el sentido de su determinación —así en efecto la haya adoptado— se ha abstenido de responder, violando por consiguiente el derecho, si se tiene en

<sup>147</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 187 de 1995.

<sup>148</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T – 705 de 1996.

<sup>149</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 470 de 1996.

cuenta el fundamento constitucional del mismo, que radica en asegurar que el Estado atiende a los gobernados dentro de un criterio de efectividad.

Las respuestas a las solicitudes que se presentan en ejercicio del derecho de petición deben corresponder íntegramente al tema planteado en la petición. También deben, dentro de lo posible, orientar al peticionario sobre el procedimiento jurídico idóneo para obtener solución a su problema<sup>150</sup>.

El silencio administrativo negativo no constituye una respuesta a las peticiones que se formulan a las autoridades, aunque el propósito de esa figura tenga fines procesales y se establezca a favor del peticionario. Esa figura, en efecto, no cumple los presupuestos necesarios para satisfacer adecuadamente las exigencias que plantea el derecho de petición<sup>151</sup>.

Es de señalar que el derecho de petición se puede ejercer ante personas de condición particular en dos situaciones, a saber<sup>152</sup>:

- i. Cuando el particular presta un servicio público o realiza funciones de autoridad. En este caso, el derecho de petición opera como si se ejerciera ante la administración pública.
- ii. Cuando constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental. En este caso, puede protegerse de manera inmediata mediante la acción de tutela.

Por último, resulta conveniente recordar que el derecho de petición no se puede ejercer respecto a actuaciones relativas a la revisión de sentencias de tutela, toda vez que ese procedimiento tiene un trámite constitucional, legal y reglamentario propio. Además, “ninguna norma ha consagrado ni expresa ni tácitamente la realización de un acto procesal de esta naturaleza, ni mucho menos ha señalado reglas para su tramitación”<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencias T – 220 de 1994 y 722 de 2002.

<sup>151</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia C – 792 de 2006.

<sup>152</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencias 1160A de 2001 y C – 792 de 2006.

<sup>153</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 424 de 1995.

# CAPITULO IV

LA PROTECCIÓN DE LA  
POBLACIÓN CIVIL



Índice





## El Derecho Internacional Humanitario

Las Guerras y los conflictos armados configuran situaciones de violencia e irracionalidad en las cuales las libertades, los derechos y la dignidad de las personas, se ven expuestos de manera permanente a graves situaciones de riesgo y vulnerabilidad.

La protección y salvaguarda de la dignidad de las personas como la vigencia de los derechos humanos en contextos tan precarios, exige que de manera simultánea y complementaria a los instrumentos del derecho internacional de los Derechos Humanos y a la normatividad interna que cada Estado se acuda a la aplicación plena y sin reservas de los principios y normas, que el Derecho Internacional Humanitario ha determinado como referentes mínimos que deben acogerse y respetarse para que aún en los peores situaciones de la guerra la dignidad de las personas y los derechos fundamentales e irrenunciables del ser humano sean protegidos y respetados.

El Derecho Internacional Humanitario es fruto de prácticas consuetudinarias que la comunidad de naciones ha venido consolidando como un sistema de garantías mínimas. Es un conjunto de normas que por razones de humanidad, busca limitar los efectos de la guerra, para lo cual exige que las partes en contienda respeten y protejan a la población civil que no participa en las hostilidades y a los combatientes que dejaron de participar en ellas, respeten los bienes civiles y los que no representan ventaja militar alguna, y restringe el uso de algunas armas y tácticas militares.

Las confrontaciones violentas con las cuales grupos humanos organizados dirimen sus controversias mediante el empleo de las armas, han sido clasificadas para los efectos del Derecho Internacional Humanitario bajo dos denominaciones: Guerras o conflictos armados de carácter internacional y conflictos armados de carácter interno.

Las Guerras son confrontaciones bélicas que revisten carácter internacional por cuanto enfrentan entre sí a dos o más naciones. También se les reconoce este carácter cuando se trata de pueblos que luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o un régimen racista.

Los Conflictos Armados de Carácter Interno son confrontaciones bélicas que se desarrollan dentro del territorio de un país, entre las fuerzas armadas de dicho país y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que operan bajo la dirección de un mando responsable, ejercen un control territorial que les permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y tienen la capacidad necesaria para aplicar la normatividad contenida en el Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra.

El Derecho Internacional Humanitario no rige frente a situaciones de disturbios o actos esporádicos de violencia. Su aplicación está prevista para los conflictos cuyas características se adecuen a los conceptos enunciados. Su acatamiento es obligatorio por igual para todas las partes en contienda

independientemente de quien haya dado inició a las hostilidades, y de la filosofía, el credo o la razón política de los bandos que se enfrentan. Su aplicación no exige reciprocidad.

El Artículo 93 de la Carta Política establece

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

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

En concordancia con lo anterior el Artículo 214 señala

“Los Estados de excepción a que se refieren los Artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones (...)

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

En concordancia con el Artículo 93 de la Constitución Política que establece la prevalencia en el orden Interno de los tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia, la Corte ha señalado que para que ello opere es necesario que se dé, el reconocimiento de un derecho humano que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción. Así, con fundamento en las normas citadas la Corte Constitucional ha establecido que los tratados del Derecho Internacional Humanitario como los convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos I y II adicionales cumplen tales presupuestos, puesto que reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción y por tanto tienen especial imperatividad, enfatizando además que la normatividad humanitaria es aplicable, en todo tiempo, sea este de paz, de guerra, de conflicto armado interno, de tensiones, disturbios o alteraciones del orden público o en cualquier otra circunstancia.

(...) conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. Así, esta Corporación ya había señalado que



“el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados<sup>154</sup>.

En materia de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario contenidas en el Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra en relación con las características que debe revestir un conflicto armado interno, la Corte señaló “(...) Los requisitos de aplicabilidad del artículo 1º son exigencias máximas que pueden ser renunciadas por los Estados, ya que el Protocolo II es un desarrollo y complemento del Artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949. Ahora bien, la Constitución colombiana establece claramente que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario (C.P., Art. 214 numeral 2º). Esto significa entonces que, conforme al mandato constitucional, el Derecho Internacional Humanitario, incluyendo obviamente el Protocolo II, se aplica en Colombia en todo caso, sin que sea necesario estudiar si el enfrentamiento alcanza los niveles de intensidad exigidos por el Artículo 1º estudiado”<sup>155</sup>

En el mismo sentido al analizar la aplicación de dichas normas en situaciones de violencia que no configuran conflicto armado interno la Corte expresó “(...) frente a situaciones de violencia que no adquieran connotación bélica o las características de un conflicto armado, las exigencias de tratamiento humanitario derivadas del Derecho Internacional Humanitario de todas formas se mantienen. Las normas humanitarias tienen así una proyección material para tales casos, pues pueden servir de modelo para la regulación de las situaciones de disturbios internos. Esto significa que, en el plano interno, la obligatoriedad de las reglas del derecho humanitario es permanente y constante, pues estas normas no están reservadas para guerras internacionales o guerras civiles declaradas. Los principios humanitarios deben ser respetados no sólo durante los estados de excepción sino también en todas aquellas situaciones en las cuales su aplicación sea necesaria para proteger la dignidad de la persona humana”<sup>156</sup>.

Con fundamento en las normas y argumentos mencionados, la Corte Constitucional ha dictaminado que los integrantes de los grupos armados irregulares, todos los funcionarios del Estado, y en especial los miembros de la Fuerza Pública que son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y lugar, las reglas del derecho internacional humanitario. Estas normas hacen parte del *Ius Cogens*, son obligatorias per se en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Las normas del Derecho Internacional Humanitario preservan el núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado<sup>157</sup>.

<sup>154</sup> Corte Constitucional; sent. C-225 de 1995

<sup>155</sup> *ibídem*

<sup>156</sup> *ibídem*.

<sup>157</sup> *ibídem*.

## Principios del Derecho Internacional Humanitario

Son aquellos imperativos éticos, filosóficos y jurídicos que orientan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y representan un mínimo de humanidad que las partes en contienda están obligadas a respetar en toda circunstancia. Jean Pictet los resume así:

Principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario:

- ☉ Del Derecho Humano: las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana.
- ☉ Del Derecho Humanitario: Las partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo.
- ☉ Del Derecho de Ginebra: Las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad.
- ☉ Del Derecho de la Guerra (o Derecho de la Haya): El Derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o los medios de guerra no es ilimitado.

Principios Comunes al Derecho de Ginebra y a los Derechos Humanos:

- ☉ De Inviolabilidad: El individuo tiene derecho al respeto de su vida, de su integridad física y moral y de los atributos inseparables de su personalidad lo anterior significa que:
  - i. El Hombre que cae en combate es inviolable; el enemigo que se rinde salvará su vida; está prohibido ordenar que no haya supervivientes o amenazar con ello al adversario, o conducir las hostilidades en función de tal decisión.
  - ii. Nadie será sometido a tortura física o mental, ni a castigos corporales o tratos crueles o degradantes.
  - iii. Se reconocerá a todos su personalidad jurídica.
  - iv. Todos tienen derecho al respeto de su honor, de sus derechos familiares, de sus convicciones y de sus costumbres.
  - v. Toda persona que sufra será recogida y recibirá la asistencia que requiera su estado.
  - vi. Todos tienen derecho a conocer la suerte que corren los miembros de su familia y a recibir envíos de socorro.
  - vii. Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su propiedad.
- ☉ De No Discriminación: Las personas serán tratadas sin distinción alguna fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas o

religiosas, o en otro criterio análogo; sin embargo habrá diferencia de trato, en beneficio de los individuos, a fin de remediar las desigualdades resultantes de su situación personal, de sus necesidades o de su desamparo.

#### Principios Aplicables a las Víctimas de los Conflictos Armados:

- ☉ De Neutralidad: La asistencia humanitaria nunca puede considerarse como una injerencia en el conflicto, ni mucho menos como un acto hostil.
- ☉ De Normalidad: Las personas protegidas deben poder llevar la vida de la manera más normal posible; y la cautividad en la guerra no debe aplicarse como un castigo, sino como un medio para que el adversario no pueda causar daño.

#### Principios propios del Derecho de la Guerra:

- ☉ De Limitación “Ratione personae”: La población civil y las personas civiles gozan de protección general contra los peligros procedentes de las operaciones militares. Por lo tanto:

Las partes en conflicto distinguirán siempre entre la población civil y los combatientes de manera que la población civil y los bienes civiles sean salvaguardados.

La población civil y las personas civiles no serán objeto de ataques ni de represalias.

Están prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

Las partes que intervienen en el conflicto tomarán todas las precauciones para proteger a la población civil y para reducir al mínimo las pérdidas o daños que pueda causársele en el desarrollo de las hostilidades.

- ☉ De Limitación “Ratione Loci”: Los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares. En consecuencia:
  - Está prohibido atacar localidades que no estén defendidas.
  - No se podrán dirigir actos de hostilidad contra edificios dedicados a las ciencias y a la beneficencia, los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que son patrimonio cultural o espiritual de los pueblos.
  - Está prohibido atacar las obras e instalaciones que puedan liberar fuerzas peligrosas para la población.
  - La población en ningún caso podrá ser utilizada para proteger de los ataques a objetivos militares.
  - Los bienes civiles no deben ser objeto de ataques o represalias, y está prohibido destruir o sustraer los bienes indispensables para la supervivencia de la población.
  - Esta prohibido el pillaje.

- 🕒 De Limitación “Ratione Conditions”: Están prohibidas las armas y los métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos. Por lo tanto:
  - Están prohibidos los ataques indiscriminados.
  - Están prohibidas las armas y los métodos que causen daños excesivos los civiles y a sus bienes con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista.
  - Las partes en contienda velarán por el respeto del medio ambiente natural.
  - Está prohibido utilizar como método de guerra, el hambre contra la población civil.
  - Están prohibidos los actos de guerra basados en la perfidia.

## Normas del DIH aplicables al caso colombiano

Las normas convencionales del Derecho Internacional humanitario expresamente aplicables al caso Colombiano, son el Artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, aprobados por la ley 5º de 1960 y el Protocolo II adicional a dichos convenios , aprobado por la ley 171 de 1994.

### El Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra

El Artículo 3 común es considerado por muchos estudiosos como un verdadero “tratado en miniatura”, pues establece con absoluta claridad el mínimo esencial humanitario que debe ser reconocido y aplicado por las partes en un conflicto armado que no revista carácter internacional, y sienta las bases jurídicas para la intervención y asistencia humanitaria del CICR o de cualquier otro organismo humanitario imparcial, sin que ello pueda ser considerado como indebida injerencia en asuntos internos de la alta parte comprometida en dicho conflicto. Su aplicabilidad es automática y no exige reciprocidad de las partes ni características especiales del conflicto armado. En relación con este Artículo la Corte Constitucional ha expresado que el Artículo 3º común constituye la matriz y el referente obligado para la comprensión de la naturaleza y alcance de las normas del Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra de 1949, pues desarrolla un conjunto de obligaciones para las partes contendientes que son reproducidas y ampliadas por dicho Protocolo II adicional, sin que su observancia y aplicación, altere o modifique el estatuto jurídico de las partes enfrentadas, ni muchos menos, conlleve el reconocimiento de beligerancia para la organización alzada en armas.

El texto del Artículo 3º común a los Convenios de Ginebra es el siguiente:

Artículo 3 “En Caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto.

Además, las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

## El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra

El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, hace relación a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional y fue adoptado para desarrollar y complementar el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.

Con ocasión de la revisión de constitucionalidad del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, que aprobó dicho Protocolo, la Corte Constitucional señaló:

“El Protocolo II no vulnera la soberanía nacional, ni equivale a un reconocimiento de beligerancia de los grupos insurgentes. En la medida en que las partes enfrentadas en un conflicto armado ven

limitados los medios legítimos de combate, en función de la protección de la persona humana, esto implica que la soberanía ya no es una atribución absoluta del Estado frente a sus súbditos, ni una relación vertical entre el gobernante y el gobernado, pues las atribuciones estatales se encuentran relativizadas y limitadas por los derechos de las personas. Esto significa que se sustituye la idea clásica de una soberanía estatal sin límites, propia de los regímenes absolutistas, según la cual el príncipe o soberano no está atado por ninguna ley (*Principis Legibus solutus est*), por una concepción relativa de la misma, según la cual las atribuciones del gobernante encuentran límites en los derechos de las personas. Pero este cambio de concepción de soberanía en manera alguna vulnera la Carta pues armoniza perfectamente con los principios y valores de la Constitución. En efecto, esta concepción corresponde más a la idea de un Estado social de derecho fundado en la soberanía del pueblo y en la primacía de los derechos inalienables de la persona”<sup>158</sup>.

Las disposiciones del Protocolo II son aplicables a todas las personas afectadas por un conflicto armado interno, sin ninguna distinción de carácter desfavorable, por motivos de raza, color, sexo, idioma, o creencia opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo. De conformidad con el principio de No Intervención, ningún Estado puede invocar disposición alguna del Protocolo para menoscabar la soberanía o justificar la intervención directa o indirecta en los asuntos internos o externos de otro Estado en cuyo territorio se desarrolla un conflicto armado interno.

### La Protección de la Dignidad Humana en los Conflictos Armados

El preámbulo del Protocolo II resalta que en caso de conflictos armados internos, los principios humanitarios constituyen el fundamento del respeto a la persona humana y los instrumentos internacionales de derechos humanos ofrecen una protección fundamental a las personas, lo que implica una mayor necesidad de garantizar protección a las víctimas de los conflictos armados, pues aún en los casos no previstos por la normatividad humanitaria, el ser humano queda amparado por los principios de humanidad y las exigencias de la conciencia pública.

Los postulados enunciados, guardan plena concordancia con los principios que alimentan el espíritu de la Constitución Política, en relación con el respeto a la dignidad y la primacía de los derechos de la persona humana, los que deben prevalecer por encima de las diferencias que enfrentan a los combatientes.

Humanizar la guerra, no significa en modo alguno legitimar el recurso de la violencia como medio para solucionar las controversias, de la misma manera que la paz, no supone alcanzar un orden en el que no tengan cabida los conflictos, sino simplemente, que estos pueden ser tramitados pacíficamente. Humanizar la guerra hace entonces relación, con el establecimiento y el respeto de unos límites en las manifestaciones y acciones de la confrontación y en el comportamiento de los combatientes, en la exigencia y el acatamiento

<sup>158</sup> *Ibidem*.

del principio ético y jurídico de que “en la guerra no todo está permitido”, por lo que es necesario evitar y atenuar en todo cuanto sea posible sus efectos. El respeto de la dignidad y de la primacía de los derechos fundamentales de la persona humana, por parte de los contendientes, es absolutamente indispensable para que, en el menor tiempo y con las mejores condiciones y oportunidades posibles, se pueda retomar el camino civilizado del diálogo, del estado de derecho y de la libre competencia democrática para superar las diferencias.

## El Principio de Distinción y la Protección de la Población Civil

Una premisa universalmente aceptada es que las operaciones militares deben dirigirse y limitarse a debilitar las fuerzas contendientes, y que la población civil y las personas que no participan directamente en las hostilidades deben ser respetadas y protegidas de sus efectos.

Como norma general, todas las personas afectadas por un conflicto armado deben ser protegidas y asistidas, y ni la población civil, ni las personas civiles pueden ser objeto de ataques, o acciones que busquen infundirles terror.

La Corte Constitucional ha resaltado que una de las reglas esenciales del Derecho Internacional Humanitario es el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca objetivos de las acciones bélicas. La razón es elemental, en la guerra el propósito fundamental es debilitar el potencial militar del enemigo. La población civil que no empuña las armas ni participa en las hostilidades y aquellos que habiendo participado por cualquier razón dejan de participar y deponen las armas no constituyen potencial militar alguno y por tal no existe fundamento alguno para atacarlos. Por esa razón el Derecho Internacional Humanitario considera ilegítimo el ataque contra la población civil y establece que para garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares<sup>159</sup>.

En análisis de constitucionalidad realizado por la Corte se concluye que el Protocolo II no solo recoge en el Artículo 4º la disposición citada, sino que establece criterios objetivos para la aplicación del principio de distinción.









“Ya que las partes en conflicto no pueden definir a su arbitrio quien es o no es combatiente, y por ende quien puede ser o no objetivo militar legítimo. En efecto, conforme a este Artículo 4º, el cual debe ser interpretado en armonía con los Artículos 50 y 43 del Protocolo I, los combatientes son quienes participan directamente en las hostilidades, por ser miembros operativos de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a estas fuerzas armadas. Por ello este Artículo 4º protege,

<sup>159</sup> Véase Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra; Art. 48

como no combatientes, a “todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas”. Además, como lo señala el Artículo 50 del Protocolo I, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. Ella no podrá ser entonces objetivo militar. Es más, el propio Artículo 50 agrega que “la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”. En efecto, tal y como lo señala el numeral 3º del Artículo 13 del tratado bajo revisión, las personas civiles sólo pierden esta calidad, y pueden ser entonces objetivo militar, únicamente “si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”<sup>160</sup>.

### Garantías Fundamentales del Trato Humano

El Protocolo II, en el Artículo 4 enumera una serie de garantías fundamentales atinentes al trato humano que debe dispensarse a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, las que también son aplicables a como a aquellas hayan sido privadas de la libertad, o sometidas a juicio o sanción por infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado. Todas ellas tienen derecho a que se respete su persona, su honor, sus convicciones y prácticas religiosas, a ser tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable y prohíbe de manera perentoria ordenar que no haya supervivientes. También establece que están prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas mencionadas:

-  los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;
-  los castigos colectivos;
-  la toma de rehenes;
-  los actos de terrorismo;
-  los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
-  la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;
-  el pillaje;
-  las amenazas de realizar los actos mencionados.

En relación con la protección debida a los niños, establece que estos deben recibir el cuidado y la ayuda que necesiten y en particular:

<sup>160</sup> Corte Constitucional sent. C-225 de 1995



- ☉ recibirán educación, incluida la educación religiosa o moral, con forme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos;
- ☉ se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;
- ☉ los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;
- ☉ la protección especial mencionada en el literal anterior, se continuara aplicando así los menores de quince años, hayan participado directamente en las hostilidades y hayan sido capturados;
- ☉ se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar.

### ☉ **Protección de Bienes Indispensables para la Supervivencia de la Población Civil**

El Artículo 14 del Protocolo II, prohíbe utilizar como método de combate, hacer padecer hambre a la población y a las personas civiles. Como consecuencia de lo anterior, está prohibido atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los Artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.

### ☉ **La Protección de los Bienes Civiles**

Los bienes civiles han sido definidos por la normatividad humanitaria, en oposición a los bienes considerados como objetivos militares lícitos, y su protección se ha reconocido como una extensión de la que se brinda a las personas civiles. Así, el Artículo 52 del Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra, señala que los bienes de carácter civil son todos los bienes que no son objetivos militares, y que por tanto no serán objeto de ataques ni de represalias. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. Y en lo que respecta a bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

### **La Protección de Obras e Instalaciones que contienen fuerzas peligrosas**

Aunque sean objetivos militares, las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como las presas, los diques, y las centrales nucleares de energía eléctrica, no podrán ser objeto de ataques, cuando con dichos ataques, se pueda producir la liberación de fuerzas que puedan causar pérdidas importantes en la población civil, así lo consagra el Artículo 15 del Protocolo II.

## La Protección de los Bienes Culturales y de los Lugares de Culto

Sin importar su origen o la titularidad de su dominio, con la expresión bienes culturales se distinguen aquellos bienes muebles o inmuebles que constituyen un patrimonio cultural de la humanidad. El Artículo 16 del Protocolo II dispone que para la protección de estos bienes en caso de conflicto armado, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar.

## Prohibición de los Desplazamientos Forzados

La normativa humanitaria contemplada en el Artículo 17 del Protocolo II adicional, establece la prohibición de ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, salvo que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Sin embargo, en caso de que fuera necesario realizar dicho desplazamiento, se deberán tomar todas las medidas posibles para que la población civil, o sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

## La Crisis Humanitaria del Desplazamiento y los Derechos de La Población Desplazada

Desde hace varias décadas, y como consecuencia de esas múltiples violencias que se entrelazan en el conflicto armado interno, brota desde todos los rincones del campo colombiano, un continuo e interminable peregrinaje de campesinos, indígenas, jornaleros, negros y mulatos, hombres y mujeres del campo que se ven forzados a huir de los horrores de la guerra, llevando consigo a cuestas, el pesado fardo de su dolor, sus miedos y su miseria.

El instinto de conservación, los lleva a buscar refugio en las ciudades tratando de escapar a su tragedia y a la acción de sus victimarios, reclamando la atención del Estado y la solidaridad de la sociedad para superar la emergencia humanitaria que viven, restablecer sus derechos y reconstruir su proyecto de vida.

La gravedad de la crisis humanitaria que vive Colombia como consecuencia del conflicto armado es de tal magnitud que ha llevado a que el país ocupe el tercer lugar en el mundo en materia de Desplazamiento Forzado. El descomunal reto que implica para el Estado la atención de esta problemática ha obligado la expedición de diferentes medidas legislativas y administrativas que sin pretender cuestionar su intencionalidad y pertinencia, no siempre han estado acompañadas de la provisión de recursos necesarios para su aplicación integral.

El Ministerio Público en el marco de sus competencias, ha intervenido sistemáticamente para procurar y exigir la protección y defensa de los derechos de esta población, y en el mismo sentido la Corte

Constitucional ha proferido un importante número de sentencias pronunciándose sobre situaciones específicas y sobre el alcance y contenido de las políticas generales del Estado en este tema.

En el análisis que la Corte Constitucional realizó sobre la normatividad existente sobre el Desplazamiento Forzado en la sentencia T-025 de 2004, reiteró que “las funciones de atención a la población desplazada en sus diferentes niveles y componentes, son atribuidas, por un lado a las autoridades que componen el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNAIPD), y por otro, a las Entidades Territoriales.” Y que los bienes y servicios incluidos en el componente de estabilización socioeconómica deben ser suministrados por varias autoridades, tanto del gobierno nacional como de las entidades territoriales, reafirmando la corresponsabilidad de la Nación y de los entes territoriales en la atención del desplazamiento.

La gravedad del fenómeno del desplazamiento interno, que ha sido calificado por la Corte Constitucional como “un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando como es lógico, por los funcionarios del Estado” y “como un estado de cosas inconstitucional” que “contraría la racionalidad implícita en el constitucionalismo”<sup>161</sup> ha llevado a que por vía tutela, esta alta corporación haya ido estableciendo un catálogo de derechos que resultan vulnerados como consecuencia de esta grave y sistemática infracción al derecho internacional humanitario que afecta a grandes masas de la población colombiana.

Ha señalado también la Corte Constitucional que las víctimas del desplazamiento forzado, en su mayoría mujeres cabeza de familia, niños y personas de tercera edad, quedan por este hecho, expuestas a mayores niveles de vulnerabilidad, y a una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales, estado de vulnerabilidad y debilidad que los hace merecedores a un “tratamiento especial por parte del Estado” y que obliga a que tanto el gobierno nacional como los gobiernos territoriales le den prioridad a su atención sobre muchos otros temas de la agenda pública.

Entre los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por el desplazamiento forzoso, la Corte Constitucional ha señalado los siguientes<sup>162</sup>:

1. El derecho a la vida en condiciones de dignidad por las condiciones inhumanas del desplazamiento y los frecuentes riesgos que amenazan permanentemente su supervivencia.
2. Los derechos de los niños, las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de la tercera edad en razón de las precarias condiciones que deben afrontar la población desplazada.
3. El derecho a escoger libremente su domicilio, por cuanto se ven forzados a abandonar su sitio habitual de residencia y trabajo, o por el confinamiento a que son obligadas las personas, en lugares de los cuales no pueden salir libremente.

<sup>161</sup> Véase Corte Constitucional Sentencia T-025 de 2004

<sup>162</sup> *Ibidem*.

4. Los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación, por el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos.
5. Los derechos económicos, sociales y culturales gravemente afectados por las características propias del desplazamiento.
6. El derecho a la unidad y a la protección integral de la familia, por la dispersión y el traumatismo que genera en sus miembros el desplazamiento.
7. El derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, porque el acceso a los servicios esenciales de salud se ve sustancialmente dificultado y por que las deplorables condiciones de vida a que se ven forzados los desplazados tienen un altísimo potencial para minar su estado de salud o agravar sus enfermedades, heridas o afecciones preexistentes.
8. El derecho a la integridad personal, por los riesgos que se ciernen sobre la salud de las personas desplazadas, y por el alto riesgo de ataques al que están expuestos por su condición misma de desposeimiento.
9. El derecho a la seguridad personal, por que el desplazamiento conlleva riesgos específicos, excepcionales y desproporcionados para varios derechos fundamentales.
10. El derecho a circular libremente por el territorio nacional, por el carácter forzado de la migración y los riesgos que generalmente acompaña su permanencia en sitios que le resultan extraños.
11. El derecho al trabajo y a la libre escogencia de profesión u oficio, por cuanto se ven forzados a migrar a otros sitios abandonando sus actividades habituales.
12. El derecho a una alimentación mínima, por los niveles de pobreza extrema a que se ven abocadas numerosas familias desplazadas, situación que les impiden satisfacer sus necesidades nutricionales básicas, afectan su salud y las deterioran sus condiciones de vida, especial afectación se presenta cuando se trata de menores de edad.
13. El derecho a la educación, en particular el de los menores de edad que se ven obligados a interrumpir su proceso de formación.
14. El derecho a una vivienda digna, por que los desplazados tienen que abandonar sus residencias y deben someterse a condiciones inapropiadas de alojamiento en los lugares hacia los cuales se desplazan.
15. El derecho a la paz, cuyo núcleo esencial abarca la garantía personal de no sufrir, en lo posible, los efectos de la guerra, en particular la prohibición de dirigir ataques contra la población civil.

16. El derecho a la personalidad jurídica, por cuanto la pérdida de documentos de identidad, que en muchas ocasiones acompaña al evento migratorio, dificulta el registro y el acceso a las distintas ayudas que el Estado para atender a la población desplazada.
17. El derecho a la igualdad, por que en muchas ocasiones se ven expuestos a prácticas discriminatorias y a señalamientos y estigmatizaciones que agravan sus condiciones de riesgo y vulnerabilidad y los expone a agresiones por parte de algunos sectores de la misma comunidad y de algunas autoridades.

Con fundamento en la amplia gama de derechos humanos fundamentales que se ven afectados y vulnerados por el desplazamiento forzado de personas, y habida consideración de la obligación que le asiste al Estado de proteger especialmente a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las personas víctimas del desplazamiento forzado, tienen el derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado, de conformidad con lo estipulado por el 13 de la Constitución Política, incisos 2° y 3°.

Con fundamento en las disposiciones constitucionales y las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario debe atender el Estado Colombiano, y de conformidad con los principios rectores del desplazamiento; la Corte Constitucional ha establecido un mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado y que hace relación a los siguientes derechos que se transcriben<sup>163</sup>:

1. El derecho a la vida, en el sentido que establece el Artículo 11 C.P. y el Principio 10.
2. Los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (Artículos 1 y 12 C.P.), tal y como se particularizan en el Principio 11.
3. El derecho a la familia y a la unidad familiar consagrado en los Artículos 42 y 44 CP y precisado para estos casos en el Principio 17, especialmente aunque sin restringirse a ellos, en los casos de familias conformadas por sujetos de especial protección constitucional niños, personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia , quienes tienen derecho a reencontrarse con sus familiares.
4. El derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, según está precisado en el Principio 18, lo cual significa que “las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, (a) alimentos esenciales y agua potable, (b) alojamiento y vivienda básicos, (c) vestidos apropiados, y (d) servicios médicos y sanitarios esenciales.” También se dispone que las autoridades

<sup>163</sup> Ibidem.

deberán realizar esfuerzos especiales para garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas. Este derecho debe leerse también a la luz de lo dispuesto en los Principios 24 a 27 reseñados en el Anexo 3, ya que es a través de la provisión de asistencia humanitaria que las autoridades satisfacen este deber mínimo en relación con la subsistencia digna de los desplazados. Esta asistencia humanitaria se refiere tanto a la ayuda humanitaria de emergencia, que se presta al producirse el desplazamiento, como a los componentes de asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno.

En este sentido, y en cuanto a la ayuda humanitaria de emergencia, debe precisar la Corte que la duración de la obligación estatal mínima de proveer ayuda humanitaria de emergencia es, en principio, la que señala la ley: tres meses, prorrogables hasta por otros tres meses para ciertos sujetos. Considera la Sala que este plazo fijado por el legislador no es manifiestamente irrazonable, si se tiene en cuenta que (a) fija una regla clara con base en la cual la persona desplazada puede planificar a corto plazo y tomar decisiones autónomas de auto - organización que le permitan acceder a posibilidades razonables de subsistencia autónoma sin estar apremiada por las necesidades inmediatas de subsistencia; y (b) otorga al Estado un plazo igualmente razonable para que diseñe los programas específicos que sean del caso para satisfacer sus obligaciones en materia de ayuda para la estabilización socioeconómica de los desplazados –es decir, le otorga al Estado un término justo para programar una respuesta razonable en materia de ayuda para la autosubsistencia del desplazado y su familia .

Ahora bien, dado que el plazo señalado en la ley obedece principalmente a las dos razones indicadas, debe la Corte precisar que existen dos tipos de personas desplazadas que, por sus condiciones particulares, son titulares de un derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia durante un período de tiempo mayor al que fijó la ley: se trata de (a) quienes estén en situación de urgencia extraordinaria, y (b) quienes no estén en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socio económica, como es el caso de los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad quienes por razón de su avanzada edad o de sus condiciones de salud no están en capacidad de generar ingresos; o las mujeres cabeza de familia que deban dedicar todo su tiempo y esfuerzos a cuidar a niños menores o adultos mayores bajo su responsabilidad. En estos dos tipos de situación, se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados, hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado –es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado, o hasta que los sujetos que no estén en posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las condiciones para ello -. Ello deberá evaluarse, necesariamente, en cada caso individual. Advierte la Corte que así como el Estado no puede suspender abruptamente la

ayuda humanitaria de quienes no están en capacidad de autosostenerse, tampoco pueden las personas esperar que vivirán indefinidamente de dicha ayuda.

5. El derecho a la salud (Artículo 49 C.P.) cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona ante situaciones de enfermedad o heridas que les amenacen directamente y prevenir las enfermedades contagiosas e infecciosas, de conformidad con el Principio 19. Ahora bien respecto de los niños y niñas se aplicará el Artículo 44 y en relación con los menores de un año, se aplicará el Artículo 50 C.P.
6. El derecho a la protección (Artículo 13 C.P.) frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, particularmente cuando dichas prácticas afecten el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Principio 22.
7. Para el caso de los niños en situación de desplazamiento, el derecho a la educación básica hasta los quince años (Artículo 67, inciso 3, C.P.). Precisa la Sala que, si bien el Principio 23 establece como deber del Estado proveer la educación básica primaria a la población desplazada, el alcance de la obligación internacional que allí se enuncia resulta ampliado por virtud del Artículo 67 Superior, en virtud del cual la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, y debe comprender como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. También en virtud de lo dispuesto por la Carta Política, no es el Estado el único obligado a garantizar la provisión del servicio educativo en los niveles y a los grupos de edad referidos; también esta obligación cubre a los padres de familia o acudientes –quienes no pueden impedir el acceso de sus hijos a la educación en su lugar de desplazamiento- y a los menores –que están obligados a asistir a los planteles educativos correspondientes -. Por su parte, el Estado está obligado, como mínimo, a garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público?. Es decir, la obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados es la de garantizar su acceso a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas de la zona.
8. En relación con la provisión de apoyo para el autosostenimiento (Artículo 16 C.P.) por vía de la estabilización socioeconómica de las personas en condiciones de desplazamiento –obligación estatal fijada por la Ley 387 de 1997 y deducible de una lectura conjunta de los Principios Rectores, en especial de los Principios 1, 3, 4, 11 y 18, considera la Corte que el deber mínimo del Estado es el de identificar con la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear



la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados.

Vale la pena precisar que este derecho mínimo de los desplazados no obliga a las autoridades a proveer inmediatamente el soporte material necesario para la iniciación del proyecto productivo que se formule o para garantizar su acceso al mercado laboral con base en la evaluación individual a la que haya lugar; si bien tal apoyo se debe necesariamente materializar a través de los programas y proyectos que las autoridades diseñen e implementen para tal fin, el deber mínimo y de inmediato cumplimiento que este derecho impone al Estado es el de acopiar la información que le permita prestar la debida atención y consideración a las condiciones particulares de cada desplazado o familia de desplazados, identificando con la mayor precisión y diligencia posible sus capacidades personales, para extraer de tal evaluación unas conclusiones sólidas que faciliten la creación de oportunidades de estabilización que respondan a las condiciones reales de cada desplazado, y que puedan a su turno, ser incorporadas en los planes de desarrollo nacional o territorial.

9. Finalmente, en relación con el derecho al retorno y al restablecimiento, las autoridades están obligadas a (i) no aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio; (ii) no impedir que las personas desplazadas retornen a su lugar de residencia habitual o se restablezcan en otro punto del territorio, precisándose que cuando existan condiciones de orden público que hagan prever un riesgo para la seguridad del desplazado o su familia en su lugar de retorno o restablecimiento, las autoridades deben advertir en forma clara, precisa y oportuna sobre ese riesgo a quienes les informen sobre su propósito de regresar o mudarse de lugar; (iii) proveer la información necesaria sobre las condiciones de seguridad existentes en el lugar de retorno, así como el compromiso en materia de seguridad y asistencia socioeconómica que el Estado asumirá para garantizar un retorno seguro y en condiciones dignas; (iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal, en razón de las condiciones de la ruta y del lugar de llegada por lo cual toda decisión estatal de fomentar el regreso individual o colectivo de personas desplazadas a su lugar de origen, o su restablecimiento en otro punto geográfico, debe estar precedida por un estudio sobre las condiciones de orden público del lugar al cual habrán de volver, cuyas conclusiones deberán comunicarse a los interesados en forma previa al acto de retornar o restablecerse.



# BIBLIOGRAFÍA

## BIBLIOGRAFÍA

- ☉ Amnistía Internacional, La pena de muerte en Estados Unidos, De La Torre, Madrid, 1986.
- ☉ Arias Ávila, Néstor Oswaldo, La libertad individual en la legislación colombiana, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1996.
- ☉ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Andina de Juristas, seccional colombiana, Bogotá, 1994.
- ☉ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1995, consultado desde <http://www.cidh.org/annualrep/95span/cap.III.peru10.970c.htm>
- ☉ Córdoba Triviño, Jaime, Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, Bogotá, 1994.
- ☉ Defensoría del Pueblo, ¿Que son los Derechos Humanos?, Bogotá, 2001.
- ☉ Defensoría del Pueblo, Segundo informe anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, Bogotá, 1995.
- ☉ Góngora Mera, Manuel Eduardo, El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.
- ☉ Guzmán, Federico, Derecho a la salud, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2004.
- ☉ Imbert, Jean, La pena de muerte, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- ☉ Madrid-Malo Garizábal, Mario, Derechos fundamentales – Conózcalos, ejérzalos y defiéndalos, 3R Editores, Bogotá, 2004.
- ☉ Manrique Reyes, Alfredo. Democracia local y derechos humanos, Bogotá, PNUD – Personería de Bogotá, 2005.
- ☉ Medina González, Daniel M. Nociones básicas sobre derecho internacional humanitario, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá, 1999.
- ☉ O`Donnell, Daniel, Derecho internacional de los derechos humanos - normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, 2004.
- ☉ O`Donnell, Daniel, Protección internacional de los derechos humanos. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988.

- ④ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional – derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional Volumen I -, Bogotá, segunda edición, 2002.
- ④ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional – derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional Volumen II, Bogotá primera edición 2001.
- ④ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional – derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional Volumen IV, Bogotá primera edición 2003.
- ④ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de instrumentos internacionales – derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional, Bogotá, segunda edición 2002.
- ④ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de normas nacionales de derechos humanos, Bogotá, primera edición 2003.
- ④ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de derecho penal internacional – el Estatuto de Roma y otros instrumentos de la corte penal internacional, Bogotá, primera edición 2003.
- ④ Pictet, Jean, Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario, ed. Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986.
- ④ Sartori, Giovanni, ¿Qué es la democracia?, Altamir, Bogotá, 1994.
- ④ Sastoque Coronado, Daniel Antonio, Ejercicio de la sexualidad: derecho fundamental de la humanidad, Escuela Superior de Administración Pública, Ensayo final para optar al título de Especialista en derechos humanos, Bogotá, 2001.
- ④ Uprimmy Yepes, Rodrigo, La dialéctica de los derechos humanos en Colombia, Ed. Fundación Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, 1992.
- ④ Vela Orbegozo, Bernardo. De la Guerra regular a la guerra de guerrillas, serie textos de divulgación No. 14, Bogotá, Defensoría del Pueblo.
- ④ Verri, Pietro. Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados, Santafé de Bogotá, Tercer Mundo editores, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

# El Personero Municipal y la Protección de los Derechos Humanos y de la Población Civil

Índice

