

PERSPECTIVAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA.

AUTORES:

Mario Armando Echeverría Acuña, Diana Carolina Driaza González, Ana Milena Lambis Vargas, Laura Stephanie Segura Labiosa, Carlos Alberto Torres Escobar, Yhully Bell Gómez Zúñiga, Fermin Andrés Rambal Rosales, Francisco Jesús Jiménez Martínez, Jorge Jesús Redondo Collins, Andrés Eduardo Barrios Alvarado, Luis Alfonso Lyons Quintero Rodríguez, Juan Felipe Mendoza Castaño, Ana Victoria Viana Martínez, Laura Milena Gómez Benito Revollo, Jesús David Gómez García, Óscar David Gómez García, Juan David Herrera Pérez, Álvaro Rafael Velándia Otero, Julieth Paola Barrios Parra, Sharon Maireth Barrios Olano, Yenny Cárcamo Torres, Yujad del Carmen Cabarcas Puello, Cristian Lorduy Payares, Luisa Fernanda Romero Mendoza, María Alejandra Romero Barrios, Nauro Rafael Caballero Arredondo, Montserrat Magre Colorado, Joice Andrea Montes Imbett, Ana Milena Martelo Ospino, María Alejandra Fera Dovale, José Miguel Fonseca Martínez, Karina Fontalvo De León, Iveth Torres Guloso, Lucía Esther Arellano Velasco, Dorian Enrique Anaya Caro, Eduardo Luis López Paredes y María Alejandra Herrera Herrera.



ELIZABETH RAMÍREZ LLERENA.

Abogada y PhD en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

**Asamblea General
(Composición 2014)**

PRESIDENCIA HONORARIA

Thomas Buergenthal

Pedro Nikken

Sonia Picado

Claudio Grossman

PRESIDENTE

Rodolfo Stavenhagen

VICEPRESIDENTE

Margaret E. Crahan

VICEPRESIDENTA

Mayra Alarcón Alba

Carlos Ayala Corao

José Antonio Aylwin Oyarzún

Lorena Balardini

Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Eduardo Bertoni

Carlos Bosombrio

Antônio A. Cançado Trindade

Santiago Cantón

Douglass Cassel

Suzana Cavenaghi

Ariel Dulitzky

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Mónica Pinto
Carlos Portales
Víctor Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabian Salvioi
Mitchell A. Seligson
Wendy Singh
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leão

Comisión Interamericana de Derechos

Humanos

Tracy Robinson
Rose-Marie Belle Antoine
Felipe González
José de Jesús Orozco Henríquez
Rosa María Ortiz
Paulo Vannuchi
James L. Cavallaro

Corte Interamericana de Derechos

Humanos

Humberto Antonio Sierra Porto
Roberto F. Caldas
Manuel E. Ventura Robles
Diego García-Sayán
Alberto Pérez Pérez
Eduardo Vio Grossi
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

José Thompson J
DIRECTOR EJECUTIVO



IIDH INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



**DIRECTIVAS DE LA UNIVERSIDAD LIBRE
DIRECTIVOS NACIONALES**

PRESIDENTE

Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

RECTOR NACIONAL

Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

CENSOR NACIONAL

Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo

SECRETARIO NACIONAL

Dr. Pablo E. Cruz Samboní

DIRECTIVOS SECCIONALES

PRESIDENTE DELEGADO RECTOR

Dra. Beatriz Tovar Carrasquilla

SECRETARIO GENERAL

Lic. Luis María Rangel Sepúlveda

DIRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Dr. Arturo Rincón Ortiz

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. Armando Noriega

SECRETARIO ACADEMICO

Dr. Efraín Bohórquez Ruiz

DIRECTORA DE CONSULTORIO JURÍDICO Y CENTRO DE CONCILIACIÓN

Dr. Mario Echeverría Acuña

COORDINADORA DE POSTGRADOS EN DERECHO

Dra. María Fernanda Nova D

DIRECTORA DE CENTRO DE INVESTIGACIONES

Dra. Zilath Romero González

Ramírez Llerena, Elizabeth

"Perspectivas de los Derechos Humanos en América Latina"/ Elizabeth Ramírez Llerena. – 1ª ed.- Cartagena: Universidad Libre, 2015.

528 p.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 978-958-8621-62-3

1. Derechos civiles – América Latina – Congresos 2. Derechos humanos – América Latina – Congresos 3. Derechos civiles

I. Tít.

323.49098 SCDD 23 ed.

Catalogación en la fuente - Universidad Libre, Sede Cartagena. Biblioteca

La publicación de este documento está sujeta a los criterios de la evaluación de los pares científicos. Se respeta la libertad de expresión, de ideas y teorías de la autora y su grupo de investigación académico-científico Semillero de Sociología Jurídica SEMISOJU. Las opiniones expresadas por la autora, el uso de fotografías, gráficos e imágenes, son independientes y no comprometen a la Universidad Libre Sede Cartagena. El material de este libro puede ser reproducido o citado con carácter académico, citando la fuente: Ramírez Llerena Elizabeth. ***"Perspectivas de los Derechos Humanos en América Latina"***. Universidad Libre Sede Cartagena. Programa de Derecho. Centro de Investigaciones. 2015

Compiladora: Elizabeth Ramírez Llerena. PhD. Derechos Reservados. ©

Dirección Electrónica: Elizabeth.ramirez@unilibrectg.edu.co

Consejo Editorial:

Beatriz Tovar Carrasquilla. Rectora

Armando Noriega Ruiz. Decano Facultad de Derecho.

Silvio Montiel Paternina. Decano Facultad de Ciencias Económicas.

Zilath Romero González. Directora de Investigación.

Universidad Libre, Sede Cartagena. Pie de la Popa, Calle Real No 20-177

Cartagena de Indias, Sur América. Teléfonos: 6661147- 6561379, Ext. 28

Mayo de 2015.

ISBN: 978-958-8621-62-3

Grupo de Investigación en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. SEMISOJU.

Registro COLCIENCIAS COL0005289

Línea de Investigación, SOCIOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y D.I.H.

Primera Edición

Editorial: Universidad Libre de Colombia

Diagramación e Impresión: IMPRIMA S.A.S

COMPILADORA / AUTORA

ELIZABETH RAMÍREZ LLERENA

Abogada, Universidad de Cartagena. Especialista en Docencia Universitaria, Universidad Santo Tomás de Aquino. Especialista en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social, Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Penal, Universidad Simón Bolívar. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad Externado de Colombia. Docente de Jornada Completa en Investigación, Facultad de Derecho, Universidad Libre, Sede Cartagena.

PROLÓGO.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, - UN PASO AVANTE A LA INTERNACIONALIZACION DE LA ENSEÑANZA JURIDICA EN LA EDUCACION SUPERIOR DE UN PAIS

Hoy más que nunca!..., dimensiono y aplaudo con orgullo para beneplácito de esta Institución Universitaria, y más exactamente para la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD LIBRE-SEDE CARTAGENA!... habernos resuelto a asumir este reto de formación en las lides del SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, y más aún!..., es grata la emprendida marcha hacia esta “*aventura académica*”, cuando nuestro personal de educandos, ha gozado este Diplomado a la “*Mar*” del mejor “Norte” de la orientación avezada de excelentísimos y excelsos docentes del INSTITUTO AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS- I.I.D.H., que en esta materia, se encuentran a la vanguardia de la más granada “*praxis y abandera educación*” en esta temática de encomiable y activado interés por la comunidad jurídica de todo el mundo globalizado de países, -que como el nuestro-, se ven seriamente afectados por la decadencia del respeto de esta línea de Derechos de DESHUMANIZANTE vulneración.

En este orden de ideas, se ha venido reflexionado por parte de esta Decanatura de la Facultad de Derecho, que así como viene en avanzada, la transferencia automatizada de la información en *todos los estándares y quehaceres cotidianos de la vida!..., a esa misma velocidad!...,* va forjándose el criterio de que: otro debe ser el camino del conocimiento y de las nuevas tendencias que deben asumir las Universidades en la enseñanza de la Práctica Jurídica en Colombia!..., y es que no cabe duda!..., de que toda esta “Ola reformista de la Globalización”, que veíamos tan lejana en el tiempo!..., hoy, “invade y permea todos y cada uno los escenarios

de nuestro entorno”, de inclusive!..., hasta de la forma misma como conducimos nuestras vidas!...

De manera que, es esa “*Ventana al exterior*”, a la que las comunidades Universitarias se asomaban con distancia!..., con recelos!..., con dudas y temores de atrevernos a conocerla!..., la que hoy nos invita con confianza, sin recelos y sin temores para cobrar vida en estos escenarios de la Academia!..., con toda esa energía!..., con todo ese vigor, y con toda esa potencialidad virtual de albergar una importancia significativa para que asumamos el reto o el desafío de alcanzarla!...superando ese *tabú de impedimentos, de barreras u obstáculos mentales* que solo yacen en el “...ancla imaginaria y ortodoxa de atavismos” que puedan nublar la claridad de nuestros saberes!....- Me refiero a la INTERNACIONALIZACION de todos los procesos ACADEMICOS!..., a la Globalización de las Memorias!..., y a la Comunidad Conglobada de todo ese “Mundo de Conocimientos y de Saberes”, que motivan nuestro interés comparativo, de indagar, de investigar y de cotejar... ¿Cómo se están sorteando en otras latitudes o dimensiones del derecho circunstancias afines de identidad a estas problemáticas de los DERECHOS HUMANOS que hoy NOS PREOCUPA en Colombia!..., porque es esta INTERNACIONALIZACION, el “...factor y la formula comunicativa por excelencia del conocimiento, que se expande de manera tan agilizada, que cada segundo en el tiempo, tiene la virtualidad de cambiarnos la forma de sortear las diversas adversidades de compromiso de los Derechos humanos en la vida...”.

Y precisamente, es tal el nivel o el ritmo acelerado de la *información* en la realidad histórica o material del “ser”, que el “*deber ser normativo*” de las expectativas generales o específicas que crea el Derecho para el “*control social*” de sus coasociados en estos *esquemas sociales de interpretación*, se está quedando rezagado en el tiempo, de forma que el Sistema no puede perder el dinamismo del conocimiento de las nuevas tendencias y alternativas de protección, solución,

avance e interpretación de los Derechos Humanos en los conflictos; so pena de decaer, como está aconteciendo en la Deslegitimación de las determinaciones de sus propias instituciones; tal y como está sucediendo en la falta de credibilidad que “pulula en la conciencia colectiva del ciudadano” sobre la JUSTICIA en todos los órdenes, razón por la que se está profundamente deteriorando nuestro actual Sistema Judicial desde las más altas y elevadas corporaciones o cuerpos colegiados, hasta los más simples órganos dispensadores de justicia en Colombia.

Es este escenario escéptico de incredulidad sobre el SISTEMA JUDICIAL VIGENTE!...en el que se encuentra inmerso el ciudadano Colombiano, definitivamente la ciudadanía reclama el acceso a otras alternativas, tiene otras expectativas de Sistemas Judiciales e Instrumentos de Protección de Derechos o Administradores de Justicia, immaculados e intachables que le ofrezcan la oportunidad de VOLVER a CREER en la JUSTICIA misma!....De modo, que no podemos quedarnos encerrados en el “*reloj de arena!*...”, debemos quebrar y romper esas ataduras del pensamiento localizado, *cerrado o limitado exclusivamente al ordenamiento jurídico interno, para afrontar con habilidad y destrezas* las dificultades de la sociedad de hoy, en la búsqueda y el rescate de que nuevamente se pueda recobrar esa legítima creencia de obediencia por la ley!..., de motivación por cumplir la norma!..., y sobre todo de respeto y reivindicación del Principio de Autoridad de los escenarios del “Señor Juez”, en la medida de que este mismo profesional, consulte los contenidos de Justicia que espera la comunidad de sus decisiones jurisdiccionales.

Y que mejor escenario, que el que ha venido ideando y desplegando esta Decanatura en el marco del *Proceso de ACREDITACION INSTITUCIONAL y del PROGRAMA DE DERECHO*, para ofrecerles como muestra positiva de nuestros avances, la creación de estos espacios de *interacción con el mundo exterior, y más precisamente con organismos de la talla internacional como la que distingue y representa la funcionalidad altruista y educadora del INSTITUTO*

INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (I.I.D.H.) con sede en SAN JOSE DE COSTARICA, porque la UNIVERSIDAD en términos generales!..., no puede estar de “Espaldas al mundo”, porque la INTERNACIONALIZACION de todos nuestros procesos estriba precisamente, en que podamos dialogar con la ACADEMIA INSTITUCIONAL de “otros mundos, de otras latitudes y sobre todo con el conocimiento jurídico de otros haberes académicos, para saber cómo se están afrontando estos problemas”, y es eso lo que hemos venido haciendo!..., construyendo diálogos con otras Comunidades e Instituciones académicas de formación del Derecho en el exterior, (I.I.D.H. / Florida International University F.I.U.), buscando la visualización de una “Universidad Internacional”, con un nuevo “abanico” de oportunidades, alternativas, y competencias que este “abierto al cambio” y a una “nueva dinámica” de hermenéuticas, porque el mundo no tiene fronteras!... y la demanda del Universo Globalizado, propugna por una articulación que construya “...Atmósferas de dialogo de la Academia como estos!...”, en los que la Proyección Internacional, no es para que las Universidades solo firmen convenios o documentos con otras entidades, institutos u homologas de formación, sino para que realmente “...Vivifiquen y se conviertan en centros de saberes de derecho legislado o espacios de predominio de todos aquellos “contradictorios” que confluyan en la búsqueda de un mejor “control social” de las comunidades y de la sociedad del mundo en su universalidad!... en el ejercicio por razones obvias!..., de esa LIBERTAD DE PENSAMIENTO o del PENSAMIENTO que NOS HACE LIBRE!... como se sabe hacer en este “centro de estudios” de la UNIVERSIDAD LIBRE!..., eso es lo que hemos querido forjar en seguimiento a las directrices de nuestro RECTOR NACIONAL, Dr. NICOLAS ZULETA HINCAPIE, con la concepción de una “...Universidad Moderna y Proyectada Internacionalmente!...; por ello!... fruto de esos menesteres de licenciatura, lo constituyen estos “Actos académicos de Hermanamiento”, de “Intercambio”, y de quehaceres interinstitucionales de producción, letrados de complementación del conocimiento, que es lo que ha hecho posible, que hoy!..., después de haber culminado unos procesos de “Movilización Estudiantil y Docente” en las

instalaciones del INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS I.I.D.H., con sede en San José de Costa Rica, aún se mantengan seriamente consolidados esos lazos Interinstitucionales de Cooperación en la formación académica del educando de Derecho, fortaleciendo esos vínculos, que ustedes tendrán la oportunidad de disfrutar con la presentación de estos dos tomos de recopilación de artículos científicos que inspirados, motivados y orientados al lado de expertos exponentes del I.I.D.H., se han finiquitado con el acompañamiento metodológico e investigativo de docentes adscritos al Centro de Investigación Socio jurídica de nuestra sede en Cartagena.

No podría terminar estas líneas de entrega de esta obra, sin desconocer la paciente compilación que la Doctora Elizabeth Ramirez Llerena, ha consolidado en este cuerpo de hojas que hacen del lomo de dicha obra, la mejor muestra positiva de que vale la pena seguir internacionalizando los procesos académicos de formación del educando, que por conducto del suscrito agradece de igual manera al Dr. Mario López, Director de la OFICINA DE RELACIONES INTERINSTITUCIONALES (O.R.I.) y al Dr. Jorge Padilla, Coordinador Académico del I.I.D.H., por haber confiado de manera conjugada a esta sede y a la funcionalidad del suscrito, la misión precursora de haber dado inicio a estas labores internacionales de “conquista académica” por el conocimiento jurídico del SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

PRESENTACIÓN

El libro “**PERSPECTIVAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA**” es el resultado del Diplomado Internacional sobre el Sistema Interamericano de Derecho Humanos convenio de la Universidad Libre de Colombia y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica. Este libro aparece por primera vez en el año de 2015, surgiendo como consecuencia de la necesidad de tener un medio útil para difundir los conceptos jurídicos y humanistas, producto de investigaciones y ensayos sobre Derechos Humanos en Colombia y América Latina que como opción de grado presentan los estudiantes que realizan este diplomado con pasantía en la ciudad de San José; para lograrlo Gloria Grooscors impartió una clase magistral y con el grupo de pasantes egresados del programa de Derecho de la Sede Cartagena quienes visitaron la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, el Colegio de Periodistas, la Sala Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Administrativo Migratorio y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, entre otras entidades gubernamentales, no gubernamentales e internacionales, donde escucharon las presentaciones de sus representantes durante su estancia en la ciudad de San José.

En este libro se destaca la participación de los profesores Elizabeth Ramírez Llerena y Mario Armando Echeverría Acuña, integrantes de la Línea de Investigación en Sociología de los Derechos Humanos y D.I.H, con artículos que analizan los derechos humanos y su incidencia en un programa de Derecho.

Esperamos crecer en calidad y variedad de temáticas, toda vez que el Diplomado Internacional, sobre el Sistema Interamericano de Derecho Humanos de la Universidad Libre convenio con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, permite que se vinculen artículos no sólo de profesores, sino también de

estudiantes interesados en la problemática de los Derechos Humanos no solo en nuestro país, sino en América Latina.

Presentamos este libro como el medio de difusión más importante de resultados de investigación del programa de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena, contribuyendo al crecimiento académico frente al derecho en Colombia.

ELIZABETH RAMÍREZ LLERENA

PhD. En Sociología Jurídica e Instituciones Políticas

CONTENIDO

| | Páginas |
|---|------------|
| Parte I: EDUCABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. | 17 |
| CAPÍTULO 1: PROCESOS DE FORMACIÓN QUE PERMITEN EL DESARROLLO DE COMPETENCIAS CIUDADANAS: RESEÑA HISTÓRICA DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN EN DERECHOS HUMANOS. Por: Elizabeth Ramírez Llerena. | 18 |
| Parte II: RESPONSABILIDAD EL ESTADO Y USO EXCESIVO DE LA FUERZA Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. | 36 |
| CAPÍTULO 2: ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS, PROPUESTA DE TESIS DOCTORAL: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR OPERACIONES DE GUERRA. Por: Mario Armando Echeverría Acuña. | 37 |
| CAPÍTULO 3: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL POR EXCESO DE LA FUERZA PÚBLICA Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Por: Yhully Bell Gómez Zúñiga, Fermín Andrés Rambal Rosales y Francisco Jesús Jiménez Martínez. | 52 |
| Parte III: DERECHOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. | 79 |
| CAPÍTULO 4: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA Y SU PERSPECTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. Por: Diana Carolina Driaza González, Ana Milena Lambis Vargas y Laura Stephani Segura Labiosa. | 80 |
| CAPÍTULO 5: LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y SU APLICACIÓN POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, AL CASO DE COLOMBIA. Por: Carlos Alberto Torres Escobar. | 110 |

CAPÍTULO 6: EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Por: Laura Milena Gómez Benito Revollo, Jesús David Gómez García y Óscar David Gómez García. **138**

Parte IV: DERECHO LABORAL Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 165

CAPÍTULO 7: LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN SINDICAL EN COLOMBIA Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. Por: Luis Alfonso Lyons Quintero Rodríguez, Juan Felipe Mendoza Castaño y Ana Victoria Viana Martínez. **166**

Parte V: TRATADO DE PAZ, AMNISTÍA Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 204

CAPÍTULO 8: LEYES DE AMNISTÍA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO DE PAZ CON LAS FARC EN COLOMBIA. Por: Jorge Julio Redondo Collins y Andrés Eduardo Barrios Alvarado. **205**

Parte VI: PUEBLOS AMERINDIOS Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 238

CAPÍTULO 9: ANALISIS DE LA PROTECCION DEL PUEBLO AMERINDIO KANKUAMO POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO SEGÚN RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Por: Juan David Herrera Pérez y Álvaro Rafael Velándia Otero. **239**

Parte VII: DESCRIMINACIÓN SEXUAL Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 276

CAPÍTULO 10: LA DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN A LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LOS DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS DEL CASO DE SERGIO URREGO COMO VÍCTIMA DE BULLYING. Por: Julieth Paola Barrios Parra, Sharon Maireth Barrios Olano y Yenny Cárcamo Torres. **277**

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO 11: LA VIOLENCIA SEXUAL COMO FORMA DE TORTURA. | 314 |
| Por: Yujad del Carmen Cabarcas Puello y Cristian Lorduy Payares | |
| CAPÍTULO 12: ¿SON EFECTIVAS LAS MEDIDAS DE PROTECCION CONTRA LA DISCRIMINACION DE LA COMUNIDAD LESBICA EN COLOMBIA? | 342 |
| Por: Luisa Fernanda Romero Mendoza, María Alejandra Romero Barrios y Nauro Rafael Caballero Arredondo. | |
| Parte VIII: JUSTICIA, DERECHOS POLÍTICOS Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. | 371 |
| CAPÍTULO 12: JUSTICIA Y DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: UNA REVISIÓN DEL CASO MENDOZA Y OTROS VS. ARGENTINA. | 372 |
| Por: Montserrat Magre Colorado, Joice Andrea Montes Imbett, Ana Milena Martelo Ospino. | |
| CAPÍTULO 13: DERECHOS POLÍTICOS EN EL ESTADO DEMOCRATICO, UNA PERSPECTIVA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. (CASO CASTAÑEDA GUTMAN (MÉXICO), CASO CEPEDA VARGAS (COLOMBIA) Y LÓPEZ MENDOZA (VENEZUELA). | 407 |
| Por: María Alejandra Feria Dovale y José Miguel Fonseca Martínez. | |
| Parte IX: LA CONVENCIÓN DE BELEM DO PARA Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. | 437 |
| CAPÍTULO 14: LA CONVENCION INTERAMERICANA DE BELEM DO PARA Y LA LEY DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN COLOMBIA. | 438 |
| Por: Karina Fontalvo De León e Iveth Torres Guloso. | |
| CAPÍTULO 15: APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN BELEM DO PARÁ EN LA POLÍTICA PÚBLICA CASO ESTADO COLOMBIANO. | 469 |
| Por: Lucía Esther Arellano Velasco. | |

Parte X: DESCRIMINACIÓN RACIAL Y SISTEMA INTERAMERICANO 492
DE DERECHOS HUMANOS.

CAPÍTULO 16: CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO, DISCRIMINACION RACIAL Y FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA. Por: Dorian Enrique Anaya Caro, Eduardo Luis López Paredes y María Alejandra Herrera Herrera. **493**

PARTE I: EDUCABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS.

PROCESOS DE FORMACIÓN QUE PERMITEN EL DESARROLLO DE COMPETENCIAS CIUDADANAS: RESEÑA HISTÓRICA DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN EN DERECHOS HUMANOS.

Por: Elizabeth Ramírez Llerena¹

I.- Resumen: Este artículo tiene como finalidad revisar el proceso de formación que permita el desarrollo de competencias ciudadanas. El mismo es resultado de la investigación titulada **PRÁCTICA DOCENTE Y PEDAGOGÍA DE LA INVESTIGACION EN EL SEGUNDO AÑO DEL PROGRAMA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA** en el Programa de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena, año 2008; sobre la situación de la formación en investigación en Colombia; entendemos que la educación de calidad es una que *“estructura los contenidos de acuerdo con las características de la población que se educa, es decir, hace propuestas educativas flexibles y lo suficientemente retadoras en relación con las problemáticas globales”*². En este sentido, estamos convencidos de que la calidad de la educación no sólo se resuelve mediante la transformación de contenidos pertinentes a los contextos desde una perspectiva de visión de futuro, sino que también alude a la gestión académica que impacta directamente las prácticas de aula, es decir, la forma de manejo del aula nos resulta fundamental. A este panorama, se suman, por una parte, las demandas de los docentes en el país, quienes interesados en el desarrollo de competencias ciudadanas, piden orientaciones sobre cómo pueden fomentarlas en sus aulas y

¹ Elizabeth Ramírez Llerena. Cartagena Baykeeper. Abogada, Universidad de Cartagena. Especialista en Docencia Universitaria, Universidad Santo Tomás de Aquino. Especialista en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social, Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Penal, Universidad Simón Bolívar. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad Externado de Colombia. Postdoctoranda en Derechos de las Naciones y Civilizaciones y Derechos Sociales, Económicos, Políticos y Culturales. Universidad del Zulia (Venezuela) Docente de Jornada Completa en Investigación de la Facultad de Derecho, Universidad Libre sede Cartagena.

² Ministerio de Educación Nacional. (2012). *Estructura y trayectoria para el desarrollo profesional situado (DPS) en ciencias y matemáticas*. Ministerio de Educación Nacional. Documento sin publicar. pg., 11.

en sus clases sin importar la disciplina que estén dictando. Por otra, el enfoque del desarrollo de Competencias Ciudadanas, cuyo objetivo es facilitar la construcción de ambientes sustentados en principios democráticos,³ así como en el debate y diálogo sustentado en evidencias y climas escolares propicios para la participación democrática e ilustrada y la convivencia pacífica, es decir, ambientes que permitan a los estudiantes ejercer una ciudadanía activa y bien informada; a través del desarrollo de habilidades que se aprenden en el 'hacer' y relación con otros y que deben ponerse en práctica en el aula de clases, en el recreo, en el hogar y en todos los espacios donde interactuamos. Es así como presentamos una **RESEÑA HISTÓRICA DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN EN DERECHOS HUMANOS** en el programa de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena, el cual se convierten en un escenario ideal para aprender no sólo a resolver problemas jurídico- sociales o reflexionar sobre el ambiente, sino para aprender a vivir en comunidad, trabajar en equipo, escuchar y comprender al otro, y respetar las diferencias a través del estudio de los Derechos Humanos.

II.- Palabras Claves: Competencias Ciudadanas, Derechos Humanos, Procesos de Formación, Aula de Clases, Programa de Derecho.

III.-Abstract: This article aims to review the process of training to enable the development of citizenship skills. It is the result of a research project entitled teaching practice and PEDAGOGÍA RESEARCH IN THE SECOND YEAR OF THE PROGRAM RIGHT OF FREE UNIVERSITY HEADQUARTERS CARTAGENA Law Program Free University Headquarters Cartagena, 2008; on the situation of research training in Colombia; we understand that quality education is one that "structure the contents in accordance with the characteristics of the population that is educated, that is, makes flexible educational proposals and sufficiently challenging in relation to global problems" (MEN, 2012, pg, 11). In this sense, we

³ Arendt, H. (1951). La decadencia de la nación-estado y el final de los derechos del hombre". En *Los Orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial. 392-432.

are convinced that the quality of education not only solved by transforming relevant content to contexts from a perspective of vision, but also refers to the academic management that directly impacts classroom practices, ie how classroom management is fundamental to us. In this scenario, they add the one hand, the demands of the teachers in the nation who are interested in developing citizenship skills, ask for guidance on how they can promote them in their classrooms and in their classes regardless of the discipline they are teaching. Furthermore, the focus of the development of citizenship competencies, which aims to facilitate the construction of environments supported by democratic principles, as well as debate and dialogue supported by evidence and supportive school climates for democratic and enlightened participation and peaceful coexistence, is ie environments that allow students to exercise active and informed citizenry; through the development of skills learned in the 'doing' and relationship with others and they should be implemented in the classroom, on the playground, at home and in all areas where we interact. Thus, we present a historical review of the research in Human Rights in the program Free University Law Cartagena school, which becomes an ideal place to learn not only to solve problems, or reflect on legal and social environment scenario but to learn to live together, work together, listen and understand the other, and respect differences through the study of Human Rights.

IV.-Key Words: Civic Skills, Human Rights Training Processes, classroom lessons, Law Program.

1.- Introducción.

La política educativa del Ministerio de Educación Nacional de Colombia se fundamenta en promover una educación de calidad, que forme mejores seres humanos, ciudadanos con valores éticos, respetuosos de lo público, que ejercen los derechos humanos, cumplen con sus responsabilidades sociales y conviven en paz. Una educación que genera oportunidades legítimas de progreso y

prosperidad para ellos y para el país. Es decir, se piensa en una educación que es competitiva, pertinente, y que contribuye a cerrar brechas de inequidad y está abierta a la participación de toda la sociedad.

En este sentido, los maestros tenemos que desarrollar en todas y todos los estudiantes las habilidades, los conocimientos y las destrezas necesarias para construir una ciudadanía democrática y activa, lo que es un reto fundamental puesto que responde a la política educativa de calidad y además, concreta el objetivo de llevar al país por el camino de la prosperidad. Estamos convencidos que el desarrollo humano requiere de unos ciudadanos respetuosos del bien común, que sepan encontrar, valorar y proteger la riqueza que hay en la diferencia y que participen activamente en la construcción del Estado Social de Derecho que Colombia promueve y defiende a través del Artículo 1^o4 de la Constitución Política.⁵

El Ministerio de Educación de Colombia concibe y promueve la formación ciudadana como un ejercicio que ocurre en la cotidianidad y que desborda los límites de la escuela. Por eso, en el programa de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena nos hemos comprometido a reconocer y articular las diversas iniciativas que vienen desarrollándose a través de procesos de formación en investigación en la Línea de Investigación en Sociología de los Derechos Humanos y el D.I.H., para que podamos liderar, como sector educativo, los procesos normativos, técnicos y operativos que orienten las acciones de las instituciones educativas, en torno a la creación de un sistema de convivencia escolar y formación en Competencias Ciudadanas para el ejercicio de los derechos humanos, que promueve, impulsa, orienta y coordina estrategias,

⁴ Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Colombia, 1991).

⁵ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

programas y actividades para la formación ciudadana, la convivencia escolar de los jóvenes en las Universidades y la educación para el ejercicio de los derechos humanos, en el marco de la corresponsabilidad de los individuos, las instituciones educativas, la familia, la sociedad y el Estado.

1.1.- ¿Qué son las competencias ciudadanas?

Las competencias ciudadanas son aquellas habilidades cognitivas, emocionales y comunicativas, conocimientos y actitudes que, articuladas entre sí, hacen posible que el ciudadano actúe de manera constructiva en la sociedad democrática. Las competencias ciudadanas permiten que los ciudadanos contribuyan activamente a la convivencia pacífica, participen responsable y constructivamente en los procesos democráticos y comprendan la pluralidad como oportunidad y riqueza de la sociedad, tanto en su entorno cercano (familia, amigos, aula, institución escolar), como en su comunidad, país o a nivel internacional. Las competencias ciudadanas se trabajan desde los siguientes tres ámbitos temáticos:

- 1.- Construcción de la Convivencia y la Paz
- 2.- Participación y Responsabilidad Democrática y
- 3.- Pluralidad, Identidad y Valoración de las Diferencias.

Cada uno de estos grupos representa una dimensión fundamental de la ciudadanía y por este motivo, se encuentran articulados en el marco del Respeto, la Promoción y la Defensa por los Derechos Humanos. Las Competencias Ciudadanas son una serie de actitudes, habilidades y conocimientos que se consideran importantes e indispensables para el ejercicio de la ciudadanía en el

marco de la visión actual de los derechos humanos; es decir, para el ejercicio de los derechos y la participación activa en la construcción de la realidad social:⁶

Además de estas áreas, el Ministerio también ha definido cuatro tipos de habilidades:

- Cognitivas,
- Emocionales,
- Comunicativas e
- Integradoras.

De esta manera, un docente que quiera desarrollar competencias con sus estudiantes, debe procurar que ellos tengan diversas oportunidades y espacios en los que puedan requerirlas, practicarlas y aplicarlas,⁷ pues la única manera en que se puede adquirir una competencia es “aprender haciendo”, en el ejercicio de la competencia que se busca desarrollar. La lectura de las competencias ciudadanas, pone el énfasis en las relaciones con los otros y no en procesos internos mentales y/o emocionales; así, lo importante es desarrollar habilidades, no que se deban extrapolar del concepto a la acción, sino que se aprenden en la acción cotidiana misma y se manifiestan en la vida social, vía la modificación de actitudes y formas de proceder en espacios diferentes a los académicos

1.2.- Procesos de Formación que desarrollan Competencias Ciudadanas.

Para desarrollar Competencias Ciudadanas en el programa de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena se han creado un conjunto de estrategias

⁶ Ministerio de Educación Nacional. (2008). *Educación para la sexualidad y Construcción de Ciudadanía*, Bogotá, D.C. Recuperado el 1 de junio de 2013 de: Portal Colombia Aprende. www.colombiaprende.edu.co.

⁷ Chaux, E. (2004). Introducción. En: E. Chaux, J. Lleras & A.M. Velásquez. *Competencias Ciudadanas. De los Estándares al aula. Una propuesta de integración a las áreas académicas*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

lideradas desde el Grupo de Investigación en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas SEMISOJU en la Línea de Investigación Sociología de los Derechos Humanos y el D.I.H y dirigidas a los estudiantes del programa de Derecho, que busca fomentar en el establecimiento educativo innovaciones curriculares y pedagógicas basadas en “prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana” (Art. 41, de la Constitución Política de Colombia, 1991),⁸ con el fin de “formar al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia...” (Art. 67, Ibíd.).⁹

Estas estrategias son orientaciones para la institucionalización de las competencias ciudadanas como un aporte a la Educación de calidad, para formar abogados como “*mejores seres humanos, ciudadanos con valores democráticos, respetuosos de lo público, que ejercen los derechos humanos, cumplen sus responsabilidades sociales y conviven en paz*”¹⁰. Esta es una tarea prioritaria que debe asumir el sector educativo en conjunto con todos los estamentos de la sociedad, e implica desarrollar en los jóvenes de nuestro país las competencias básicas y, de manera particular, las ciudadanas.

Esta concepción de la calidad de la educación es una respuesta a una necesidad de todas las sociedades y a una realidad concreta del país. Por un lado, todas las comunidades necesitan formar en ciudadanía, puesto que de ello depende la construcción de la sociedad que se quiere. Por otro lado, la formación ciudadana responde a la realidad colombiana, que se ha caracterizado en las últimas décadas por la presencia constante de diferentes formas de violencia, lo cual se aparta del ideal de sociedad pacífica, democrática e incluyente que busca nuestra Constitución. De manera particular, esa realidad afecta hoy a nuestras comunidades educativas e impone un reto para la convivencia escolar y la

⁸ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

⁹ Ibídem.

¹⁰ Cabezudo, A. (1998) Pedagogía urbana en el espacio de ciudad. *Plan para el desarrollo del municipio de Armenia*. Armenia, Colombia.

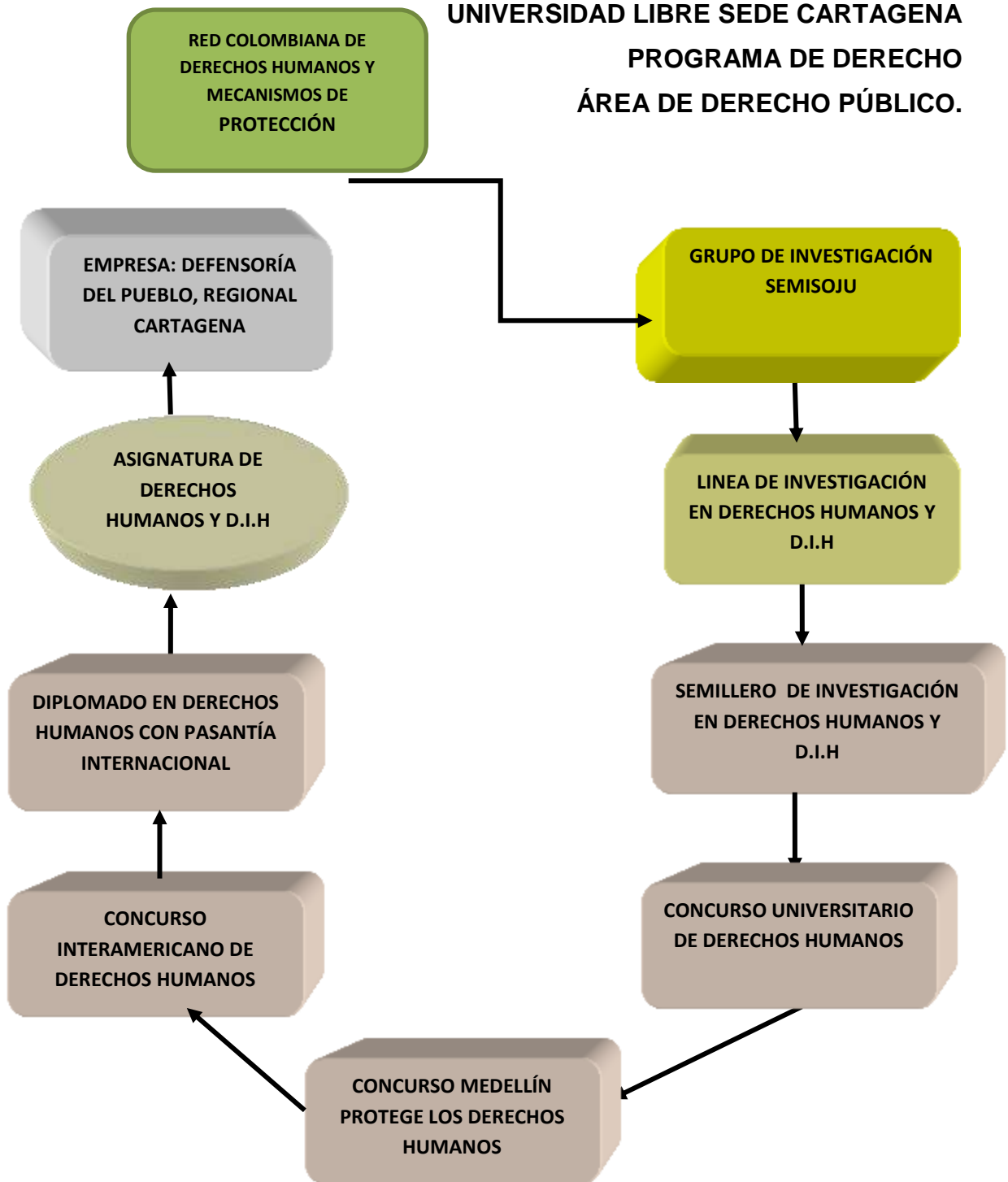
recuperación del tejido social que no permite aplazamiento. Por tanto, formar en ciudadanía es un proceso que precisa de unas condiciones para que se pueda llevar a cabo,¹¹ puesto que incluye la enseñanza de conocimientos y el desarrollo de habilidades y actitudes con el concurso de todos los estamentos de la comunidad educativa, en todos los momentos y todos los espacios en los que ella existe. La formación ciudadana entonces, involucra al sector en todos sus niveles, desde lo local a lo nacional. La experiencia de años recientes nos enseña que esta formación requiere de acciones planeadas, intencionadas y evaluadas para que un tema como este, en el que hay tan poco desarrollo curricular, logre institucionalizarse.

En este artículo se presenta la planeación y organización de la Línea de Investigación en Sociología de los Derechos Humanos y D.I.H, es la brújula que guía a la comunidad educativa y le permite construir las acciones y condiciones para que las competencias ciudadanas sean desarrolladas, es decir, para que los jóvenes sean formados como abogados y ciudadanos activos en ejercicio de sus derechos. Desarrollar las competencias ciudadanas es la manera de formar jóvenes para un ejercicio pleno de la ciudadanía que parta del reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano. Tal reconocimiento es el origen de la concepción universal de los derechos humanos¹² y tiene tres características que se relacionan entre sí y permiten comprender su significado en la vida cotidiana. Primero, vivir como uno quiera, es decir la dignidad entendida como la autonomía o la posibilidad de diseñar un plan de vida propio; segundo, vivir bien, tener unas ciertas condiciones materiales y sociales de existencia; y tercero, vivir sin humillaciones, poder tener integridad física y moral.

¹¹ Ministerio de Educación Nacional. (2006), *Estándares básicos en competencias ciudadanas: formar para la ciudadanía sí es posible*. Bogotá D.C.: Ministerio de Educación Nacional.

¹² Maturana, H. (1997). *La objetividad. Un argumento para obligar*. Santiago de Chile: Dolmen, Ensayo.

UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA
PROGRAMA DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO.



FLUJOGRAMA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL D.I.H.

El anterior es el flujograma de la línea de Investigación en Derechos Humanos del Grupo de Investigación en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, SEMISOJU, el cual nos permite orientar las estrategias que permiten la Construcción de las Competencias Ciudadanas en los abogados que se forman en el programa de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena.

1.2.1.- La Línea de Investigación en Sociología de Los Derechos Humanos y D.I.H.

La Línea de Investigación denominada SOCIOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS, nace con el Concurso Universitario de Derechos Humanos auspiciado por la Defensoría del Pueblo y USAID en el año 2011; ya que con la Resolución No 025 de 2011 el señor decano del programa de Derecho para la época Dr., Narciso Castro Yanes comisiona a la Directora de Investigación trabajar con el apoyo de la Jefe de Área de Sociales y Humanidades lo relacionado con el concurso mencionado, ya que la defensoría del Pueblo invitó a la decanatura a participar con sus estudiantes en este concurso.

1.2.1.1.- Participación en el Concurso Universitario de Derechos Humanos.

Ese año 2011, participaron en el Concurso Universitario de Derechos Humanos auspiciado por la Defensoría del Pueblo y USAID, las estudiantes de segundo año ANDRY MARYELIS DÍAZ HERNÁNDEZ y MARÍA DE MAR MACÍA HERNÁNDEZ; el caso fue **“Caso de Enfermeros Cooperados contra la República del Batey”** (Caso No. 16825) y nos correspondió el rol de Estado.

Ya anteriormente se había participado en los años 2008, 2009 y 2010. En el 2008 nos correspondió el rol de Comisión en el caso **“Arias Segura y otros versus Estado Del Valle**; en 2009 nos correspondió el Rol de Estado con el caso **“Pueblos indígenas Emkowa y Cuisimaya (Resguardo de Caño Colorado)**

contra la República de Itaca” (Caso N° 14.550); En 2010 nos correspondió el Rol de Comisión con el caso, **“AAA y su hija CCC y BBB versus Estado de Santa Teresa”**.

En el año 2012 participamos enviando el memorial y se inscribió a las estudiantes de 4 año calendario B, DAILEN OLIVERA PÉREZ y MARÍA VICTORIA ANGULO COTTA; pero no alcanzamos a estar entre los doce del Rol de Estado, el caso fue el **“Adán Yemayá y Otros contra la República de Atlanta”** (Caso 33.666).

En el año 2013, nuevamente la Defensoría del Pueblo invita a la decanatura a participar en el Concurso Universitario de Derechos Humanos (Ver invitación), se inscribió a los estudiantes VIVIANA ELSA VILLALOBOS CANTILLO y CARLOS ADOLFO BENAVIDES, bajo la tutoría de la PhD Elizabeth Ramírez Llerena con el caso **“Herman Musak, Karen Tinoco y otros Versus Estado de Manarola” (Caso No. 15.555)** en el Rol de Comisión, pero tampoco estuvimos dentro de los 12 primeros.

En el año 2014 la Defensoría del Pueblo invita nuevamente a la decanatura del programa de Derecho a participar en el Concurso Universitario de Derechos Humanos los jóvenes Yessica Paola Vásquez Solar de 4º año calendario B y José Miguel Fonseca de 5º año calendario B representaron a la Universidad Libre Sede Cartagena en las audiencias preliminares en el auditorio de la Universidad de Medellín participando en el rol de Estado con el caso **“Juana Elizabeth Guzmán y otros vs. República de Sarapoa”**. Nos acompañaron como observadoras para participar en el concurso el próximo año las estudiantes del 4º año del calendario B, Mirian Esther Reyes Ortega y Gisell Carolina Herrera Meléndez. Es muy bueno el puntaje que sacaron los estudiantes que fungieron como principales en la evaluación que hicieron los jueces.

La Defensoría del Pueblo viendo el impacto académico del Concurso Universitario, y queriendo contribuir en el mejoramiento de las capacidades docentes de los tutores y las tutoras de los equipos inscritos, diseñó un seminario de capacitación (de 20 horas) para participar en la versión 11 del Concurso y de otros y otras docentes de derechos humanos; la actividad se desarrolló en la Universidad Simón Bolívar de la ciudad de Barranquilla, ubicada en la Calle 58 No 54-59, el lugar de capacitación internamente es: Aulas magistrales. Cuarto Piso. Esta capacitación la dio la docente de la ESAP, María Consuelo del Río Mantilla, con conocimiento y experiencia en derecho internacional de los derechos humanos y litigio ante instancias internacionales en esa materia.

1.2.1.2.- Encuentros de Investigación en Derechos Humanos.

Los integrantes del Semillero de Investigación en Derechos Humanos Yessica Vásquez Solar, Giselle Herrera Meléndez, Mirian Reyes Ortega, Liseth Santamaría Beleño e Iván Zapata Berrio, estudiantes del 3er año del Calendario B participaron en el **PRIMER ENCUENTRO LATINOAMERICANO DE SEMILLEROS DE INVESTIGACIÓN EN DERECHOS HUMANOS** organizado en la Universidad Libre de Pereira con la ponencia titulada: **LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS INDIGENTES, POR PARTE DEL ESTADO EN CARTAGENA DE INDIAS.**

José Miguel Fonseca integrante del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y los docentes Mario Echeverría Acuña y Elizabeth Ramírez Llerena participaron en el **II ENCUENTRO DE INTEGRACIÓN Y SOCIALIZACIÓN DE SEMILLEROS DE INVESTIGACIÓN EN DERECHOS HUMANOS** organizado en Universidad de Sabaneta en Antioquia con las ponencias tituladas: **LOS DERECHOS POLÍTICOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS; RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OPERACIONES DE GUERRA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS DESDE**

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO y CHARLIE HEBDO: ¿VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y A LOS DERECHOS HUMANOS?

1.2.1.3.- Diplomado Internacional sobre el Sistema Interamericano de Derecho Humanos convenio de la Universidad Libre de Colombia y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

También en el año 2013, se propuso al comité de unidad académica la realización del Diplomado Internacional sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica para ver una sesión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con opción de grado. En el año 2014, se apoya académicamente la construcción de los artículos del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con opción de grado, para la elaboración de un libro como compilación de artículos. En este mismo año 2014, se orienta la cátedra de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en el primer año nocturno del calendario A.

1.2.1.4.- Red Nacional de Derechos Humanos y Mecanismos de Protección.

En el 2012 se invitó a los tutores de los estudiantes que participan en este concurso a crear una Red y la Jefe del Área de Investigación del programa de Derecho PhD Elizabeth Ramírez Llerena organizó el “**I ENCUENTRO DE LA RED SOBRE DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN**” que se realizó los días 22 y 23 de Marzo de 2012. Con ocasión de los Concursos Nacional e Interamericano de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, los tutores de las Universidades Libre de Cartagena, Militar Nueva Granada y Autónoma de Bucaramanga, identificaron la necesidad nacional de crear una RED que integre las investigaciones y semilleros sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su garantía nacional e internacional.

Esta necesidad que se identificó durante el desarrollo del Noveno Concurso Nacional de Derechos Humanos, celebrado en la Universidad Militar Nueva Granada, la cual se circunscribió en reunir los tres semilleros de Derechos Humanos de nuestras universidades, antes que finalizara el año 2011.

Iniciando el año 2012, se retomó el proyecto con la idea de aprovechar la celebración de los 40 años de la Facultad de Derecho de la UNAB y los 30 de la Universidad Militar Nueva Granada, pero se amplió el encuentro con otras universidades que coinciden con esta propuesta y que contiene unos objetivos académicos precisos y concretos, con beneficio a las facultades, estudiantes, y a la investigación misma. De otra parte, esta RED permitirá adicionalmente el fortalecimiento de los semilleros e investigación en general, por ser especial temáticamente debido que no existen redes nacionales que empoderen temáticas sobre Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional y sus Mecanismos de Protección y Garantía.

Por tanto, el evento no pretende ser una carga financiera, sino un espacio de encuentro académico y de concretar los objetivos de la RED, como un ejercicio de compartir ponencias, socializar investigaciones y proyectar alianzas que consoliden una mejor investigación sobre la temática antes referenciada en el país. Los objetivos propuestos para la creación de la Red y que el evento permitirá concertar son:

- Investigación.
- Publicación.
- Eventos Académicos.
- Semilleros.

1.2.1.5.- Publicaciones.

En la revista del Semillero de Investigación Ciencia, Saber y Libertad en Germinación Volumen No 6 de Julio de 2013, se publicó el memorial del **“Caso Herman Musak, Karen Tinoco y otros Versus Estado de Manarola”** (Caso No. 15.555); en el Volumen No 4 de Julio de 2011 se publicó el memorial del **“Caso de Enfermeros Cooperados contra la República del Batey”** (Caso No. 16825), y en el Volumen No 3 de Julio de 2010 se publicó el memorial del **“Caso Pueblos indígenas Emkowa y Cuisimaya (Resguardo de Caño Colorado) contra la República de Itaca”** (Caso N° 14.550).

Las presentes estrategias se orientan a identificar una serie de retos que en la actualidad se le plantean a los procesos de formación de las competencias ciudadanas y a la construcción de lo público en nuestro contexto del programa de derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena, desde el Grupo de Investigación en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas y la Línea de Investigación en Sociología de los Derechos Humanos y D.I.H. Estos desafíos que se proponen, se derivan de la configuración de las identidades colectivas que se gestan en las organizaciones y movimientos sociales, sobre la base de unos criterios orientados hacia el reconocimiento de los Derechos Humanos en Colombia y en América Latina y hacia mayores niveles de inclusión y equidad social y política. Asociado a lo anterior se reconoce también las renovadas formas de expresión y manifestación de la acción política; y la definición de estructuras de alianzas que definen las organizaciones sociales para promover la movilización y la acción colectiva, en el propósito de fortalecer las redes sociales. Desde estas renovadas expresiones de la acción política, nos preguntamos por la multidimensionalidad de la formación ciudadana; por sus capacidades y habilidades que demandan ser potenciadas, y la necesidad de construir una perspectiva pedagógica de carácter crítico-social de la acción ciudadana en la formación de los abogados en Colombia.

2.- Conclusión.

Los diversos espacios de reflexión sobre la realidad del país que se han llevado a cabo en los últimos años, dentro de los cuales se destacan los “Talleres del Milenio” y el foro social celebrado en Cartagena, señalan de manera reiterada que la crisis general de la sociedad colombiana y de otros países en el hemisferio está asociada directamente con la ausencia de un proyecto colectivo de nación, con la urgente necesidad de construir un sentido colectivo de futuro, el cual nos permita orientar nuestras actuaciones de manera conjunta y cooperada para hacerle frente a problemáticas como la marcada fragmentación y desarticulación social, la pérdida de credibilidad en la política, el precario sentido de lo público, la exclusión social, la debilidad del sistema de justicia y el profundo deterioro de la convivencia ciudadana, entre otras.

Consideramos de suma importancia diseñar mecanismos que propicien enfrentar y corregir las profundas imperfecciones de nuestro estado social de derecho y de sus instituciones democráticas, se insiste permanentemente en reconocer el papel significativo que tiene la educación en general y, de manera más concreta, las acciones de formación ciudadana orientadas a promover un conjunto de competencias para que el ciudadano pueda incidir activamente en tres campos vitales para la convivencia social: “la re significación del sentido de la política, la renovación de criterios de legitimación de lo público y el fortalecimiento de una cultura de la civilidad¹³ de allí que consideramos que las estrategias que se presentan en la Línea de Investigación en Sociología de los Derechos Humanos en el Grupo de Investigación en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, SEMISOJU permite en los estudiantes de Derecho que integran el Semillero el desarrollo de Competencias Ciudadanas.

¹³ Ricardo Delgado S y Carlos E. Vasco. Interrogantes en torno a la formación de las competencias ciudadanas y la construcción de lo público. Universidad de Manizales- CINDE. Simposio Internacional de Investigación realizado en Manizales desde 19 al 26 de agosto del 2003.

3.- Bibliografía.

Arendt, H. (1951). La decadencia de la nación-estado y el final de los derechos del hombre". En *Los Orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial. 392-432.

Cabezudo, A. (1998) Pedagogía urbana en el espacio de ciudad. *Plan para el desarrollo del municipio de Armenia*. Armenia, Colombia.

Chaux, E. (2004). Introducción. En: E. Chaux, J. Lleras & A.M. Velásquez. *Competencias Ciudadanas. De los Estándares al aula. Una propuesta de integración a las áreas académicas*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Maturana, H. (1997). *La objetividad. Un argumento para obligar*. Santiago de Chile: Dolmen, Ensayo.

Ministerio de Educación Nacional. (2008). *Educación para la sexualidad y Construcción de Ciudadanía*, Bogotá, D.C. Recuperado el 1 de junio de 2013 de: Portal Colombia Aprende. www.colombiaprende.edu.co.

Ministerio de Educación Nacional. (2012). *Estructura y trayectoria para el desarrollo profesional situado (DPS) en ciencias y matemáticas*. Ministerio de Educación Nacional. Documento sin publicar. pg., 11.

Ministerio de Educación Nacional. (2006), *Estándares básicos en competencias ciudadanas: formar para la ciudadanía sí es posible*. Bogotá D.C.: Ministerio de Educación Nacional.

Ricardo Delgado S y Carlos E. Vasco. Interrogantes en torno a la formación de las competencias ciudadanas y la construcción de lo público. Universidad de Manizales- CINDE. Simposio Internacional de Investigación realizado en Manizales desde 19 al 26 de agosto del 2003.

***PARTE II: RESPONSABILIDAD EL ESTADO Y USO EXCESIVO DE LA
FUERZA Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.***

ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS, PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN DE TESIS DOCTORAL: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR OPERACIONES DE GUERRA.

Por: Mario Armando Echeverría Acuña¹⁴

I.- Resumen: Lo que caracteriza al Estado contemporáneo es su secularidad. En un sentido muy amplio, esta secularidad denota la independencia del poder político con relación a cualquier interés particular. En nuestro tiempo el poder político está siendo afectado por el poder económico, de una forma que supera los precedentes conocidos. La simbiosis entre el poder económico y el político se acentuó a partir de la revolución industrial, pero con el fenómeno conocido como mundialización ha perjudicado los precarios equilibrios existentes. Como se verá más adelante, esta situación plantea nuevos retos para el constitucionalismo¹⁵. En ese contexto, en el siglo XXI se deberá hacer frente al desafío significado por las posibles respuestas del poder político. Las opciones incluyen por igual al Estado totalitario y al Estado constitucional. Debe tenerse presente que el pragmatismo ha desplazado al compromiso democrático, y que las formas duras del ejercicio del poder son compatibles con el proceso de mundialización. Las condiciones políticas son satisfactorias para los grandes intereses económicos, si se garantiza su indemnidad. En los países latinoamericanos la gobernabilidad y la calidad de la democracia son conceptos afines. La gobernabilidad es un proceso de decisiones legales, razonables, controlables y eficaces, adoptadas por autoridades legítimas, en un ámbito de libertades, de equidad y de estabilidad institucional, para atender requerimientos de la sociedad mediante prestaciones y servicios regulares, suficientes y oportunos, y garantizar a la población el ejercicio de sus derechos

¹⁴ Estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, en la División de Estudios para graduados de la Universidad del Zulia en la República Bolivariana de Venezuela.

¹⁵ GARCIA PONS, Enrique (1997). *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. J.M. BOSCH Editor. ISBN 84-7698-409-X.

civiles, políticos y económico-sociales. De ahí que en un sistema democrático, el constitucionalismo desempeñe cinco grandes funciones: legitima las instituciones, asegura el control jurídico de los procesos políticos, procura la estabilidad social, regula las funciones económicas y garantiza la positividad del ordenamiento jurídico, lo anterior es lo que nos proponemos investigar en el doctorado de Ciencias Sociales en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, División de Estudios para graduados de la Universidad del Zulia en la República Bolivariana de Venezuela.

II.- Palabras Claves: Operaciones de Guerra, Exceso de Fuerza, Fuerzas Armadas, Guerrilleros, Paramilitares, Derechos Humanos.

III.-Abstract: What characterizes the modern state is its secularity. In a broad sense, this secularity denotes the independence of political power in relation to any particular interest. In our time, political power is being affected by the economic power, in a way that exceeds the known precedents. The symbiosis between economic power and political worsened after the industrial revolution, but the phenomenon known as globalization has undermined the existing precarious balance. As will be seen below, this poses new challenges for constitutionalism. In this context, in the XXI century it must face the challenge meaning the possible responses of political power. Options include equally the totalitarian state and the constitutional state. Please note that pragmatism has replaced the democratic commitment, and hard forms of governance are consistent with the process of globalization. Political conditions are satisfactory for large economic interests, if your indemnity is guaranteed. In Latin American countries the quality of governance and democracy are related concepts. Governance is a process, reasonable, controllable and effective legal decisions adopted by legitimate authorities, in an area of freedom, equity and institutional stability, to meet requirements of society through performances and regular, sufficient and timely services, and guarantee the population the exercise of their civil, political and

socioeconomic rights. Hence, in a democracy, constitutionalism performs five major functions: legitimate institutions, ensuring legal control of political processes, seeks social stability, economic functions regulates and guarantees the positivity of law, the above is what we intend to investigate the doctorate in Social Sciences at the Faculty of Economics and Social Sciences, Division of Graduate Studies at the University of Zulia in the Bolivarian Republic of Venezuela.

IV.-Key Words: War operations, excessive force, armed forces, guerrillas, paramilitaries, Human Rights.

1.- Introducción.

Durante largo tiempo, numerosos sistemas propendieron a compensar el déficit democrático poniendo el acento en las reivindicaciones de carácter social. El discurso orientado en esta dirección encontraba un adecuado soporte en los preceptos constitucionales, por lo que su reiteración enfática adquirió los visos de una estrategia legitimadora. Aquello en que la Constitución era insuficiente, desde el punto de vista de los procedimientos para acceder al poder y para controlar a sus titulares, se veía compensado por los preceptos de contenido social. Durante esa etapa las constituciones desempeñaron una función legitimadora del poder no por sus disposiciones democráticas, de las que a veces carecían, sino por sus enunciados programáticos.

El tema social resultó muy funcional para los objetivos de legitimación de los gobernantes, a tal punto que el adjetivo "social" comenzó a menudear en los textos constitucionales. Sin embargo, este recurso retórico fue perdiendo sus efectos diversivos, por lo que se hizo necesario volver la mirada hacia instituciones que legitimaran a los titulares del poder. Entre estas, el constitucionalismo contemporáneo ha incluido la defensa jurisdiccional de la propia Constitución.

En Latinoamérica especialmente en Colombia, el conflicto armado interno y la influencia de la Constitución en el Estado, permitió que la institución de la responsabilidad administrativa solo tuviera lugar a finales del Siglo XIX, cuando el Estado y la sociedad alcanzaron un cierto grado de desarrollo tecnológico, y el estado gendarme que caracterizo el individualismo liberal, dio paso a una economía intervencionista que incrementó las posibilidades de que la actividad pública se tradujera en una creciente cantidad de daños residuales¹⁶.

Como colorario de lo anterior, surge la problemática acerca de los daños ocasionados por las operaciones de guerra y si debe responder o no el Estado dada la situación de muchos países del mundo, que se encuentran desde hace muchos años en conflictos internos, indistintamente del nombre, duración, ideología de los mismos. Esto debido a que en una estructura garantista de protección internacional de los derechos humanos la responsabilidad ya no se detiene en el causante del daño sino en la víctima, es por eso que las tendencias más recientes de los regímenes de Responsabilidad del Estado a partir de los siglos XX y XXI, y así lo viene construyendo actualmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la relacionada con los sistemas de responsabilidad administrativa que sirvan como instrumentos o medios para lograr la materialización de la indemnización de las víctimas de las operaciones o actos de guerra¹⁷.

En este anteproyecto se presenta el Problema de Investigación los objetivos e importancia y justificación de la investigación de tesis doctoral; Se presenta un pequeño Marco Referencial con sus consideraciones generales.

¹⁶ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera Reimpresión De La Primera Edición, Bogotá, 2005. Pág. 95.

¹⁷ GIL Botero, Enrique, Responsabilidad Patrimonial del Estado por Actos Terroristas, En Revista Instituto Antioqueño de la Responsabilidad Civil y del Estado, No. 11, Medellín, 2001, Pág. 91-113.

La fuerza pública en nuestro Estado Social de Derecho¹⁸ está sujeta a restricciones, su poder se contrae a la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus libertades y su participación en los fines sociales del Estado y de los particulares. El uso del poder permanece bajo la vigilancia del pueblo, de la rama jurisdiccional y de la legislativa con el fin de que se oriente hacia objetivos que consulten el bien común.

Nuestra Constitución contiene disposiciones concretas, atinentes a las funciones a que está obligada la fuerza pública. Además advierte, en forma clara y expresa cuales son los deberes civiles y garantías sociales, a las ramas del poder público y a su propia estructuración¹⁹.

Sin embargo, la fuerza pública en un contexto social, económico y político como el colombiano, cuando no cumple el mandato constitucional de protección, sino que se convierte en un elemento de represión, se transforma en un agente causante por acción u omisión de daños antijurídicos a los administrados.

La imputación de responsabilidad patrimonial al Estado, es la consecuencia de un reconocimiento, en donde la ley y la jurisprudencia fundamentaron el marco teórico y conceptual, para la garantía de la víctima ante daños ocasionados por alguna autoridad del Estado, antes irresponsable, hoy con obligaciones de reparación condicionado a la prueba de unos elementos, que el demandante debe establecer de acuerdo al régimen aplicable.

En el ámbito latinoamericano, Colombia desde hace muchos años está sumergido en un conflicto armado interno en el cual se ha visto expuesto a constantes Actos

¹⁸ El artículo 2º de la C.P. establece: “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

¹⁹ SANCHEZ MARIÑO Hernando, La fuerza pública en el Estado de Derecho, Bogotá, 1973, Pág. 42.

Terroristas que han implicado por parte de la fuerza pública operaciones de Guerra, ante estos hechos se hace necesario asumir la tarea de diseñar y organizar los elementos de un sistema jurídico político que sirva de fundamento de la responsabilidad del Estado por daños ocasionados a las víctimas en virtud de operaciones de guerra de la fuerza pública en una estructura garantista de protección internacional de los Derechos Humanos. Esta tarea se ha abordado, tratando de explicar, en primer lugar, el contenido y el alcance de los dos elementos estructurales de dicha responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y su imputabilidad al Estado, y de precisar, en segundo lugar, la naturaleza del régimen de responsabilidad por actos terroristas y operaciones de guerra de la fuerza pública. Hasta hoy, sin embargo, la mayor parte del análisis ha estado referida a la solución de casos concretos, lo que dificulta la obtención de conclusiones definitivas, pero permite, de alguna manera, el estudio del problema.

Las consideraciones hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver casos concretos son las que han ido delineado un tratamiento aún muy bien definido, en relación con la Responsabilidad del Estado por operaciones de guerra.

Ahora bien, en algunos eventos, la imputabilidad podrá resultar del incumplimiento, por parte de la administración, de su deber de protección frente a los ciudadanos, como ocurre, por ejemplo, cuando uno de ellos se encuentra en situación de grave peligro, que aquélla conoce –sea que se le haya solicitado protección o que ésta debiera prestarse espontáneamente, dadas las circunstancias particulares del caso–; son estas las situaciones que obligan a evaluar el alcance del deber estatal.

En otros casos, la imputabilidad puede resultar, como se ha dicho, de la creación de un riesgo por parte del Estado, que se realiza, causando daño a un particular; es ésta la situación que se presenta, por ejemplo, cuando son atacadas

instalaciones o personas que deben ser protegidas por las autoridades de manera especial, o inmuebles donde tienen sede dependencias u organismos del Estado, que pueden ser considerados objetivos militares por parte de la subversión o de otros grupos al margen de la ley, de manera que su sola existencia puede poner en situación especial de riesgo a quienes se encuentran en los alrededores, por ser habitantes del sector donde se produce el atentado o por encontrarse fortuitamente en dicho lugar, quienes resultan sometidos a un sacrificio mayor al de los demás ciudadanos, no obstante que la presencia del Estado, por medio de oficinas, cuarteles, inspecciones, etc., o la acción de determinadas autoridades, se hace necesaria en beneficio de todos²⁰. La propuesta de investigación, consiste en:

1.1.- Formulación del Problema.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el planteamiento del problema que orientara esta investigación es el siguiente: ¿Cómo responde el Estado Colombiano ante las infracciones a los D.D.H.H. y al D.I.H. por operaciones de guerra?

1.2.- Sistematización del Problema.

De la pregunta problema se desprende las siguientes sub-preguntas que permitirán abordar el problema de investigación: 1. ¿Cuál ha sido la evolución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado?; 2. ¿Cuáles son los Regímenes de Responsabilidad Extracontractual del Estado o títulos de imputación de responsabilidad en una estructura garantista de protección internacional de los Derechos Humanos?; 3. ¿Cómo se ha desarrollado normativamente la responsabilidad por operaciones de guerra de la fuerza pública en el sistema

²⁰ RODRÍGUEZ Villamizar, Germán, Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano, manuscrito, 2007, Pág.13-14.

jurídico - político?; 4. ¿Cuál es la línea Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Responsabilidad por daños derivados de operaciones de guerra de la fuerza pública?; 5. ¿Cuál es el Daño Indemnizable en la responsabilidad patrimonial del Estado?; 6. ¿Qué debe entenderse por Operaciones Militares y Fuerza Pública? Y 7. ¿Cuáles son las causales de Exoneración del Estado en la Responsabilidad por Operaciones de Guerra de la fuerza pública?

1.3.- Objetivos de la Investigación.

Los objetivos de la investigación son:

1.3.1.- Objetivo General.

Elaborar un marco teórico de la responsabilidad del Estado Colombiano ante las infracciones a los D.D.H.H. y al D.I.H. por operaciones de guerra.

1.3.2.- Objetivos Específicos.

Estos son; Describir la evolución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado al abordar los títulos de imputación de responsabilidad en una estructura garantista de protección internacional de los Derechos Humanos; Identificar la línea Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia y delimitar los eventos en que se puede solicitar la reparación patrimonial por daños ocasionados por operaciones de guerra de la fuerza pública; Determinar la valoración del daño con fundamento en el régimen de responsabilidad aplicado; Determinar el concepto que se le ha dado a los términos Operaciones Militares, Fuerza Pública; Identificar las causales de exoneración del Estado en la Responsabilidad por Actos Terroristas y Operaciones de Guerra de la fuerza pública y Diseñar los elementos claves de un sistema jurídico – político de

protección de los D.D.H.H. y del D.I.H. por parte del Estado Colombiano ante operaciones de guerra.

1.4.- Justificación e Importancia de la Investigación.

La responsabilidad del Estado por operaciones de guerra como sistema de imputación en materia de responsabilidad administrativa, sigue siendo una expectativa de estudio y discusión en el desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial en el contexto Colombiano y Latinoamericano a pesar de la cláusula contenida en el artículo 90 constitucional. Lo anterior, debido a que esta fuente de responsabilidad, se encuentra limitada en la actualidad, a los actos, hechos y operaciones administrativas, tanto en el marco de la responsabilidad por falta, como de aquella donde no media la culpa; adicionalmente, se reconoce la responsabilidad de los operadores jurídicos por el error judicial, y desde el punto de vista administrativo, por el anormal o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Sin embargo, este sistema de imputación no se encuentra taxativamente discriminado en la norma constitucional, así como tampoco se ha evidenciado con claras luces en la Jurisprudencia interna y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tesis alguna que permita deducir claramente eventos en que se dan estos sistemas de imputación. En el contexto latinoamericano, Colombia por encontrarse en un conflicto armado interno enfrenta situaciones como: las desapariciones forzadas, el reclutamiento de menores de edad en la guerra y la muerte de personas protegidas por el DIH, que implican mayor responsabilidad del Estado con la protección de los derechos humanos, sin embargo la fuerza pública también se ha constituido en agente vulnerador de estos derechos debiendo responder igualmente por su violación²¹.

²¹ La persistencia del conflicto armado interno sigue afectando a la plena vigencia de los derechos humanos. Todas las partes del conflicto armado continuaron cometiendo infracciones al derecho internacional humanitario, especialmente los grupos guerrilleros. Esta situación se vio agravada por la violencia que generaron los grupos armados ilegales que surgieron del proceso de desmovilización de las organizaciones paramilitares y las disputas entre los distintos actores armados ilegales alrededor del control del narcotráfico.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de crear las condiciones necesarias para proteger y garantizar los derechos humanos consagrados en la convención americana de derechos humanos²².

1.5.- Delimitación de la Investigación.

Esta investigación está orientada a determinar la Responsabilidad del Estado Colombiano en virtud de operaciones de guerra de la fuerza pública en una estructura garantista de protección internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, a partir del Siglo XXI. En esta investigación en su aspecto jurídico se analizarán normas de aplicación internacional y será desarrollada en Colombia dentro del contexto latinoamericano.

1.6.- Viabilidad de la Investigación.

La información será recolectada a través del estudio de casos, fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunales Internos e Internacionales, marco jurídico y político del Estado Colombiano, datos estadísticos, análisis documental y de contenido; para lograr lo anterior nos servirá también de apoyo la información que nos brinda vía web las siguientes instituciones: El Ministerio Público a través de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, La Presidencia de la República, El Ministerio de Defensa Nacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los máximos tribunales Ordinarios y Constitucionales Colombianos entre otros.

²² Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 1.º de julio de 2006, Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia, serie C, No. 148, párr. 129.

1.7.- Estrategia Metodológica.

Este proyecto se circunscribe a una investigación de tipo descriptiva, estas investigaciones “buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis (Dankhe, 1986). Miden o evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar. Desde el punto de vista científico, describir es medir.”²³

1.8.- Diseño de la Investigación.

Esta investigación documental partirá de la descripción de los diferentes aspectos o elementos que involucran la Responsabilidad del Estado ante las infracciones a los D.D.H.H. y al D.I.H por las operaciones de guerra consultando las fuentes secundarias de las instituciones relacionadas con el tema en estudio, con el propósito de aportar a la construcción de un sistema jurídico – político de protección de los D.D.H.H. y del D.I.H. por parte del Estado Colombiano ante este tipo de operaciones.

1.9.- Técnicas para la recolección de datos.

El método teórico que utilizaremos para abordar el tema de estudio es el análisis y síntesis, es decir haremos una descomposición del objeto investigado en sus partes componentes y por ese camino obtendremos nuevos conocimientos. Como este tipo de investigación Cualitativa – Cuantitativa se apoya en fuentes secundarias y tercerías, la técnica de recolección de información es el análisis de contenido de textos conformados por las teorías y doctrinas sobre la Responsabilidad del Estado en bibliografías, la normatividad dentro del marco jurídico y político del Estado, así como la resolución de los casos y aplicación de la normatividad

²³ Hernández Sampieri, Roberto y otros. Metodología de la Investigación, Editorial McGraw-Hill, Cuarta Edición, Cap. 4. Definición del tipo de investigación a realizar: básicamente exploratoria, descriptivas, correlacionales o explicativas. Pág. 58.

internacional ante las infracciones a los Derechos Humanos en las operaciones de guerra.

1.10.- Procedimiento de la Investigación.

Determinado el problema jurídico y el objetivo que se pretende con la investigación, se procederá a documentar el tema de investigación con las bases teóricas y filosóficas que sustentan la Responsabilidad del Estado ante infracciones a los D.D.H.H. y D.I.H. por operaciones de guerra. A partir de la fuente anterior, deberán ser analizados comparativamente los principales Países de América Latina (México, Perú, Venezuela, Ecuador, salvador) y del Oriente Medio que han padecido como consecuencia de operaciones de guerra infracciones a los Derechos Humanos y al D.I.H. para conocer la intervención, políticas y Responsabilidad de esos Estados frente a ese fenómeno. A continuación se deberá analizar el marco jurídico y político del Estado Colombiano, así como la casuística de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Ordinarios y Constitucionales para establecer las herramientas, acciones, indemnizaciones, eximentes y tipo de responsabilidad que le cabe al Estado frente a las Operaciones de Guerra, con el fin de establecer un sistema jurídico – político de protección de los D.D.H.H. y del D.I.H. por parte del Estado Colombiano ante las infracciones derivadas de estas operaciones.

1.11.- Las operaciones de Guerra en el Conflicto Armado Colombiano.

El conflicto armado colombiano, ha trascendido el marco normativo interno ante violaciones a derechos humanos por desapariciones forzadas, la muerte de civiles imputados como dados de baja en batalla (falsos positivos) y demás actos con violación al DIH (masacres y desapariciones forzadas), en los cuales el Estado a través de la fuerza pública se ha convertido a pesar de su posición de garante de

la efectiva protección de los derechos, en agente responsable por daños antijurídicos derivados de sus actuaciones lícitas o ilícitas.²⁴

El máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha afirmado que en caso de que los derechos humanos sean quebrantados por el Estado a través de sus diferentes órganos, por acción o por omisión, las conductas infractoras constituyen *per se* un incumplimiento de las obligaciones que el Estado Colombiano asumió frente a la comunidad internacional y por tanto, pueden llegar a comprometer su responsabilidad, no solo en el ámbito interno, sino también a nivel internacional. Tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado Parte desde el 31 de julio de 1973 y que consagra la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos humanos consagrados en ella y en los demás instrumentos que la complementen, reformen o adicionen. La anterior óptica debe ser tomada en cuenta por el Juez de lo Contencioso Administrativo al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso en concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee²⁵.

2.- Conclusión.

La teoría del derecho natural constituye una determinada forma de la filosofía del Derecho, que se extiende históricamente desde los comienzos de la especulación occidental en Grecia hasta la crisis del pensamiento metafísico, ocasionada por el triunfo del positivismo a finales del siglo XVIII o comienzos del XIX. Durante todo ese inmenso lapso temporal los modelos epistemológicos determinantes

²⁴ Colombia es el tercer país más condenado de la región, por debajo de Perú y Guatemala. En total ha recibido 11 condenas. Las masacres y las desapariciones forzadas son los crímenes por los que más ha sido investigado y juzgado el Estado colombiano. Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿ideóloga o justiciera?, Ámbito Jurídico, Publicación de Legis, Colombia, 8 al 21 de agosto de 2011, En: Informe.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 16576.

estuvieron caracterizados por una nota común: su carácter metafísico o, lo que es lo mismo, la contemplación del ser como algo ideal, no reducible a los datos de la apariencia empírica proporcional. El carácter ideal del ser se manifestaba asimismo, ya en el terreno de la filosofía ética y jurídica, como una radical incapacidad para distinguir el mundo del ser del mundo del deber, esto es, la facticidad, tal y como posteriormente sería entendida por las ciencias empíricas y el valor. Para el pensamiento metafísico el ser (ideal) es no solo lo que es, sino también lo que debe ser²⁶.

3.- Bibliografía.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 16576.

García Pons, Enrique (1997). *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. J.M. BOSCH Editor. ISBN 84-7698-409-X.

Gil Botero, Enrique, Responsabilidad Patrimonial del Estado por Actos Terroristas, En Revista Instituto Antioqueño de la Responsabilidad Civil y del Estado, No. 11, Medellín, 2001, Pág. 91-113.

Hernández Sampieri, Roberto y otros. Metodología de la Investigación, Editorial McGraw-Hill, Cuarta Edición, Cap. 4. Definición del tipo de investigación a realizar: básicamente exploratoria, descriptivas, correlacionales o explicativas. Pág. 58.

Morchon Robles Gregorio, Introducción a la Teoría del Derecho, Editorial Debate, Madrid, 1993, Pág. 41.

²⁶ Morchon Robles Gregorio, Introducción a la Teoría del Derecho, Editorial Debate, Madrid, 1993, Pág. 41.

Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 1.º de julio de 2006, Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia, serie C, No. 148, párr. 129.

Periódico Ámbito Jurídico, Publicación de Legis, Colombia, 8 al 21 de agosto de 2011, En: Informe.

Rodríguez Villamizar, Germán, Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano, manuscrito, 2007, Pág.13-14.

Saavedra Becerra, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera Reimpresión De La Primera Edición, Bogotá, 2005. Pág. 95.

Sánchez Mariño Hernando, La fuerza pública en el Estado de Derecho, Bogotá, 1973, Pág. 42.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL POR EXCESO DE LA FUERZA PÚBLICA Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Por: Yhully Bell Gómez Zúñiga, Fermín Andrés Rambal Rosales²⁷ y Francisco Jiménez Martínez.

I.- Resumen. En el presente trabajo, lejos de realizar un extenso análisis histórico de la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado colombiano por el uso excesivo de la fuerza pública, intenta explicar y analizar el estado actual de la controversia referente a la posibilidad de considerar al daño especial como criterio de imputación válido para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos casos, evaluando los aciertos y las inconsistencias teóricas que presenta dicho régimen, como título de imputación para tales situaciones, con base en el concepto de daño antijurídico como fundamento Constitucional de la responsabilidad Estatal, y los fines sociales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Carta política, tales como el aseguramiento de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo, y la protección de la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia; confrontado con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se trata de una investigación eminentemente jurídica, de enfoque cualitativo, a nivel dogmático teórico. Hemos empleado un método bibliográfico de investigación, consistente en la recopilación, sistematización y análisis de la Jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado y a Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el uso excesivo de la fuerza, en los últimos años y en la literatura existente sobre la materia.

²⁷ Egresado del Programa de Derecho, participante del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica.

II.- Palabras Claves. Responsabilidad del Estado, Uso excesivo de la fuerza, Daño especial, Falla en el servicio, Riesgo excepcional.

III. - Abstract. In this work, far from making extensive historical analysis of the jurisprudential evolution of Colombian State responsible for excessive use of public force, attempts to explain and analyze the current state of the dispute regarding the possibility for the special damage imputation valid criterion for determining the liability of the State in these cases, assessing the strengths and theoretical inconsistencies that presents the scheme, as evidence of attribution for such situations, based on the concept of unlawful damage as a Constitutional basis for liability State, and the social purposes of the State enshrined in Article 2, of the Constitution, such as ensuring peaceful coexistence, the enforcement of a just order and the protection of life, honor, property and other rights and freedoms of persons residing in Colombia; confronted with the Inter-American System of Human Rights. This is an eminently legal research, qualitative approach, dogmatic theoretical level. We employed a literature research method, involving the collection, organization and analysis of jurisprudence issued by the State Council and Inter-American Court of Human Rights on the excessive use of force in recent years and in the literature on the matter.

IV. - Key Word. State responsibility, Excessive use of the police force, Special damage, Service failure y exceptional risk.

1.- Introducción.

El Estado como el producto de la relación de los factores reales de poder, solo puede ser entendido a partir de la naturaleza del poder en cada época de la historia; pues toda sociedad humana para existir, necesita organizarse política y económicamente. Según sea esta organización política y económica así será la

organización social y jurídica.²⁸ En general el derecho occidental tiene una concepción institucional del poder, el cual se enmarca históricamente, con la consagración del Estado Liberal resultado de la victoria de Oliverio Cromwell en Inglaterra (1649), el surgimiento de los Estados Unidos (1783) y la Revolución Francesa (1789).²⁹ Dicha concepción distingue al poder de la persona que lo desempeña, y a su vez, fracciona el poder en partes para que cada una de estas se vigilen entre sí. Se crean de esta manera, los órganos de poder del Estado que materializan las partes fraccionadas del poder. En esta etapa, las instituciones permanecen, pero las personas encargadas de desempeñar las funciones son transitorias, se habla entonces de las ramas del poder público.

En los esquemas institucionalizados de Estado, todo está subordinado a normas jurídicas, y esas normas constituyen el Derecho Constitucional. Por eso, las teorías liberales hablan de un poder reglado, que se caracteriza porque la Constitución y las leyes establecen la competencia jurídico-administrativa. Cada uno sólo puede hacer aquello que les está expresamente permitido, desde esta perspectiva se ha estimado la actividad de policía, como competencia para la ejecución material y reglada de la fuerza, diferenciándola del poder y de la función de policía.

Sin embargo, como hemos visto a lo largo de la historia de Colombia la fuerza pública, en no pocos eventos abusa del poder, abusa de la posición privilegiada que al estilo espartano le ha dado la sociedad a los miembros de la policía nacional; basta recordar recientes masacres, falso positivos y los innumerables casos de corrupción que va de los generales de tres soles, hasta los patrulleros.

²⁸ Álvarez Raquel, Giacalone Rita y Sandoval Juan Manuel. Globalización, Integración y Fronteras en América Latina. Obra suministrada por la Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. 2011.

²⁹ García V, Mauricio, Jaramillo P., Juan, Rodríguez V., Andrés Abel y Uprimny, Rodrigo. El Derecho frente al poder. Universidad Nacional de Colombia. 2012.

Por lo anterior, uno de los temas más controversiales que se ha desarrollado en el seno de la doctrina y de la jurisprudencia administrativa en los últimos años, es la de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, y de manera muy especial, la responsabilidad antes los daños ocasionados por los actos de uso excesivo de la fuerza pública. Cabe destacar en este artículo científico que las vicisitudes que ha padecido nuestro país a lo largo de su historia, como la creación de distintos grupos de guerrillas urbana y rurales; la organización de poderosas bandas delincuenciales relacionadas con el tráfico de drogas y la existencia de organizaciones paralelas a las oficiales o insurgente, que tienen como fin último la defensa del sistema político vigente; han sido factores determinante en la construcción de una teoría jurídica, que sustente la responsabilidad patrimonial del Estado con ocasión de tales actividades delictivas; y explican en gran medida la riqueza jurisprudencial existente en comparación con otros países del hemisferio, que si bien también han padecido el flagelo del terrorismo, en ellos no ha sido de manera tan aguda y duradera como si ha ocurrido en el territorio colombiano, lo que ha ocasionado una desproporción en el uso de la fuerza por la sola sospecha, o por la simple satisfacción sádica de deseos agresivos particulares, de los miembros de la fuerza pública.

Sin embargo, podemos mencionar que en cuanto a la materia se refiere, el Consejo de Estado no ha podido consolidar una verdadera línea jurisprudencial, sino que su posición, ha oscilado en tomar distintos criterios de imputación como instrumentos para alcanzar la materialización de la indemnización de las víctimas del uso excesivo de la fuerza pública. Es así como en varias ocasiones ha acudido al sistema de responsabilidad más tradicional, denominado falla en el servicio, que hace acotación al quebrantamiento de un contenido obligacional en cabeza de la administración; o al riesgo excepcional que tiene lugar cuando se tienen que indemnizar daños producto de una situación con la cual se ha generado un riesgo; y finalmente, también ha hecho uso de la teoría del daño especial, basada en los

principios de equidad y solidaridad, y cuyo principal fundamento es el rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas.

En el presente trabajo, lejos de realizar un extenso análisis histórico de la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado colombiano por actos de uso excesivo de la fuerza pública, nos limitaremos a explicar y analizar el estado actual de la controversia referente a la posibilidad de considerar al daño especial como criterio de imputación válido para determinar la responsabilidad patrimonial en estos casos, para lo cual se hará alusión a las providencias más recientes que se han dictado sobre la temática y a lo que ha dicho la doctrina nacional sobre el asunto y nos remitiremos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se trata este de un breve artículo de carácter científico cuyo objetivo consiste en establecer los criterios empleados por la jurisprudencia nacional del Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para declarar la responsabilidad del Estado por uso excesivo de la fuerza pública, a partir de los regímenes tradicionales de imputación. Se trata de una investigación eminentemente jurídica, con un enfoque cualitativo, a nivel dogmático teórico; por lo que se ha empleado un método bibliográfico de investigación, consistente en la recopilación, sistematización y análisis de la Jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado en los últimos años (básicamente en el periodo comprendido entre los años 2000 y 2013), y de la literatura existente sobre la materia.

1.1.- Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado.

Tradicionalmente la responsabilidad, entendida genéricamente, ha tenido como piedra angular el elemento subjetivo de la culpa; la negligencia, la imprudencia o la impericia, parten de un juicio de reproche en relación con el comportamiento del agente, el cual justifica que se le atribuya el resultado dañoso que con su conducta

generó.³⁰ Se conoce esta clase de responsabilidad como subjetiva, por oposición a la objetiva, conforme a la cual basta la demostración de que existe un daño antijurídico causado por la acción u omisión del agente, para que pueda atribuirse el daño a este último, sin entrar a analizar si hubo o no un comportamiento culposo de su parte.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia estableció: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”*,³¹ lo cual es a todas luces un reconocimiento expreso de que el estado como institución puede fallar y causar un daño, que debe ser resarcido. La responsabilidad estatal, en ese sentido, encontró justificación en la figura de la falla del servicio,³² la cual parte del no funcionamiento de un servicio público o de su funcionamiento indebido o retardado, que genera un daño a un particular en nuestro caso nos referiremos primero a los daños causados por la fuerza pública en ejercicio de sus funciones. Pero, poco a poco, se han abierto senderos para que se declare la responsabilidad de la administración, sin que sea relevante la calificación subjetiva de su conducta. Así, se comenzó a hablar de los regímenes objetivos de responsabilidad estatal tales como el riesgo excepcional y el daño especial que es, en concreto, el objeto de este escrito.

³⁰ Diazgranado Mesa Santiago. Responsabilidad del Estado por Daño Especial. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2001

³¹ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2012.

³² Meneses Mosquera Paola Andrea y Palacio Jaramillo Cornelia. Evolución Jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de seguridad ciudadana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2000.

La idea básica en la que se funda la responsabilidad del estado, es en la sencilla y fundamental idea del “*neminem laedere*”³³ propuesto por los romanos como uno de los principales principios jurídicos, el cual desde cualquier punto de vista debe ser piedra angular de la convivencia humana en cualquier sociedad como explicamos antes.

En un comienzo primitivo se había encontrado la fórmula para aplicar este principio inserto en el código de Hammurabi³⁴ consistente en la ley del Talión³⁵, la cual fue si bien equitativa, también fue cruel e inútil; y al mismo tiempo el primer paso para superar la etapa salvaje del sistema de venganza privada que usualmente venía aplicándose en el mundo antiguo.

Observamos entonces como la responsabilidad nace en el plano individual (Responsabilidad Civil), pero la Responsabilidad del Estado constituye sin lugar a dudas una lucha aun mayor, por tanto un verdadero logro marcadamente tardío. Tradicionalmente se ha dicho de modo casi unánime, que ese reconocimiento ocurrió por primera vez el 8 de febrero de 1873, en Francia, con ocasión del célebre fallo Blanco en el que el Tribunal de Conflictos, recogiendo los planteamientos del comisario de gobierno David, declaró que “*La responsabilidad que puede incumbirle al estado por los daños causados a los particulares como consecuencia de los hechos de las personas que emplea para el servicio público no puede estar regida por los principios establecidos en el Código de Civil para las relaciones entre particulares; que esta responsabilidad no es general ni es ni es absoluta; que ella se sujeta a unas reglas especiales que varían según los requerimientos del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con*

³³ No debe Causarse daño a nadie.

³⁴ Al parecer promulgado en el año 40 del reinado de Hammurabi en Babilonia.

³⁵ Artículo 196 y ss. del Código de Hammurabi, que forma parte del capítulo XII, relativo a las lesiones personales.

*los Derechos particulares, y que por ende, (...) la justicia administrativa es la única competente para conocer el caso (...)*³⁶ y ³⁷

Sin embargo, hace unos años, el investigador y autor colombiano Juan Carlos Henao Pérez rastreando nuestra jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado, encontró que casi diez años antes del fallo Blanco, la entonces Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, en sentencia del 7 de diciembre de 1864, había admitido ya la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso de una demanda formulada por el dueño de un inmueble que habiendo sido ocupado por el ejército para usarlo como parque de artillería, resulto destruido por un incendio, al decir: “1º-) *Que si el parque del Gobierno no hubiera estado en la casa del señor Núñez, en virtud de la expropiación, dicha casa no hubiera sido destruida por el incendio de expresado parque y 2º.-) Que si el hecho del incendio del parque fue fortuito, y por consiguiente, nadie tuvo la culpa, habiendo sido expropiada la casa por las autoridades federales en ocasión muy oportuna para el servicio público del gobierno de responder por dicha propiedad.*”³⁸ Las anteriores son sin duda alguna los antecedentes jurisprudenciales más relevantes para la Responsabilidad del Estado, y como hemos podido observar el estado respondió primero por los actos cometidos por la fuerza pública, pero en especial se supera con esto el postulado inglés de que “El rey no puede hacer daño”.³⁹ Y

³⁶ Cita de Marceu Lon, Prosper Weil y Guy Braibant *les granda arrêts de la jurisprudence administrative*. 8ª edición. Sirey. Paris, 1984 p.5. (traducción de Juan Carlos Esguerra Portocarrero) Esguerra Portocarrero Juan Carlos; La Protección Constitucional del Ciudadano; Legis Editores S.A. 2010.

³⁷ Fue la resolución a una demanda instaurada por el señor Juan Blanco, que reclamaba una indemnización por parte del estado a causa de que unos funcionarios suyos que por imprudencia habían permitido que una vagoneta rodara causándole la amputación de uno de los miembros inferiores a su menor hija Agnés Blanco. Este fue expedido por el tribunal de conflictos, que tenía la función de dirimir los conflictos de competencia entre el consejo de estado y la jurisdicción ordinaria.

³⁸ Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial. Año 2º. Bogotá, martes 3 de enero de 1865. No 213, p. 2; citada por Juan Carlos Henao Pérez en La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia.- Evolución Jurisprudencia. Tomo I. Volumen 2, P. 641. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991.

³⁹ *Ibidem*.

empieza una nueva era académica de tratar el daño como elemento esencial de la responsabilidad.

1.1.1.- Regímenes De Responsabilidad Del Estado En Colombia.

Al hacer el análisis del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia,⁴⁰ se observan la existencia de dos regímenes de responsabilidad, a saber: Responsabilidad subjetiva y Responsabilidad objetiva. Antes de entrar a analizar los dos sistemas de responsabilidad mencionados, estudiaremos los elementos que estructuran la responsabilidad:

- Hecho Dañino: Reconocido por la doctrina y la jurisprudencia en general como “*actuación de la administración*”,⁴¹ pues se entiende que es la administración a través de sus actos, hechos, operaciones u omisiones, la que ocasiona la vulneración, de ahí que lo que se analiza sea la respuesta de esta frente a sus actos. Cabe resaltar que no todas las actuaciones, hechos, operaciones u omisiones del aparato Estatal le serán reprochables, al respecto dice el doctor Libardo Rodríguez: “*para que surja la obligación de reparar el daño, se requiere, en principio, que la actuación pueda calificarse en alguna forma irregular. En efecto, existen muños daños causados por la administración que son completamente normales y que no pueden ser reprochables*”⁴²
- Daño o Perjuicio: Es considerado como la lesión al derecho patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar. En resumen es el menoscabo a los derechos del administrado con ocasión de la actividad de la administración. Cabe resaltar que el desarrollo de la jurisprudencia ha permitido que el daño contemple un espectro más amplio,

⁴⁰ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

⁴¹ Rodríguez R. Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. 18 Edición. Editorial Temis. 2013.

⁴² *Ibíd.*

daño material (daño emergente y lucro cesante), daño moral y daño fisiológico.⁴³ No sólo se exige la producción del daño por parte de la administración, si no que se exige la presencia de los siguientes requisitos:

- ✚ Que sea cierto o real, es decir, que efectivamente se haya producido una lesión.
 - ✚ Que sea especial, que sea particular a la persona que solicita la reparación y no a la generalidad de los miembros de la colectividad.
 - ✚ Que sea anormal, que sobrepase los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio.
 - ✚ Que se refiera a una situación jurídicamente protegida, pues no puede solicitar reparación quien se encuentra en el desarrollo de una actividad antijurídica.
- Nexo causal: Se entiende por tal el vínculo entre la actuación atribuida al Estado y el daño efectivamente causado, en otras palabras, el hecho debe ser causa del daño.

Ahora veamos, a la luz del artículo 90 de la Constitución Nacional,⁴⁴ los regímenes aplicables a la responsabilidad extracontractual del Estado.

1.1.2.- Responsabilidad Subjetiva: Falla, falta o culpa del servicio.

Con fundamento en la teoría de la falla del servicio se juzgan todos aquellos eventos en los cuales el servicio no funciona, funciona mal o lo hace tardíamente por culpa imputable a una autoridad pública en concreto o por culpa anónima. En algunos supuestos esa culpa se presume, y por ello se habla de falta o falla presunta del servicio, por lo cual, se aminora la carga de la prueba para el

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

lesionado; en otros caso la falta o falla es probada por lo cual se entiende que es la parte interesada en la reparación del daño quien tiene la carga de probar de forma satisfactoria la totalidad de los elementos descritos para poder deducir la responsabilidad del Estado, es decir la carga de la prueba es mayor para quien la alega.

1.1.2.1.- Responsabilidad Objetiva.

Este sistema contempla toda la problemática de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, cuando en razón de las acciones u omisiones de sus agentes sin considerar la ilicitud de la conducta pero si la ilegalidad del daño ocasionado, aquel debe asumir las consecuencias del mismo. De esta forma, la causa puede ser lícita y el daño seguir siendo antijurídico, toda vez que lo que se califica como antijurídico es el daño y no la causa, importa más reparar el daño causado que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa, si no en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular.⁴⁵

El régimen de responsabilidad objetiva tiene como columna vertebral el concepto de daño antijurídico, referido a los siguientes conceptos:

- ✚ Presunción de responsabilidad: aplicable a los daños ocasionados con cosas o actividades peligrosas.
- ✚ Riesgo excepcional: determina la responsabilidad estatal cuando en la prestación de un servicio emplea medios o recursos que someten a peligros excepcionales a la comunidad o a los bienes de sus integrantes.
- ✚ Trabajos por trabajos públicos a cargo del Estado: Hace referencia a los daños causados a una propiedad particular o por la ocupación de ella, con ocasión de

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección 3. Sentencia 6784 de Noviembre 22 de 1991. MP. Julio Cesar Uribe Acosta.

un trabajo público. En este caso *“La doctrina y la jurisprudencia han entendido que en este caso basta que se demuestre el derecho de dominio sobre el bien y los daños ocasionados como consecuencia de las ordenes y providencias administrativas”*⁴⁶.

El Código Contencioso Administrativo no consagró, como lo hacía el anterior Código, normas especiales para las indemnizaciones resultantes de los trabajos públicos; sin embargo la jurisprudencia, en virtud de la naturaleza de esta responsabilidad continuó aplicando, en casos específicos, los principios que rigen esta responsabilidad, diciendo que los daños producidos con ocasión de trabajos públicos, constituyen un típico caso de daños antijurídicos que los propietarios no están obligados a soportar, aunque sea legítima la actuación de la administración.

1.1.2.2.- El Daño Especial.

Compromete la responsabilidad estatal a pesar de que es causado en desarrollo de una actividad ajustada al ordenamiento legal, pero que rompe el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Según este principio, cuando un administrado soporta las cargas que deben recaer sobre los demás, nada puede reclamar el Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar. Sobre este ahondaremos más adelante en un capítulo especial por la importancia para el tema central en este trabajo; por ejemplo, la Expropiación u ocupación de inmuebles en tiempo de guerra, que se fundamenta en el artículo 59 de la Constitución Política⁴⁷ actual, y es un caso de responsabilidad objetiva, ya que basta demostrar el título con que

⁴⁶ Rodríguez R. Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. 18 Edición. Editorial Temis. 2013.

⁴⁷ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

se reclama y la expropiación u ocupación, para que proceda la indemnización correspondiente, sin que valgan causas exonerativas de la responsabilidad estatal.

- Almacenaje de mercancías: este tipo de responsabilidad, hace referencia a la responsabilidad del Estado, con respecto a los daños ocasionados a mercancías almacenadas en bodegas oficiales, excepto por pérdidas o daños por fuerza mayor, deterioro, etc.

1.1.3.- Regímenes Especiales.

Además de las dos grandes categorías en que la jurisprudencia del consejo de Estado ha dividido la responsabilidad del Estado, existen en la doctrina algunos regímenes especiales, de los cuales vale la pena destacar los siguientes:

- **Daños causados por el acto administrativo unilateral e ilegal:** con la expedición del C.C.A. de 1941, en incluso antes del, se puso en manifiesto la importancia de establecer la causa o fuente del daño que se reclama, para efectos de determinar con exactitud la acción idónea para satisfacer dicho propósito. La expedición de un acto administrativo ilegal es una manifestación de mal funcionamiento del servicio, pero esta situación no se ha incorporado al régimen de falta o falla en el servicio, porque si en realidad es verdad que la ilicitud del acto es la premisa que finalmente conduce a la reparación del daño causado por este medio.
- ***Actio in rem verso*:** de esta manera se ha denominado la acción procedente en los casos en que el juez da aplicación al principio del no enriquecimiento sin causa.

1.1.3.1.- Concepto y Características del Daño Especial.

La teoría del daño especial obedece a uno de los criterios de imputación existentes referentes a la responsabilidad del Estado. Bajo este régimen se

prescinden de toda noción de culpa; y encuentra justificación en el hecho de que en ciertos casos durante el desarrollo de actuaciones administrativas, a pesar de la inexistencia de una falla en el servicio, eventualmente un particular puede haber sufrido un daño. Este régimen fue aplicado por primera vez en el año 1947, en la histórica demanda del diario el Siglo S.A. contra la Nación, en virtud del cerco policial y la suspensión de servicios de que habían sido objeto las instalaciones del rotativo durante 27 días, con el fin de impedir que una multitud destrozara la maquinaria del periódico ⁴⁸

El Consejo de Estado ha llegado afirmar que *“La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial, tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas.”* ⁴⁹

El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas es producto de una visión contractualista del Estado, que obedece al hecho de que cuando los individuos decidimos organizarnos como sociedad civil asumimos la responsabilidad de cumplir de forma equitativa con una serie de cargas, como por ejemplo soportar cierto límite a nuestras libertades individuales. Ahora el Estado en ejercicio legítimo de sus funciones impone por igual una serie de obligaciones a los asociados, como es el hecho de pagar impuestos, lo cual es comprendido como una actividad normal que tiene como fin el mantenimiento de éste y consecuentemente el provecho de todos los asociados. Ahora, el problema se presenta cuando a una persona se le impone una carga superior, pues si bien existiría una buena justificación para ello, colateralmente se estaría irrogando un

⁴⁸ Botero, Gil. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Cuarta Edición, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2010.

⁴⁹ Sección Tercera, Sentencia del 2 de octubre de 2008. Expediente 00605-02(AG) M.P. Myriam Guerrero De Escobar.

daño a esa persona, por lo que si no llega resarcirse, de tal manera que se recupere el equilibrio establecido, se estaría generando una situación injusta respecto a ese individuo.

El alto tribunal ha reiterado que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas, no es una institución nueva dentro de nuestro ordenamiento, puesto que desde antes de 1991 la jurisprudencia y la doctrina en muchas oportunidades habían hecho alusión al mismo. Lo que pasa es con el art. 13 de nuestra nueva Constitución,⁵⁰ éste adquiere un matiz especial, cuando prescribe que: *“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 ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”*⁵¹

El daño especial se caracteriza, por prescindir de toda noción de culpa o de conducta ilícita del agente, tal como habíamos anotado; de igual manera, se fundamenta en la incidencia del daño que objetivamente ha soportado el particular de manera individual o personal, dado que sus congéneres, o, por lo menos, un grueso número de ellos no ha padecido igual deterioro en los bienes que integran su patrimonio; y, el proceder o conducta de la Administración, como ha quedado vislumbrado, es a todas luces lícito y hasta loable. El Consejo de Estado ha atinado a decir que esta figura, difiere ostensiblemente de la tradicional *"falta o falla en el servicio"*, ya que desde luego no puede enrostrársele a la Administración deficiencia, equivocación u omisión en los quehaceres que le competen.⁵²

⁵⁰ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

⁵¹ *Ibídem*.

⁵² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 2008. Expediente 00605-02(AG) M.P. Myriam Guerrero De Escobar.

Asimismo, para poder hablar del daño especial, de acuerdo a la justicia contencioso administrativa en Colombia, es indispensable la existencia de una de requisitos, tales como:

- a. -) Que se desarrolle una actividad legítima de la Administración;
- b.-) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- c. -) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d.-) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados;
- e. -) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la Administración y el daño causado; y
- f.-) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración”.⁵³

Sobre tales requisitos podemos hacer ciertas anotaciones. En primer lugar, con relación a que se debe tratar de una actividad legítima de la administración, podemos establecer que encuentra sentido en el hecho de que si nos refiriéramos a una actividad ilegítima, irremediablemente tendríamos que acudir al concepto de la falla del servicio. En segundo lugar, respecto que la actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una o varias personas cuyo origen se remonta al rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, no merece mayor explicación a las anotadas en los párrafos anteriores. Ahora, el problema recae específicamente es en el hecho de que la jurisprudencia exige que el daño acaecido debe ser grave y especial; pues cómo podríamos determinar ¿cuándo un daño puede ser considerado grave?, ya que lo que puede ser considerado grave para una persona, eventualmente no podría

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, exp. 6453, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

serlo para otra, entonces, estaríamos ubicándonos en el plano de lo subjetivo, lo que llevaría a concluir que la determinación del daño especial en el fondo está sometida al discrecionalidad judicial.

Por otro lado, es indispensable la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad legítima de la Administración y el daño causado, ya que en el fondo es precisamente la existencia de este elemento la que va a determinar la imputación al Estado la responsabilidad por el daño causado. Finalmente, sobre el último requisito mencionado, referente a que el caso concreto no pueda ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración, considero que éste es el más criticable de todos, toda vez que le establece un carácter subsidiario a dicho régimen de responsabilidad. En este orden de ideas, para el Consejo de Estado el daño especial es aplicable en la medida en que el problema planteado no sea posible dirimirlo bajo el título de la falla del servicio o del riesgo excepcional. Posición que resulta discutible, puesto que el carácter especial de este régimen no implica *per sé* que el mismo sea subsidiario. Consideramos particularmente que cada régimen de responsabilidad es independiente entre sí, a pesar de que algunos de ellos sean excepcionales.

Exigir que el sentenciador al momento de resolver el caso concreto acuda al daño especial solamente cuando no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad es exponer al operador judicial a un desgaste innecesario. La jurisprudencia lo que debe hacer es establecer bajo que circunstancia debe operar el daño especial y bajo cuáles no. Es claro que para determinar la existencia de falla del servicio es necesario que el juez califique además de los mismos elementos para el daño especial, la existencia de culpa por parte del Administración pública; entonces, ¿para qué exigirle al juez que verifique la existencia de una falla del servicio cuando en ese mismo caso también puede resolver fallando con base en el daño especial?; en tal sentido sería mejor simplemente verificar la existencia de los elementos del daño especial y fallar

aplicando dicho régimen. Además, establecer que el daño especial es de carácter subsidiario también implica desde el punto de vista práctico exigirle a la víctima del daño sufrido un mayor esfuerzo en su actividad procesal, lo cual resulta innecesario y más gravoso a la situación de vulnerabilidad causada por el daño sufrido, pues el Consejo de Estado le estaría diciendo a la víctima en pocas palabras: usted preocúpese primero por probar la falla en el servicio, que si no logra hacerlo nosotros le aplicamos el daño especial.

Ejemplos claros en donde el Consejo de Estado aplica el criterio de la falla en el servicio pudiendo haber fallado, a su juicio, también con base al daño especial es la sentencia de 4 de julio de 1997, expediente 10.098, ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque,⁵⁴ en la cual la sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa al resolver algunos casos relacionados con el acto terrorista perpetrado el 6 de diciembre de 1989 contra las instalaciones del DAS, en Bogotá, no obstante proferir las sentencias con fundamento en la falla del servicio, hizo la siguiente reflexión: *“De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que la administración incurrió en falla del servicio público de vigilancia y seguridad y que si bien el servicio funcionó, lo hizo en forma defectuosa, lo cual compromete su responsabilidad. No obstante la conclusión precedente, encuentra la Sala que podría declararse igualmente la responsabilidad administrativa del Estado aún si no existiera en el acervo probatorio evidencia de la negligencia y omisión de la entidad demandada en el cumplimiento de sus funciones, con fundamento en la teoría de la responsabilidad por daño especial.”*

En efecto, aún si el obrar del centro jurídico de imputación demandado hubiese sido diligente y cuidadoso en el cumplimiento de las órdenes acerca de las medidas de protección y seguridad impartidas por sus superiores, la entidad pública debe responder patrimonialmente con base en los principios de equidad,

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa. Sentencia de 4 de julio de 1997. Expediente 10.098. Ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque.

solidaridad social y el de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas como fundamentos mediatos de responsabilidad, porque una persona o un grupo de ellas no tiene por qué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional frente a las fuerzas desestabilizadoras de ese orden.⁵⁵

Este tipo de planteamientos atentan contra la seguridad jurídica y son muestras claras del nivel de incertidumbre que actualmente existe sobre la materia, además se pone en una situación engorrosa a las víctimas de dichos atentados pues los coloca en un dilema al momento de presentar su demanda ya que no sabrían a ciencia cierta a que criterio de imputación acudir. No es suficiente con que se den los requisitos anteriormente expuestos, ya que si no se verifica la existencia de un perfecto vínculo causal entre la actividad estatal y el daño causado al asociado, no podrá determinarse una responsabilidad por parte de este. Es decir la administración será exonerada de toda responsabilidad en la medida que el afectado no logre acreditar este nexo causal, requisito sine qua non para la configuración de la responsabilidad y la posterior indemnización. Habrá exoneración del estado en los siguientes casos:

- ✚ Rompimiento del nexo causal.
- ✚ Fuerza mayor.
- ✚ Hecho de un tercero.
- ✚ Culpa exclusiva de la víctima.
- ✚ Inexistencia de un daño antijurídico.

En el normal transcurso de la vida en sociedad, le corresponde a cada asociado asumir ciertas cargas derivadas del mismo desarrollo normal de las actividades, las cuales no generan responsabilidad de parte del estado pues no suponen una situación gravosa o discriminatoria del individuo.

⁵⁵ Ibídem.

Puede pasar que en el discurrir de esa dinámica social se produzcan eventos que entrañen un detrimento del derecho a la igualdad de los asociados, y que se le imponga una carga más allá de la que está llamado a soportar, cabe aclarar que este daño debe ser producido por la actividad estatal para que le pueda ser imputado el resultado dañoso.

Ese resultado se materializa en un daño grave y desproporcionado, que deberá ser restablecido mediante una indemnización por parte del estado, siempre que se configuren los requisitos antes mencionados, pero sobre todo que se demuestre que el daño fue consecuencia directa de la acción u omisión del estado.

Es de vital importancia, hacer énfasis en que lo relevante para determinar la responsabilidad, no es lo subjetivo de la acción del estado si no el resultado dañoso objetivamente ocasionado a la víctima.

1.2.- Falla del servicio por exceso de la fuerza pública en Colombia y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre la falla del servicio por exceso de la fuerza pública en Colombia, encontramos la muy famosa sentencia de por el Caso Santo Domingo, en torno al presunto bombardeo a la vereda de Santo Domingo en Tame en el Departamento de Arauca, el 13 de diciembre de 1998 en el cual por un lado, los testimonios de pobladores de Santo Domingo señalan que el dispositivo cluster AN-M1A2⁵⁶ fue lanzado sobre la zona urbana de la vereda de Santo Domingo⁹⁵. Dicha hipótesis se sustentaría además en el dictamen de inspección y estudio de balística y explosivos de la Fiscalía General de la Nación, según la cual luego de comparar algunos de los fragmentos recuperados en inspecciones judiciales a Santo Domingo y en las necropsias de algunas de las víctimas de las explosiones del 13

⁵⁶ . Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de 18 de junio de 2012, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/>.

de diciembre de 1998, con las piezas constitutivas de las bombas AN–M1A2 del dispositivo clúster se observó compatibilidad y correspondencia de su morfología y dimensiones entre los mismos, específicamente con el cordón o anillos de hierro que recubren longitudinalmente el cuerpo de este tipo de bombas. Igualmente otros fragmentos de constitución de aluminio y latón recuperados en el sitio de los hechos [...] corresponden a la cabeza o nariz de la espoleta AN–M1A2 [...]”⁵⁷. Esa hipótesis se sustentaría también en las conclusiones de la sentencia del Juzgado Doce Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C, en la cual se declaró responsable a los pilotos del helicóptero UH1H 4407 de la FAC⁵⁸, la que fuera confirmada por el tribunal Superior Distrito judicial de Bogotá⁵⁹, y en las providencias en el fuero contencioso administrativo que se refiere integralmente a lo actuado en sede penal⁶⁰. Del mismo modo, el proceso disciplinario arrojó los mismos resultados y sancionó a los imputados por los hechos de Santo Domingo

Nos preguntamos ahora, ¿tratándose de la fuerza pública podríamos presumir el daño en forma objetiva?; como decíamos al principio la fuerza pública es en sí misma la materialización del poder coercitivo del estado, por ello el uso de la fuerza es su deber, pero, es claro que el uso excesivo de las atribuciones otorgadas por la constitución y las normas pertinentes constituyen siempre un uso arbitrario que causa un daño. El deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de

⁵⁷ Inspección y estudio de balística y explosivos, ampliación del dictamen, misión de trabajo BA-0066/2000, 28 de abril de 2000. Investigación N. 419 UNDH, Fiscalía General de la Nación (expediente de prueba, tomo 19, folio 9689 a 9691; tomo 2, folio 603 a 607).

⁵⁸ Juzgado Doce Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C. con funciones de Ley 600 de 2000, Sentencia de Primera Instancia, Radicado 2005-102, 24 de septiembre de 2009 (expediente de prueba, tomo 2, folios 300 y ss.).

⁵⁹ Tribunal Superior Distrito judicial de Bogotá, Sala Penal, sentencia de 15 de junio de 2011, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, MP: Luis Mariano Rodríguez Roa (expediente de prueba, tomo 16, folios 8414 y ss.; 10717 y ss.).

⁶⁰ Sentencia 19 de noviembre de 2008, Sección Tercera, Consejo de Estado, Mario Galvis Gelves y otros, radicación No 07001-23-31-0002000-0348-01, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra (expediente de prueba, tomo 3, folios 1046 a 1127), y Sentencia del 20 de mayo de 2004 el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca. Acción de Reparación Directa (expediente de prueba, tomo 20, folio 10233 a 10234).

personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida. En términos funcionalistas, se tiene que el Estado, como estructura en cabeza de la cual se radica el poder político y público y, por consiguiente, el monopolio de la fuerza armada, no sólo está obligado a precaver el delito sino también a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concreten por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido en los artículos 2 y 218 de la Carta Política.⁶¹ No se trata de deberes y obligaciones de medios, la perspectiva es diferente, es lo que en la doctrina constitucional contemporánea se denominan obligaciones jurídicas superiores.

En términos generales, la jurisprudencia del consejo de estado acepta la causación de un daño y declara la responsabilidad patrimonial del estado cuando este se prueba, sin embargo como decíamos anteriormente lo hace por daño especial o por falla en el servicio, imponiéndole cargas probatorias innecesarias a quien se ve afectado por el daño, causado por el uso excesivo de la fuerza pública.

En relación con los parámetros en el uso de la fuerza estatal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado⁶²: *“74. El artículo 4.1 de la Convención estipula que “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. La expresión “arbitrariamente” excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte. Pero, en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en*

⁶¹ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sentencia Caso Neira Alegria y otros vs. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna.

“(…)

“Como se desprende de los anteriores planteamientos, el uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de salvar una vida humana se establece como un criterio de ultima ratio, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión. No debe perderse de vista que el artículo 2 de la Carta Política asigna en cabeza de las autoridades públicas la protección genérica de la vida, honra y bienes de todos los asociados, inclusive frente a aquellos que pueden ser catalogados como delincuentes.”⁶³

“Así las cosas, cuando se infringe este deber de usar la fuerza guiado por los principios de necesidad y proporcionalidad y si la conducta es atribuible a un agente del Estado en ejercicio de sus funciones se compromete la responsabilidad patrimonial de este último frente a las eventuales víctimas, por uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado.”⁶⁴

El anterior discurso, nos muestra como frente al uso desproporcionado o excesivo de la fuerza por los miembros de la policía nacional o el ejército (incluida la Fuerza Pública) debe ser probado por quien se ve afectado, que en la mayoría de los casos son los familiares de las víctimas directas, por lo que en la gran mayoría de los casos fracasan las aspiraciones de declaraciones de responsabilidad.

Basta revisar los diarios matutinos, para darse cuenta que en la gran mayoría de los casos de abuso de autoridad, masacres y crímenes cometidos por los

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 26 de mayo de 2010, expediente 18.888. C.P. Enrique Gil Botero.

⁶⁴ Consejo de Estado del veintidós (22) de junio de dos mil once (2011) Radicado número: 05001-23-25-000-1995-00048-01(20716) Magistrado Ponente Enrique Gil Botero

miembros de la fuerza pública quedan en la impunidad, basta recordar los llamados “falsos positivos”⁶⁵ en la que nuestros “héroes de la patria” nos mostraban resultados a cualquier costo.

2.- Conclusión.

El Consejo de Estado no ha podido consolidar una verdadera línea jurisprudencial, sobre la Responsabilidad del Estado por actos terrorista, sino que su posición ha oscilado en tomar distintos criterios de imputación, es así como varias ocasiones ha acudido al sistema de la falla en el servicio, al riesgo excepción o al daño especial. En los últimos pronunciamientos de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado se ha avizorado una gran tendencia que propugna acabar con el sistema del daño especial como fuente de responsabilidad para resolver los usos desproporcionados de la fuerza pública; sin embargo, dentro de la misma institución también existes personas que abanderan la defensa del mencionado régimen de imputación, lo cual ha generado un fuerte e importante debate entre los miembros de la corporación, siendo estos últimos los mismos que han elaborado las propuestas doctrinales más importantes sobre la materia.

A pesar de que los principales defensores de la teoría del daño especial centran su argumentación en los postulados y garantías constitucionales, es claro que esta teoría evidencia serias inconsistencias teorías al momento de su aplicación. En esta medida, en un conflicto armado como el que padece nuestro país es claro que existe una mayor potencialidad de que las edificaciones y los miembros

⁶⁵ El Escándalo de los falsos positivos es como se conoce a las revelaciones hechas a finales del año 2008 que involucran a miembros del Ejército de Colombia con el asesinato de civiles inocentes para hacerlos pasar como guerrilleros muertos en combate dentro del marco del conflicto armado que vive el país. Estos asesinatos tenían como objetivo presentar resultados por parte de las brigadas de combate. A estos casos se les conoce en el Derecho Internacional Humanitario como ejecuciones extrajudiciales y en el Derecho Penal Colombiano como homicidios en persona protegida. (Tomado de http://es.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A1ndalo_de_los_falsos_positivos).

de la fuerza pública se constituyan en objetivos directos de los ataques perpetrados por los grupos insurgentes. En estas situaciones la teoría del riesgo excepcional debe mirarse desde una dimensión más amplia y no como un riesgo beneficio.

3.- Bibliografía.

Álvarez Raquel, Giacalone Rita y Sandoval Juan Manuel. Globalización, Integración y Fronteras en América Latina. Obra suministrada por la Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. 2011.

Botero, Gil. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Cuarta Edición, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2010.

Diazgranado Mesa Santiago. Responsabilidad del Estado por Daño Especial. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2001.

Esguerra Portocarrero Juan Carlos; La Protección Constitucional del Ciudadano; Legis Editores S.A. 2010.

Estados Unidos de Colombia Diario Oficial Año 2º. Bogotá, martes 3 de enero de 1865. No 213, p. 2; citada por Juan Carlos Henao Pérez en La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia.- Evolución Jurisprudencia. Tomo I. Volumen 2, P. 641. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991.

García V, Mauricio, Jaramillo P., Juan, Rodríguez V., Andrés Abel y Uprimny, Rodrigo. El derecho frente al poder. Universidad Nacional de Colombia. 2012.
http://es.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A1ndalo_de_los_falsos_positivos

Meneses Mosquera Paola Andrea y Palacio Jaramillo Cornelia. Evolución Jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de seguridad ciudadana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2000.

Rodríguez R. Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. 18 Edición. Editorial Temis. 2013.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2012.

Juzgado Doce Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C. con funciones de Ley 600 de 2000, Sentencia de Primera Instancia, Radicado 2005-102, 24 de septiembre de 2009 (expediente de prueba, tomo 2, folios 300 y ss.).

Sección Tercera, Sentencia del 2 de octubre de 2008. Expediente 00605-02(AG) M.P. Myriam Guerrero De Escobar.

Sentencia 19 de noviembre de 2008, Sección Tercera, Consejo de Estado, Mario Galvis Gelves y otros, radicación No 07001-23-31-0002000-0348-01, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra (expediente de prueba, tomo 3, folios 1046 a 1127), y Sentencia del 20 de mayo de 2004 el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca. Acción de Reparación Directa (expediente de prueba, tomo 20, folio 10233 a 10234).

Tribunal Superior Distrito judicial de Bogotá, Sala Penal, sentencia de 15 de junio de 2011, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, MP: Luis Mariano Rodríguez Roa (expediente de prueba, tomo 16, folios 8414 y ss.; 10717 y ss.).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sentencia Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de 18 de junio de 2012, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/santodomingo_18_06_12.pdf.

Consejo de Estado del veintidós (22) de junio de dos mil once (2011) Radicado número: 05001-23-25-000-1995-00048-01(20716) Magistrado Ponente Enrique Gil Botero

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1991, Exp. 6453, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 26 de mayo de 2010, Expediente 18.888. C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sección 3. Sentencia 6784 de Noviembre 22 de 1991. MP. Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa. Sentencia de 4 de julio de 1997. Expediente 10.098. Ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 2008. Expediente 00605-02(AG) M.P. Myriam Guerrero De Escobar.

***PARTE III: DERECHOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS.***

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA Y SU PERSPECTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.

Por: Diana Driaza González, Ana Milena Lambis y Laura Segura Labiosa⁶⁶

I.- Resumen: En este artículo analizaremos el derecho fundamental a la libertad de expresión y cuáles son sus limitaciones en el sistema Colombiano a partir del artículo 20 de la Constitución Nacional, para luego realizar una comparación en el marco de lo dispuesto por la Convención Interamericana de Derechos humanos en su artículo 13 y con la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo IV, para verificar desde la jurisprudencia de la corte constitucional de qué manera se hace efectiva dicha normatividad en la realidad actual Colombiana y cuáles son las fallas en el derecho interno y en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, de acuerdo a las decisiones, lineamientos y principios, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha proferido respecto a la libertad de expresión. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida hace un cuarto de siglo, ha tenido oportunidad de referirse a numerosos alcances de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y a otros instrumentos que le confieren competencia. Entre los temas analizados por la Corte figura la libertad de expresión, reconocida en el artículo 13 de la Convención Americana.

II.- Palabras Claves: Derecho, Libertad, Expresión, Identificar, Limitaciones, Colombia, Constitución, Convención, Declaración, Americana, Corte IDH, Corte, Constitucional, Interamericana, Sentencias, Casos, Problemáticas, Efectiva, Estrategias, Ponderación, Ejercicio, Derechos, Humanos.

⁶⁶ Estudiantes de Quinto año Diurno, año 2014, participantes del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica.

III.-Abstract. In this article we will discuss the fundamental right to freedom of expression and what are its limitations in the Colombian Law from Article 20 of the Constitution, and then make a comparison under the provisions of the American Convention on Human Rights Article 13 and the American Declaration on the Rights and Duties of Man in Article IV, to verify from the jurisprudence of the constitutional court how such regulation is effective in the current Colombian reality and what the flaws are on the right internal and application of international law of human rights , according to the decisions , guidelines and principles, that Inter-American Court of Human Rights has issued regarding freedom of expression. The Inter-American Court of Human Rights , established a quarter of a century , has had occasion to refer to numerous achievements of the American Convention on Human Rights of 1969 and other instruments that confer competence. Among the topics discussed by the Court include freedom of expression, recognized in Article 13 of the American Convention.

IV.-Key Words: Law, Freedom, Expression, Identify, Limitations, Colombia, Constitution, Convention, Declaration, American, Inter-American Court, Court, Constitutional, American, Judgements, Cases, Problems, Effective Strategies, Weight, Exercise, Rights, Human.

1.- Introducción.

La libertad de expresión, constituye una de las conquistas más valiosas que ha realizado la humanidad a lo largo de su historia. Por medio de la libertad de expresión, el individuo está en la posibilidad de exteriorizar sus pensamientos libre de presión o de coacción. De esta manera, puede confrontar sus propios pensamientos con los pensamientos de los demás y, así, con base en el contraste permanente de ideas, está en la posibilidad de asumir posturas críticas y autocríticas que le hacen factible avanzar en el conocimiento de sí mismo y del mundo que lo rodea. La libertad de expresión no sólo es valiosa para el ser

humano como individuo, ella configura además, la *conditio sine qua non*⁶⁷ para que la democracia exista. Sin libertad de expresión no podría existir democracia, o al menos no el tipo de democracia que se relaciona con la posibilidad de realizar los derechos humanos y de hacer efectivas la justicia y la equidad social.

Para abrir campo en el tema, especialmente en nuestra postura al respecto, ponemos en consideración que no se trata de prohibir a una Empresa de Comunicación dar sus noticias e informar a su audiencia, lo cual constituye su honrada labor, sino que el problema radicaría en la manera como se proyecta la información a la comunidad en general, quien debe cuidar no hacerlo de manera insensible, y sin ningún detenimiento; pero que en la realidad se ha venido presentando de forma contraria y ha marcado una tendencia en los últimos años.

Vemos la forma amarillista de ilustrar el contenido a mostrar, exteriorizado de un modo crudo, real y literal, que dista mucho del deseo de informar y noticiar a un público que es igualmente humano, llegando a tal alcance de exponer la cara de los fallecidos por hechos violentos como homicidios o comunes como accidentes de tránsito, a través de medios de alta circulación y masiva recepción, sin importarles los perjuicios que pueden repercutir en la vida de las víctimas que en dichos casos vienen siendo además los familiares; haciendo caso omiso a la prohibición de no re victimización y exponiendo sin pudor alguno el último aliento de su familiar sin ningún tipo de reparación por los derechos que a su vez tiene todo difunto o fallecido, merecedor de dignidad hasta el último momento de su vida.

Explorar sobre estas problemáticas nos permite además de identificar las limitaciones, evitar que se cometan arbitrariedades al momento de expresar

⁶⁷ Es una locución latina originalmente utilizada como término legal para decir “condición sin la cual no”. Se refiere a una acción, condición o ingrediente necesario y esencial —de carácter más bien obligatorio— para que algo sea posible y funcione correctamente. Disponible en: www.wikipedia.org. Consultado el día 23 de agosto de 2014.

libremente nuestros pensamientos e ideas y en ese derecho a recibirlas, lo cual supone nuevas estrategias para lograr una mejoría en la facultad de todo ser humano al momento de plasmar sus ideas públicamente respetando esa dualidad que implica el derecho a la libertad de expresión, que además puede afectar colateralmente otros derechos, por lo cual es propio analizar mediante una ponderación de derechos⁶⁸ si este último prevalece ante otros,⁶⁹ en aras de garantizar el ejercicio de nuestros derechos a la moral pública, la no victimización, la integridad psíquica de la sociedad, el derecho de los consumidores y usuarios de la prensa, la difusión de la cultura y afianzamiento de los valores nacionales, entre otros.

1.1.- La Libertad de Expresión.

La libertad de expresión fue proclamada en el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁷⁰ Luego de las lamentables experiencias vividas alrededor y con motivo de la Segunda Guerra Mundial; el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷¹ de 1948 también le confirió un lugar de suma importancia a la garantía del derecho a la libertad de expresión. Esta garantía se vio confirmada por lo dispuesto en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷² suscrito por Colombia el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de noviembre de 1969 por medio de la Ley 74 de 1968.⁷³

⁶⁸ Arroyo Jiménez Luis. Ponderación y Derechos Administrativo. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009.

⁶⁹ La ponderación es un método de resolución de conflictos jurídicos que de forma paulatina ha ido adquiriendo una presencia destacada en el pensamiento doctrinal y en la práctica del Derecho. Su importancia se ha consolidado a medida que ha ido aumentando la complejidad fáctica y normativa, pero sus perfiles concretos todavía no se encuentran plenamente definidos.

⁷⁰ Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁷¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁷² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷³ Ley 74 de 1968.

El artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁷⁴ suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y ratificada en 1973 que entró en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978 le confiere al derecho a la libertad de expresión una especial garantía.

1.1.1.- La Libertad de Expresión en Colombia.

La Constitución Política de Colombia en el Artículo 20, regula la Libertad de expresión e información. Veamos: Comprende este artículo además la responsabilidad de los medios masivos de comunicación, derecho a la rectificación y prohibición de censura.⁷⁵

La libertad de expresión es una condición necesaria para que el ser humano se desarrolle plenamente en sociedad, pues se entiende por el que el hombre por que se preocupa el derecho en Colombia, no es el hombre aislado sino el hombre en sociedad. Es así como el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia⁷⁶ dice que la República de Colombia se funda en el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. Por lo tanto se busca con la libertad de expresión la realización del ser humano como individuos dentro de una sociedad.

Pero no solo se busca la realización del individuo con la libertad de expresión, también la realización del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista. El ser político se desarrolla en un Estado democrático, solo si puede expresarse libremente, difundir su pensamiento, recibir información veraz e imparcial y si es el caso fundar medios masivos de comunicación que no podrán por lo tanto ser monopolio exclusivo de nadie, ni aún del Estado.

⁷⁴ Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

⁷⁵ Universidad de Antioquia. Disponible en: www.docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/articulo_20.html. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

⁷⁶ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

Con respecto a la responsabilidad social que se le impone a los medios de comunicación, es pertinente decir que esto responde a las condiciones de la sociedad actual. Con razón decía Napoleón⁷⁷ que temía más a un periódico que a cien fusiles. Pues bien, hoy en día no se trata sólo de periódicos sino de verdaderos medios masivos de comunicación como la televisión y la Internet que llegan a casi todos los confines del planeta y que a nivel nacional se difunden tan ampliamente que pueden llegar a tener efectos positivos o negativos en forma muy amplia.

Hoy en día los comentarios sobre estos medios masivos de comunicación son ya de otra magnitud, por ejemplo dice Eduardo Galeano⁷⁸ que ya no los fines justifican a los medios, sino los medios de comunicación justifican a los fines. Con esto nos da a entender que las necesidades del mercado que no siempre son las necesidades de la mayoría de la población, llevan a los detentadores de los medios de comunicación que son generalmente algunos grandes grupos económicos a justificar cualquier cosa para proteger sus propios intereses.

En ocasiones es tal el poder de los medios de comunicación que se ve afectado el derecho de la libre competencia económica. Esto se da cuando grupos económicos propietarios de los medios de comunicación optan por promocionar sus productos negando así en la práctica a los propietarios de productos de su competencia, la posibilidad de comprar espacios para publicidad.

1.1.2.- La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es de vital importancia establecer que, a pesar de la especial garantía que tiene el derecho a la libertad de expresión, este no es un derecho absoluto y tiene una

⁷⁷ Ibídem.

⁷⁸ Ibídem.

serie de limitaciones adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos con los cuales puede llegar a entrar en conflicto. Dichas limitaciones deben ir ajustadas a unos parámetros ya determinados por normas internas e internacionales establecidas en los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁷⁹ y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁸⁰ que orientan la interpretación del artículo 20 de la Carta Política;⁸¹ con dichos parámetros o requisitos básicos hacemos referencia a: a.-) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, b.-) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas, c.-) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, d.-) ser posteriores y no previas a la expresión, e.-) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y f.-) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental.

El Artículo 13, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, habla de la Libertad de Pensamiento y de Expresión; así:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a.-) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

⁷⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸⁰ Convención Americana de Derechos Humanos.

⁸¹ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

b.-) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Está prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En los términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretado por la Corte Interamericana,⁸² la libertad de expresión se analiza en dos dimensiones, que se reclaman y sustentan mutuamente. Por una parte, existe la llamada dimensión individual, que asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para difundir el pensamiento propio y llevarlo al conocimiento de los demás. Los receptores potenciales o actuales del mensaje tienen, a su vez, el derecho de recibirlo: derecho que concreta la dimensión social de la libertad de expresión. Ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente. Cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra.

⁸² García Ramírez Sergio y Otro. La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 1ª Edición. 2007.

1.2.- Postura de la Corte Constitucional Colombiana sobre la Libertad de Expresión.

De acuerdo a lo anterior podemos establecer que algunas de las limitaciones al derecho a la libertad de expresión, y que da factibilidad de que no sea absoluto es la que establece la corte en la sentencia C-010 de 2000,⁸³ la cual comprende la limitación adoptada para preservar los derechos de los demás con rango constitucional, *“Cuando se encuentre en conflicto el derecho a la libertad con otros derechos constitucionales de terceras personas se debe tener en cuenta que la libertad de expresión, por su trascendencia dentro del orden constitucional Colombiano, sólo puede ser limitada para efectos de preservar derechos que tengan un rango comparable: en otras palabras, esta finalidad se refiere únicamente a derechos constitucionales fundamentales, como la intimidad, el buen nombre y la prohibición de la discriminación. La libertad de expresión no puede estar sujeta a limitaciones para efectos de preservar derechos de rango infra constitucional que no gozan de un nivel de protección comparable en la Carta Política.”*⁸⁴

Algunos de los derechos que pueden verse violentados cuando se da un mal uso al derecho de la libertad de expresión son los concernientes al derecho a las buenas costumbres, a la moral pública, a los valores, a la no re victimización, la integridad psíquica de la sociedad, derechos de los consumidores y usuarios de la prensa escrita en Colombia, el derecho a la salubridad pública, a la difusión de la cultura y afianzamiento de los valores nacionales, entre otros. Anteriores derechos que fueron manifiestos con especificidad en la sentencia de la Corte Constitucional T- 391 de 2007.⁸⁵

⁸³ Sentencia C-010 de 2000. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

⁸⁴ *Ibídem*.

⁸⁵ Sentencia T- 391 de 2007. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

La corte al respecto se ha pronunciado estableciendo consideraciones, tales como que el derecho a la libertad de expresión consta de un ámbito de protección amparado en el artículo 20 de la Constitución Nacional Colombiana. Este ámbito está compuesto además por un conjunto de derechos y autonomías que se vislumbran implícitas en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que Colombia ha ratificado y que prevalecen en el orden interno con base en el artículo 93 de nuestra Carta. Derechos que aun cuando están enunciados, se conciben extensivos para cualesquiera no estén expresamente establecidos pero involucren el carácter esencial de la libertad de expresión y el debido respeto por el mismo dentro de nuestro Estado Social de derecho, garantizando los principios de este derecho que comprenden su inalienabilidad, inherencia, igualdad de oportunidades, acceso a la información, comunicación de opiniones sin censura previa ni presión directa o indirecta, difusión de información de interés público, reserva de fuentes de información, y demás principios que representan el marco legal al que se encuentra sujeto el Estado de Colombia, así como los demás Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos; para una propia efectividad como derecho fundamental que es.

Enmarcándonos en el derecho interno, el artículo 20 de la Constitución Política⁸⁶ contiene la base para los criterios que la Corte Constitucional ha proliferado en sus jurisprudencias al respecto, con especialidad en la Sentencia T- 391 de 2007, a la que iremos haciendo hincapié seguidamente, y que contiene elementos distinguibles que rigen de manera ostensible y general la libertad de expresión y que da luz a los patrones que ofrecen garantía al mismo, estos son: *“La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental*

⁸⁶ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando”⁸⁷

De esta manera es notorio como la Corte Constitucional Colombiana se acoge a lo referido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al alcance de la libertad de expresión y en cuanto al carácter especial dual que posee, en el sentido de que comprende no solo el derecho de un individuo a difundir sus ideas sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas. Lo cual nos lleva a concluir sobre este punto que, la violación al derecho a la libertad de expresión supone la violación de derechos tanto individuales como colectivos “*a recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno*”.⁸⁸ La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información.

La libertad de informar,⁸⁹ que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información.

La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información.

⁸⁷ Sentencia T- 391 de 2007. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

⁸⁸ García Ramírez Sergio y Otro. La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 1ª Edición. 2007.

⁸⁹ *Ibíd.*

La libertad de fundar medios masivos de comunicación.⁹⁰ La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito,⁹¹ cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, La prohibición de la pornografía infantil, y La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.”

Con todos los anteriores elementos que la Corte Constitucional ha referido observamos cómo sus lineamientos están acordes y se rigen por lo establecido en las leyes e instituciones que supervisan los derechos humanos en el hemisferio occidental, conocido como el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, y a aquellos fallos, opiniones consultivas de la Corte Interamericana de derechos humanos, informes de la Comisión Americana de Derechos Humanos sobre Libertad de expresión e interpretación de casos para los cuales ha designado una Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

La Corte Constitucional colombiana ha establecido diferencias entre los derechos de libertad de expresión y de información. *La Sala⁹² considera necesario resaltar algunas características y cualidades de la libertad de información. Se diferencia de la libertad de expresión en sentido estricto en que ésta protege la transmisión de todo tipo de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones personales de quien se expresa, mientras que la libertad de información protege la comunicación de*

⁹⁰ Ibídem.

⁹¹ Ibídem.

⁹² Sentencia T-040 de 2013. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo. Es un derecho fundamental de “doble vía”, que garantiza tanto el derecho a informar como el derecho a recibir información veraz e imparcial. Así mismo, la libertad de información supone la necesidad de contar con una infraestructura adecuada para difundir lo que se quiere emitir, mientras que la libre expresión son necesarias únicamente las facultades y físicas y mentales de cada persona para exteriorizar su pensamiento y opinión. Por lo demás, es también una libertad trascendental en la democracia, pues es a través de los medios de comunicación que la ciudadanía está informada sobre los sucesos que los pueden afectar en las decisiones de los representantes políticos o en sucesos del ámbito económico o social de interés general.

La Corte Constitucional también ha dicho que el derecho a la libertad de información debe contener Veracidad e imparcialidad: *Referente a los principios de veracidad e imparcialidad de la información, debe precisarse lo siguiente. En cuanto a la veracidad como límite interno, la Corte Constitucional ha afirmado que la veracidad de una información hace referencia a hechos o a enunciados de carácter fáctico, que pueden ser verificados, por lo que no cubre las simples opiniones. No obstante, en algunos eventos es difícil en una noticia distinguir entre hechos y opiniones, por ello, se ha considerado que vulnera el principio de veracidad el dato fáctico que es contrario a la realidad, siempre que la información se hubiere publicado por negligencia o imprudencia del emisor. Igualmente, la Corte ha establecido que es inexacta, y en consecuencia en contra del principio de veracidad, la información que en realidad corresponde a un juicio de valor u opinión y se presenta como un hecho cierto y definitivo, por eso, los medios de comunicación, acatando su responsabilidad social, deben distinguir entre una opinión y un hecho o dato fáctico objetivo. La veracidad de la información, ha afirmado la Corte, no sólo tiene que ver con el hecho de que sea falsa o errónea, sino también con el hecho de que no sea equívoca, es decir, que no se sustente*

en rumores, invenciones o malas intenciones o que induzca a error o confusión al receptor. Finalmente, resulta vulnerado también el principio de veracidad, cuando la noticia o titular, pese a ser literalmente cierto, es presentado de manera tal que induce al lector a conclusiones falsas o erróneas. En cuanto al principio de imparcialidad de la información hace referencia, y exige al emisor de la información, a establecer cierta distancia entre la crítica personal de los hechos relatados y las fuentes y lo que se quiere emitir como noticia objetiva. En esa medida, cuando un periodista desea emitir una información debe contrarrestarla con diferentes fuentes y confirmarla, si es el caso, con expertos en la materia, y evitar que lo recolectado y confirmado se “contamine” con sus prejuicios y valoraciones personales o del medio donde trabaja.⁹³

También ha habido reiteración de jurisprudencia sobre la verdad y la imparcialidad como límites cuando exista colisión con otros derechos en el derecho a la libertad de expresión, la libertad de información y la opinión: *El derecho a la libertad de expresión no sólo es un derecho fundamental sino un principio fundante de la sociedad democrática. Por su parte, la libertad de información, como especie concebida dentro de la libertad de expresión, se constituye, pues, en un derecho fundamental cuyo ejercicio goza de protección jurídica y a la vez implica obligaciones y responsabilidades, que se sustentan en los principios de veracidad e imparcialidad, y en el derecho de rectificación. Así, ante la colisión de derechos fundamentales como la libertad de expresión e información y los derechos a la intimidad, al buen nombre o a la honra, respecto de los cuales la Constitución no establece ningún orden jerárquico que sirva de directriz para resolver tales conflictos, al juez le corresponde hacer una cuidadosa ponderación de los intereses en juego teniendo en cuenta las circunstancias concretas.⁹⁴*

⁹³ *Ibídem.*

⁹⁴ *Ibídem.*

Así mismo este alto tribunal ha establecido Reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la rectificación de información: *La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el contenido y alcance del derecho a la rectificación en variados casos de acciones de tutela contra medios de comunicación, en las que se presentan tensiones entre la libertad de información y prensa y los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y a la intimidad. Estableció esta Corporación las siguientes premisas, que posteriormente serían reglas constantes de su jurisprudencia sobre el derecho de rectificación: (i) El derecho a la información, como lo ha subrayado la jurisprudencia, es de doble vía, con lo cual se quiere significar que puede ser reclamado tanto por el sujeto activo como por los sujetos pasivos de la relación informativa, es decir, por quien emite las informaciones y por quien las recibe. Este último puede exigir que le sean suministradas con veracidad e imparcialidad y aquél, por la misma razón, tiene a su cargo los deberes correlativos, (ii) del lado del receptor, la garantía del derecho a la información implica que ésta sea cierta –verdadera y sustentada en la realidad-, objetiva –su forma de presentación no es sesgada, pretenciosa o arbitraria- y oportuna –entre los hechos y su publicación existe inmediatez, es decir, que entre el hecho y la información no medie un tiempo amplio en el que la noticia pierda interés o incidencia-, (iii) la relevancia de la responsabilidad social de los medios de comunicación, la cual implica que la información que difundan sea veraz e imparcial, y (iv) la solicitud previa de rectificación como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra el medio de comunicación. De esa forma, en el evento en que se haya afectado el derecho al buen nombre o a la honra, el interesado deberá, para acudir a la acción de tutela, previamente solicitar al medio responsable rectificar la información errónea, falsa o inexacta.*⁹⁵

Para la Corte Constitucional el derecho a la libertad de información es de doble vía: *La libertad de información es un derecho fundamental de doble vía, toda vez que su titular no es solamente quien emite la información, como sujeto activo, sino*

⁹⁵ *Ibídem.*

quien la recibe, como sujeto pasivo, y en esa medida, implica de quien la difunde, responsabilidades y cargas específicas que evite la vulneración de otros derechos fundamentales como el buen nombre, la dignidad y la honra. Como se señala en la Constitución, la responsabilidad social de los medios de comunicación implica la obligación de emitir noticias veraces e imparciales, pues cuando éstas no cumplen estos parámetros, la persona que se siente perjudicada por informaciones erróneas, inexactas, parciales e imprecisas, puede ejercer su derecho de rectificación ante el medio respectivo, para que, cumpliendo con la carga de la prueba, se realice la corrección conforme a sus intereses. Concretamente, tratándose de noticias o informaciones de interés general que vinculan a una persona con hechos delictivos, que están en proceso de investigación por parte de las autoridades competentes, los periodistas deben ser especialmente juiciosos y diligentes con el lenguaje que utilizan en la información emitida, pues no pueden inducir al lector a la culpabilidad de la persona nombrada como un hecho cierto, pues se estarían desconociendo los principios constitucionales transcritos.⁹⁶

Para este alto tribunal, los medios de comunicación deben emitir información veraz e imparcial, distinguir entre hechos y opiniones, y en caso dado realizar las rectificaciones que se soliciten: *Los medios de comunicación como partícipes principales de la circulación de información deben ejercer su actividad conforme a la responsabilidad social que les exige la Constitución Política, lo anterior implica que deben emitir información veraz e imparcial, distinguir los hechos de opiniones, y en caso dado realizar las rectificaciones que se soliciten con fundamento. El afectado por informaciones falsas, erróneas, inexactas o incompletas, que lesionen su honra o su buen nombre, tiene un derecho, que hoy es de rango constitucional, a obtener del medio que las haya difundido la correspondiente rectificación en condiciones de equidad. El de rectificación es un derecho de la misma naturaleza fundamental del que tiene el sujeto activo a informar y de los derechos a la honra y al buen nombre, que por su conducto se protegen.*

⁹⁶ *Ibíd.*

Concretamente, cuando se exige que la libertad de información se ejerza conforme al requisito de veracidad, se está estableciendo, por una parte, un deber específico de diligencia a cargo del informador, quien solo debe transmitir como hechos, lo que ha sido objeto de previo contraste con datos objetivos, y por otra parte, se privan de garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúa con desconocimiento de la veracidad o falsedad de lo comunicado. Así pues, información veraz significa, en los términos del artículo 20 constitucional, información comprobada según los cánones de la actividad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras malas intenciones.⁹⁷

La libertad de informar y recibir información veraz e imparcial es para la Corte Constitucional, garantía constitucional: *La veracidad no sólo se desconoce cuándo se presentan hechos falsos o inexactos o no se distingue entre una opinión y los elementos fácticos objetivos en una noticia emitida, sino también resulta desconocido este principio, cuando la información que se emite, a pesar de que concuerda con la realidad, se presenta al lector con un lenguaje y una exposición que lo induce a la confusión o al error. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en afirmar, que no se trata solamente de establecer si la información que se suministra al público tiene sustento en la realidad. También corresponde a los derechos del receptor de la noticia el de la certidumbre en que la forma de transmisión o presentación de ella sea objetiva, es decir, que se halle despojada de toda manipulación o tratamiento arbitrario; libre de inclinación tendenciosa y deliberada; ajena a la pretensión de obtener de las informaciones efectos normalmente no derivados de los hechos u opiniones que las configuran, considerados en sí mismos, sino del enfoque usado por el medio para distorsionarlas. También ha señalado que la obligación de diferenciar la noticia de cualquier otro contenido, “no significa que los medios deban presentar las noticias como relatos puros sobre los hechos acaecidos, pues la libertad de opinión de los periodistas y la defensa del pluralismo autorizan que los medios valoren de*

⁹⁷ *Ibíd.*

*determinada manera lo sucedido. El deber constitucional que se les impone, en desarrollo del principio de veracidad, consiste en que tales valoraciones no deformen la divulgación de las informaciones sobre los sucesos, ni induzcan a error al receptor de la noticia*⁹⁸

1.3.- Postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Libertad de Expresión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado en establecer la relevancia de la libertad de expresión en la sociedad democrática: es sustento y efecto de ésta, instrumento para su ejercicio, garantía de su desempeño. Hay una relación evidente entre el despliegue de la expresión y el goce de la libertad. Estos conceptos informan diversos instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, en el doble plano universal y regional. El orden público democrático reclama, pues, la defensa de la libertad de expresión. A ella sirve, en su ámbito de atribuciones, la jurisdicción de la Corte⁹⁹.

Es un reto para la libertad de expresión como derecho, el conocimiento de sus limitaciones y la identificación de las mismas, en el sentido de que existen presunciones a favor de la libertad de expresión y una cantidad de garantías que lo hacen un derecho revestido de suprema protección sobre todo internacionalmente, (y que no es para menos, en el entendido que) (lo cual es bastante entendible) pues no hay derecho más preciado que la libertad individual, que es considerado un pilar, que abre paso y hace posible una verdadera democracia participativa. Tales presunciones se manejan desde diversas perspectivas y son las siguientes:

⁹⁸ *Ibídem.*

⁹⁹ García Ramírez Sergio y Otro. La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 1ª Edición. 2007.

1.- Presunción constitucional a favor de la libertad de expresión. La cual tiene como principales efectos jurídicos la - presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional. De esta manera toda expresión se presume cubierta por la libertad consagrada en el artículo 20 Superior,¹⁰⁰ salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión, por estar dadas las condiciones constitucionales para ello.

2.- Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto. – “Cuandoquiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad.

De acuerdo a lo anterior, queda claro que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación sustentado en la primacía de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones. Pero si posteriormente dicha ponderación claramente colisiona con otros derechos y sobre personas de especial protección por la ley, como en un caso hipotético en el que los afectados sean menores de edad y la armonización de estos derechos con la libertad de expresión es imposible, se debe dar aplicación a lo dispuesto en la constitución así “...*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.*” – artículo 44.¹⁰¹

¹⁰⁰ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

¹⁰¹ *Ibidem*.

El desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso la normatividad, jurisprudencia y doctrina respecto al derecho a la libertad de expresión, se ha perfeccionado acorde a las recomendaciones y decisiones que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus jurisprudencias que tienen fuerza vinculante en nuestro país, en razón de ser del bloque de constitucionalidad.

La Corte IDH como máximo órgano del Sistema Interamericano de los derechos humanos, ha establecido también, por supuesto, algunas limitaciones de carácter erga omnes para todos los Estados parte de la OEA, razón por la cual Colombia ha amparado tales directrices en el desarrollo de su derecho interno y decisiones jurisprudenciales.

Siendo así las cosas, además de la Corte Constitucional haberse pronunciado al respecto, es importante mencionar cuáles han sido las posiciones que en tratándose de libertad de expresión la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas oportunidades, en su constante jurisprudencia ha hecho manifiesta; la cual comprende tal vinculatoriedad, al hacer parte como ya se dicho, del bloque de constitucionalidad. Veamos:

1.- Casos Contenciosos:

- Corte IDH, Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73.
- Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74.
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107.

- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111.
- Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, sentencia de 22 de noviembre 2004, serie C, núm. 117.
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135.
- Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, sentencia de 28 de noviembre de 2005, serie C, núm. 138.
- Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140.
- Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141.
- Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151.

2.- Medidas Provisionales:

- Corte IDH, Asunto de la emisora de televisión Globovisión. Medidas provisionales respecto a Venezuela, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2004.
- Asunto Luisiana Ríos y otros (Radio Caracas Televisión RCTV). Medidas provisionales respecto a Venezuela, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002, 20 de febrero de 2003, 21 de noviembre de 2003, 2 de octubre de 2003, 2 de diciembre de 2003, 8 de septiembre de 2004, 12 de septiembre de 2004 y del Presidente de 27 de julio de 2004.

- Asunto diarios El Nacional y Así es la Noticia. Medidas provisionales respecto a Venezuela, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2004.
- Caso Herrera Ulloa. Medidas provisionales respecto a Costa Rica, resoluciones del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de abril de 2001 y de la Corte de 21 de mayo de 2001, 23 de mayo de 2001, 7 de septiembre de 2001, 6 de diciembre de 2001 y 26 de agosto de 2002.
- Asunto Marta Colomina y Liliana Velásquez. Medidas provisionales respecto a Venezuela, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de julio de 2003, 8 de septiembre de 2001, 2 de diciembre de 2003 y 4 de julio de 2006.
- Casos Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Liliana Velásquez. Medidas provisionales respecto de Venezuela, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de mayo de 2004.

Y es de tal trascendencia conocer sobre ello porque a pesar de la considerable casuística y vasta jurisprudencia tanto Nacional como Internacional, continúan presentándose arbitrariedades y abusos a la dignidad humana y al derecho fundamental en cuestión no solo en Colombia, sino en países de América Latina.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su facultad para interpretar tratados sobre derechos humanos y de analizar la compatibilidad de tratados y leyes internas de los Estados con la Convención ha adoptado opiniones consultivas, siendo de principal importancia para la libertad de expresión la OC-

5/85 – “Colegiación Obligatoria de los periodistas”¹⁰² Corte IDH, (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5.

Por mandato expreso del artículo 13-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “*no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores*”.¹⁰³ La única excepción a esta regla, establecida en el numeral 4 del mismo artículo, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a censura previa “*con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia*”.¹⁰⁴ De esta forma, en Colombia son inadmisibles todas las formas de limitación previa a la expresión, salvo por la posibilidad de establecer normas legales que regulen el acceso de menores de edad a espectáculos públicos – excepción que, en virtud de la prohibición constitucional de la censura, es de interpretación estrictamente restringida, se refiere a la clasificación de tales espectáculos y no puede comprender la prohibición de proyectar cintas cinematográficas, realizar obras de teatro o efectuar espectáculos públicos.

En esta perspectiva, la Corte Interamericana ha establecido, en casos como el de Herrera Ulloa vs. Costa Rica, que existe “[...] *coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia*

¹⁰² Corte IDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

¹⁰³ Anzoátegui, F. (1994). *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.¹⁰⁵

*“La información que se expresa, específicamente, a través de medios masivos de comunicación, tiene una relevancia e importancia singular. Los medios masivos de comunicación, en principio, deben permitir poner a disposición de la ciudadanía elementos de información y de juicio que contribuyen a que cada cual se pueda formar su propia opinión sobre las cosas y poder ejercer, así, con mayores elementos, su derecho a la participación en los asuntos públicos. Más allá de ello, en muchos casos la investigación periodística desempeña un papel muy importante en el conocimiento de hechos que, de otro modo, podrían haber quedado ocultos o soslayados.”*¹⁰⁶

Referente a eso es importante aclarar un error en el cual recaen muchas personas y es el de relacionar la libertad de expresión únicamente con la función periodística de los medios masivos de comunicación, y esto no es así, la libertad de expresión es un derecho el cual gozamos todas las personas, y que en ejercicio del mismo, trae consecuencias, de las cuales no sólo los periodistas tienen responsabilidad, sino que se encuentran obligados aquellos y todos quienes hagan uso de tal derecho a la libertad de expresión, sujetos a lo dispuesto en la Convención Americana para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, el derecho al honor, etc.

La Corte en sus consideraciones pone énfasis en el deber del periodista de constatar los hechos en que fundamenta sus opiniones actuando con *“equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información”*.¹⁰⁷ Es por esto que la Corte recuerda que los periodistas deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un “periodismo responsable”, el cual es un

¹⁰⁵ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

concepto muy importante a nuestra temática, ya que nos da soporte para establecer que el periodismo debe tener unos parámetros en donde no se vean vulnerados los derechos de las personas, derechos como la dignidad humana, la honra, etc., y que a la hora de entrar en eventuales colisiones con estos derechos puedan ser resueltos por el derecho, de tal manera que el ejercicio de los mismos no produzca desbordes de unos derechos que acaben, eventualmente, afectando el ejercicio de otros. De allí es que surge como ingrediente esencial de los derechos que éstos, en general, no son ni pueden ser considerados “absolutos” en la medida en que existen otros derechos con los cuáles deben articularse y coexistir.

Es central, verificar el alcance de los derechos que posiblemente se vean afectados, cuando se dé un mal uso del derecho de la libertad de expresión en la comisión de una actuación arbitraria y contraria al derecho. Como primera medida la corte ha considerado “que le da al derecho a la protección de la honra y al reconocimiento de su dignidad como derecho claramente estipulado en la Convención y que el Estado, en consecuencia, debe garantizar. Así como sobre otros derechos (como la libertad de expresión), la protección del derecho a la honra entraña una evidente obligación de garantía por parte del Estado”. En esa perspectiva adquiere especial relevancia la circunstancia de que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como cualquier otro derecho, se encuentra limitado por otros derechos fundamentales. La honra en este caso es el principal referente jurídico esencial para efectuar tal ponderación de límites pues se encuentra expresamente protegido por la Convención en el mismo artículo 13 “respeto a los derechos o la reputación de los demás” y en el artículo 11 “derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

La protección a la honra establecida en el artículo 11 de la Convención, como se sabe, prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas o ataques ilegales a su honra o reputación. Ello torna legítimo que quien

se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado haya dispuesto. En tanto derecho humano protegido por la Convención, se aplica análogo deber de garantía por parte del Estado, por lo que éste se encuentra obligado a asegurar que el derecho a la honra pueda ser protegido a plenitud poniendo a disposición de las personas los medios apropiados para ese efecto.

Lo importante es que en el proceso de protección y garantía del derecho a la honra, se resuelva cualquier controversia o contencioso derivado de lo que podría considerarse un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión de manera que ambos bienes jurídicos queden adecuadamente protegidos por un adecuado ejercicio de ponderación. Como es evidente, en caso de conflicto corresponde y corresponderá a la judicatura procesarlo y resolverlo en la búsqueda de una armonía entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales. En ese ejercicio de la ponderación se puede procesar y resolver adecuadamente conflictos de derechos como los que se presentan en casos como éste. Esto significa, en esencia, que se ponderan las circunstancias del caso en conflicto, no para concluir en la “preferencia” de un derecho sobre el otro, sino para resolver en torno a los aspectos concretos del derecho o derechos invocados de tal forma que queden debidamente delimitados para el caso específico de manera que ambos puedan ser protegidos.

Con respecto a la dignidad humana esta deriva del respeto debido a uno mismo y a los demás como seres humanos y tiene un gran valor para la sociedad en general puesto que constituye la base de un Estado de Derecho. Los derechos humanos constituyen la expresión jurídica de un proceso en curso para proteger, respetar y garantizar una vida digna, la garantía de una vida en dignidad deben aplicarse de la misma forma para todas las personas que viven en un estado.

2.- Conclusión.

Es grande y completa la protección que se le ha dado al derecho a la libertad de expresión, pero esto no puede ser utilizado como una excusa para vulnerar otros derechos que posiblemente puedan verse atentados en ese intercambio autónomo de pensamientos, y que realizando una ponderación en conjunto con los conceptos dados en distintas jurisprudencias de las altas cortes, guardan la misma relevancia que el garantizado derecho a la libertad de expresión, o incluso poseen una preeminencia mayor, lo cual será determinado de acuerdo el caso en concreto. Resaltando que tanto en el sistema interno como en el sistema interamericano la ponderación es vista como aquel procedimiento que brinda una solución a los conflictos que se susciten entre derechos de la misma jerarquía, ya que brinda soluciones razonables, y establece en cada caso concreto el grado de afectación o no satisfacción de un derecho y a su vez la importancia en la satisfacción del otro derecho en el que entra en conflicto.

No puede desconocerse el derecho a la libertad de expresión, pero queremos recalcar y en esto se enfatiza nuestra problemática, que en la mayoría por no decir todos los derechos, no hay un absolutismo y existen límites que buscan evitar una colisión de derechos y el desencadenamiento de controversias humanas, pero sobre todo, de una desmedida violación de derechos humanos y fundamentales.

Estos límites implican que el derecho fundamental a la libertad de expresión debe observarse paralelamente junto con otros derechos como: las buenas costumbres, la moral pública, la integridad psíquica de la sociedad, los valores, la no victimización, entre otros; y derechos de rango constitucional que puedan verse afectados cuando se trate de personas que poseen una especial protección legal y estatal, sin importar lo que se ha establecido sobre la presunción de primacía del derecho a la libertad de expresión pues esto será analizado en los casos

concretos en que se ventilen situaciones de vulneración a tal derecho fundamental.

A su vez implica poner en consideración el derecho a la libertad de información, que como se hizo manifiesto guarda estrecha relación con la libertad de expresión y la complementa, en el sentido de que los conceptos de veracidad e imparcialidad en lo que se informa son supremamente importantes y constituyen una garantía constitucional, la cual deriva una responsabilidad social. En cuanto a límites se refiere la “rectificación” viene a constituir un limitante al derecho a la información, y permite que este derecho sea ejercido bajo cierto parámetros regulados, que evitan que éste sea absoluto.

Razón por la cual dentro de un sistema democrático, la expresión y difusión del pensamiento de los ciudadanos, así como las acciones u omisiones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio riguroso, no sólo por parte de las autoridades legislativas y judiciales, sino también por parte de la prensa y de la opinión pública.

En cuanto a la comparación que realizamos en el desarrollo del artículo entre Derecho Interno Colombiano y Sistema Interamericano de derechos humanos, de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos evidenciar que efectivamente el derecho interno adopta muchas de sus disposiciones, reflejadas particularmente en la concepción de la doble dimensión que se predica de la libertad de expresión, estudiada con anterioridad.

Sólo de esa forma se garantiza plenamente la expresión como derecho humano, cuando estos dos derechos que integran la libertad de expresión en amplio sentido, juntos, suponen los límites de los que se reviste este derecho fundamental, y permiten que las dimensiones expuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sean respetadas en el ámbito nacional dentro de nuestro derecho interno. Teniendo en cuenta que ambas dimensiones

como lo son la individual y la social, poseen la misma importancia y han de mirarse recíprocamente, destacando la indivisibilidad de expresión y difusión, con irrelevancia del medio utilizado, y la necesidad social que implica el pleno goce de este derecho, por lo cual toda restricción que se le haga debe ser proporcionada al interés que la justifica, ajustándose estrechamente al logro de ese objetivo, y buscando que interfiera en la menor medida posible el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, obedeciendo a la prohibición de censura previa y acatando en su lugar la figura de responsabilidad ulterior.

Una vez clarificado el alcance de la libertad de expresión, comprendiendo sus dimensiones y sus limitaciones, hace posible la garantía plena del derecho y vislumbra las consideraciones a tener cuenta al momento de que sean tomadas decisiones al respecto por la Corte Constitucional en los casos que sobrevengan, para sentar un precedente, pues de eso se trata el conocimiento de sus límites y de sus principios básicos, de coadyuvar al proceso de reconocimiento de los retos de la libertad de expresión, de información y de opinión como derecho fundamental, y el no desconocimiento de sus limitaciones, para el eficaz desarrollo de la democracia en Colombia.

3.- Bibliografía.

Anzoátegui, F. (1994). *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado.

Arroyo Jiménez Luis. *Ponderación y Derechos Administrativo*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Corte IDH. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ley 74 de 1968.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sentencia C-010 de 2000.

Sentencia T- 391 de 2007

Sentencia T- 391 de 2007.

Sentencia T-040 de 2013.

www.corteconstitucional.gov.co.

www.docencia.udea.edu.co.

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y SU APLICACIÓN POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, AL CASO DE COLOMBIA.

Por: Carlos Alberto Torres Escobar.

I.- Resumen: En este artículo se pretende analizar el concepto de Propiedad Privada en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que consideramos que el conflicto colombiano ha tenido como motivo la tenencia de la tierra, es decir, terratenientes han despojado a campesinos de sus tierras a través del uso de la violencia en el Conflicto Armado que ha vivido Colombia; así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencias como la de la Masacre del Aro y la del Caso Santo Domingo, jurisprudencia en la cual este Tribunal Internacional ha sentado una postura sobre la Propiedad privada; de allí que también sea relevante que revisemos la Postura de la Corte Constitucional sobre la Propiedad Privada en Colombia.

II.- Palabras Claves: Posesión, Prescripción, Derecho a la propiedad, propiedad colectiva, Desplazamiento forzado.

III.- Abstract: This article aims to analyze the concept of Private Property in the Colombian legal system, as we believe that the Colombian conflict has reason tenure of land, and, landowners have stripped peasants of their land through the use of violence in Armed Conflict has lived Colombia; well stated by the Inter-American Court of Human Rights in statements such as the Slaughter of Aro and Santo Domingo Case, in which case this International Tribunal has established a position on private property; there also is relevant to review the stance of the Constitutional Court on Private Property in Colombia.

IV.- Keywords: Possession, Prescription, Right to property, Collective property, Forced displacement.

1.- Introducción.

Las masacres cometidas por los paramilitares fueron otro factor que causó la expulsión de la población hacia otros municipios y departamentos del país, especialmente desde los últimos años de los 90. En sólo un año, 2000, Bolívar tuvo 248 masacres y Sucre, 71, según cifras de la Policía Nacional. Según cifras de la Fiscalía General, al 6 de enero del 2010, en el país se encontraron 2.388 fosas que contenían 2.901 cuerpos. De estos, 63 en Sucre y 98 en Bolívar¹⁰⁸. En el contexto de la ley de justicia y paz, la Fiscalía General ha logrado documentar 10.400 delitos cometidos por el bloque Héroes de Montes de María, que fue uno de los actores paramilitares que más violencia causó en la región Caribe. En el interior del País tenemos el caso de la Masacre del Aro por parte de Paramilitares.

Estas situaciones mostraron la degradación del conflicto y la utilización del terror con el fin de doblegar a la población para lograr el dominio de territorios estratégicos. Pero también hay sentadas jurisprudencia en la cual la Fuerza Pública de Colombia (Entiéndase la Fuerza Área en el caso de Santo Domingo en (Tame - Arauca) ha violentado derechos como el de la Propiedad Privada.

La población de la región, rural y urbana de Colombia, se convirtió en víctima potencial de los grupos armados al margen de la ley por el hecho de interferir de alguna manera con sus propósitos o por estar interesados en lo que poseían: sus tierras. Las víctimas no fueron solo los propios combatientes sino especialmente los civiles, principalmente campesinos, obreros, ganaderos, mujeres,

¹⁰⁸ Bocchi Davide. Análisis del Plan Consolidación de Montes de María; una mirada desde el desarrollo, la democracia, los derechos humanos y la cooperación internacional, Año 2011.

afrodescendientes, sindicalistas, indígenas e intelectuales.

Es importante realizar este tipo de análisis sobre la Propiedad Privada en Colombia para garantizar condiciones departamentales y municipales para implementar el Modelo de Atención a Víctimas contemplado en la nueva ley de víctimas, o de Restitución de Tierras, fortaleciendo niveles de coordinación, concurrencia y complementariedad con el nivel central. Es necesario reconocer la Unidad Integral de Atención a Víctimas –figura de la nueva ley de víctimas- como un aliado estratégico que debería hacer parte del modelo de atención interinstitucional que se adopte.

Es importante revisar y formular los Planes Integrales Únicos (PIU) para que puedan ser objeto de resultados concretos y tangibles en la atención a las víctimas del desplazamiento forzado y Fortalecer los Comités departamentales y municipales de atención a la población desplazada, así como los Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos (CRER). Lo anterior aunado al fortalecer de las mesas de derechos humanos y los procesos de víctimas que se han desarrollado en el territorio, reconociendo la violencia de género y promoviendo espacios de encuentro e interlocución con la institucionalidad para que la población participe en la toma de decisiones y en la elaboración de políticas públicas.

La nueva ley, que complementa a la de Víctimas en Colombia, es decir, la Ley de Restitución de Tierras, busca garantizar a las víctimas el derecho a la justicia que reclaman, evitando la impunidad y asegurando la reparación. Esta ley, que se ajusta a los estándares internacionales, otorga el carácter de imprescriptibles a conductas aberrantes que anteriormente quedaban archivadas por no ser constitutivas de delito de lesa humanidad, o por falta de pruebas.

1.1.- La Propiedad Privada en el Ordenamiento Jurídico colombiano.

La propiedad privada también conocida como dominio,¹⁰⁹ es definida por el Código Civil en su artículo 669 de la siguiente forma: *El dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella(arbitrariamente),¹¹⁰ no siendo contra ley o contra derecho ajeno* .Así, podemos apreciar que la propiedad otorga tres facultades al dueño y señor y de la cosa: en primer lugar, la de usar el bien según su destinación; en segundo, la de gozar de la misma, es decir, habilitar al propietario para apropiarse de los frutos y productos que la cosa produce, y en tercero, la de disponer de ésta, de la cual se desprenden dos situaciones: la primera, es la de la actividad material que se traduce en habilitar al propietario a destruir, modificar o cambiar la cosa, y la segunda, la actividad jurídica que permite que el dueño enajene la misma.

La propiedad es el derecho real por excelencia, el más completo que se puede tener sobre un objeto; es el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa. Los otros derechos reales se deducen de él y son, por tanto, sus desmembraciones.

En sus inicios, la propiedad era entendida como un derecho absolutista (considerado así como un derecho imprescriptible, inviolable, sagrado y natural), que no se podía desconocer en ningún momento, ni muchos menos imponer una limitación. No obstante, el atributo de .absoluto, fue modificado por la Corte Constitucional al declarar inexecutable el adverbio *arbitrariamente* que se encontraba incorporado en la definición del dominio en el artículo 669¹¹¹ del Código Civil, todo esto en sentencia C-595 de 1999,¹¹² en razón de que este

¹⁰⁹ Hernández Velásquez David. El Desarrollo de la Propiedad Privada en el ordenamiento jurídico colombiano. Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

¹¹⁰ El Adverbio .arbitrariamente. entre paréntesis, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-595 de agosto 18 de 1999, MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

¹¹¹ Código Civil Colombiano. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

¹¹² Sentencia C-595 de agosto 18 de 1999.

derecho tiene unas limitaciones expresas en la Constitución de 1991¹¹³ pues le es inherente el tener una función social y ecológica a la vez y el no ser una función social, como lo señalan algunos doctrinantes. De esta manera, la Constitución al garantizar el derecho a la propiedad privada, también lo sujeta a dichas limitaciones, de acuerdo con el art. 58. *“Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada¹¹⁴ y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.”*¹¹⁵

Además en nuestra legislación, se ha reconocido siempre a la propiedad o dominio como un derecho de los particulares que puede ser regulado en su ejercicio por la ley. A partir de 1936¹¹⁶ con la reforma constitucional, se convirtió en un derecho con las limitaciones derivadas del interés público o función social, es decir, esto lo convierte en un derecho económico y social a la vez.

El segundo atributo de que goza la propiedad es su exclusividad, entendida en el sentido que por su esencia permite un sólo titular para usar, gozar y disponer de la cosa. Teniendo en cuenta que es un derecho que se puede desmembrar, es decir, aunque exista solamente un derecho real de dominio sobre el bien pueden haber varias personas ejerciendo este derecho o haciendo uso de él porque está fraccionado; por ejemplo, con el derecho real de usufructo se pueden desprender del derecho dominio las facultades de usar y gozar de la cosa y radicarlas en cabeza de otra persona distinta del dueño.

¹¹³ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

¹¹⁴ *Ibídem.*

¹¹⁵ *Ibídem.*

¹¹⁶ Reforma de la Constitución Política de Colombia de 1936. Editorial Legis. 1996.

1.2.- La Propiedad Privada en Colombia y el conflicto por la tierra.

En Colombia, la cuestión de la propiedad de la tierra no sólo ha tenido una incidencia directa sobre la efectiva garantía de los derechos sociales y del derecho al desarrollo de sus habitantes,¹¹⁷ sino sobre el origen y evolución del conflicto armado que desde hace varias décadas afecta gravemente la garantía de todo tipo de derechos.¹¹⁸

Sobre las dimensiones actuales de las vulneraciones de los derechos de los campesinos colombianos relacionadas con el uso y goce de la tierra, resulta muy dicente el Décimo primer informe de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado – Proceso de Verificación Nacional, relacionado con la *Cuantificación y valoración de las tierras y bienes abandonados o despojados a la población desplazada en Colombia. Bases para el desarrollo de procesos de reparación*, emitido el 19 de enero de 2009, en el cual se estima que la cantidad de tierras despojadas o forzadas a dejar en abandono, en las que se incluyen los casos de “*ventas forzadas*”, sería del orden de 5,5 millones de hectáreas, que equivalen al 10,8% de la superficie agropecuaria del país y que corresponden a 385.000 familias colombianas, que en cuanto a estado de *pobreza* pasaron de 51,0% a 97,6% y en cuanto a estado de *indigencia*, de 31,5% al 80,7%.¹¹⁹

Entre todos los matices que tiene esta gran problemática, en este artículo se toca el caso de comunidades campesinas sin títulos formales de propiedad sobre la

¹¹⁷ López-Murcia Julián Daniel y Maldonado-Colmenares Gabriela. Protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte IDH. Int. Law: Rev. Colombia. Derecho Int. Ildi. Bogotá (Colombia) N° 14: 71-105, enero-junio de 2009.

¹¹⁸ Kalmanovitz Salomón, Economía y Nación. Una breve historia de Colombia, 25-176 (Norma, Bogotá, 2003).

¹¹⁹ Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado – Proceso de Verificación Nacional, Cuantificación y valoración de las tierras y bienes abandonados o despojados a la población desplazada en Colombia. Bases para el desarrollo de procesos de reparación. Documento disponible en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_contenido. Consultado el 8 de marzo de 2009.

tierra que habitan desde hace décadas, que actualmente están enfrentadas con personas con mucho mayor poder económico que alegan tener la propiedad sobre dichas tierras con base en una titulación formal. Se trata de verdaderas comunidades que, usando los términos de Orlando Fals-Borda, han desarrollado toda una *“historia cultural”* en su ámbito territorial. Entendiendo como cultura, *“la respuesta a los retos que las condiciones geográfico-naturales, económicas y sociales imponen a determinada sociedad, etnia o pueblo, respuestas posibles que van creando y cimentando modos específicos de vida, pensamiento y práctica, es decir, formas de ser, hacer y conocer”*¹²⁰ que tienen derecho a conservarse a la luz de la Convención Americana, pero que en Colombia no tienen instrumentos legales adecuados y efectivos para ello.

1.3.- Ejemplos existentes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la naturaleza de la propiedad privada en Colombia.

Es importante revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el Derecho a la Propiedad Privada; así mismo revisar la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este Derecho no solo en las demandas donde Colombia ha sido condenada, sino en las diversas sentencias en las cuales se ha protegido la Propiedad Privada.

1.3.1.- Postura de la Corte Constitucional Colombiana sobre el Derecho a la Propiedad Privada.

En cuanto a la Postura de la Corte Constitucional Colombiana sobre el Derecho a la Propiedad Privada, hicimos un barrido en busca de jurisprudencia de este alto

¹²⁰ Arcila-Estrada María Teresa, El Magdalena Medio, en Un mundo que se mueve como el río. Historia regional del Magdalena Medio, 15-85 (Amparo Murillo-Posada, coord., Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH, Colcultura, Plan Nacional de Rehabilitación, PNR, Programa de Historia Local y Regional, Bogotá, 1993).

tribunal sobre el Derecho a la Propiedad Privada y encontramos la Sentencia C-189 de 2006 la Corte Constitucional dijo sobre la Propiedad Privada: *Puede definirse a la propiedad privada como el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias.*¹²¹

Al derecho de propiedad se le atribuyen varias características, entre las cuales, se pueden destacar las siguientes: (i) Es un derecho pleno porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un derecho exclusivo en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso; (iv) Es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) Es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas.

En la Sentencia C-133 de 2009, la Corte Constitucional dijo sobre la Propiedad Privada: *La propiedad privada ha sido reconocida por la Corte Constitucional como un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se destacan la protección del medio ambiente,*

¹²¹ Sentencia C-189 de 2006. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 11 de noviembre de 2014.

la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés general como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho.¹²² Son atributos de propiedad (i) el ius utendi, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; (ii) el ius fruendi o fructus, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación; y (iii) el derecho de disposición, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien.¹²³

Constituyen límites a la propiedad privada, la utilidad pública o el interés social, de los cuales deriva la expropiación; así como también constituyen límites a la propiedad la extinción de dominio y la confiscación.¹²⁴

Para la Corte, si bien los conceptos de abandono y despojo son fenómenos distintos, es claro que ambos producen la expulsión de la tierra de las víctimas, lo que genera una vulneración masiva de los derechos fundamentales de las víctimas del conflicto interno, razón por la cual esta Corporación en múltiples y reiteradas ocasiones ha reconocido normativa y jurisprudencialmente a las víctimas de despojo y de abandono sin ninguna distinción, como sucede con la definición del delito de desplazamiento forzado.

En este orden, la Ley 1448 de 2011 y especialmente los artículos que ahora se demandan –arts.28 y 72- dejan ver el carácter asimilable de las víctimas de despojo, de usurpación y de abandono forzado de tierras, de tal manera que ambas son incluidas y tenidas en cuenta por el Legislador en el marco de la Ley 1448 de 2011. En este sentido, la Corte colige que las normas demandadas no

¹²² Sentencia C-133 de 2009. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 11 de noviembre de 2014.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

*exhiben una omisión legislativa genuina, ya que al comparar los textos de los artículos 28-9 y 75 de la Ley se ve claramente que se cobija los desplazados que abandonaron sus predios por la presión o a la fuerza. Así mismo, el registro, que es el principal instrumento de restitución, se denomina “Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente”, lo cual significa que el registro es tanto para tierras despojadas como abandonadas forzosamente. De esta forma el Legislador al usar la expresión “tierras despojadas” no descarta a las tierras abandonadas, dado que ello se entiende de manera tácita.*¹²⁵

En cuanto a la Postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el Derecho a la Propiedad Privada, podemos decir, que el derecho a la propiedad está consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, en los siguientes términos: Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada:¹²⁶

- 1.- Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
- 2.- Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
- 3.- Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Veamos algunos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Propiedad Privada:

¹²⁵ Sentencia C-715 de 2012. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 11 de noviembre de 2014.

¹²⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21, 22 de noviembre de 1969.

1.3.2.- Principales criterios de interpretación aplicados por la Corte Interamericana, para la interpretación del Derecho a la Propiedad.

La Corte Interamericana ha interpretado el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH señalando que los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen un “*sentido autónomo*” y que, en consecuencia, “*no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno*”.¹²⁷ La Corte señaló que tratados como la Convención son “*instrumentos vivos*”, cuya interpretación tiene que hacerse de una forma adecuada con la evolución de los tiempos y de las condiciones de vida actuales.¹²⁸ Igualmente, al interpretar este artículo, enfatizó en la aplicación del artículo 29. Numeral b) de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH, en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para “*limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes...*”.¹²⁹

De acuerdo con esto, puede señalarse que el “*punto de partida*” para establecer cuál es el alcance de la protección de la relación de las comunidades campesinas poseedoras con las tierras en las que se encuentran, está dado por: (i) los estándares señalados en la jurisprudencia de la Corte, entendidos como “*mínimos*” y (ii) las específicas necesidades de la comunidad. De modo que un Estado no estará cumpliendo la Convención si, simplemente, cuenta con esquemas comunes de protección de la propiedad que no tienen en cuenta estos aspectos.

¹²⁷ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

¹²⁸ Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005.

¹²⁹ Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia del 28 de febrero de 2003.

a.- Alcances del concepto del Derecho a la Propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En primer lugar, para la Corte, los “*bienes*” son aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.¹³⁰ Por ello, en el concepto amplio de “*bienes*” cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también están incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma.¹³¹ E, incluso, consideró que unos pensionados en la República de Perú *adquirieron un derecho de propiedad* sobre los “*efectos patrimoniales del derecho a la pensión*”.¹³² Pero la protección del derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo ha sido amplia en cuanto a su “*objeto*”, sino también en cuanto a los tipos de “*sujetos*” a los que, de alguna manera, se les reconoce.

Así, en el caso de las comunidades indígenas, que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus “*prácticas consuetudinarias*”, pero que carecen de un título formal de propiedad, la Corte ha señalado que la posesión de la tierra debe bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Lo anterior, con base en que la estrecha relación de los indígenas con su tierra es la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, señaló la Corte, su nexo comunal con el territorio no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, incluso, para preservar su legado cultural y transmitirlo a las

¹³⁰ Corte IDH, Caso Ivcher-Bronstein vs. Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001.

¹³¹ Corte IDH, Caso Palamara-Iribarne vs. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005.

¹³² Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia del 28 de febrero de 2003.

generaciones futuras.¹³³ Además, advirtió que, para su efectiva protección no basta el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad.¹³⁴

En cuanto a los pueblos “*tribales*”, la Corte ha desarrollado una protección muy similar, y los ha entendido como un pueblo que “*no es indígena a la región*”, pero comparte características con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.¹³⁵

De la protección dada por la Corte a estas comunidades, podemos destacar, para su aplicación al caso de comunidades campesinas, el reconocimiento de que los conceptos de “*propiedad*” y “*posesión*” pueden tener una significación “*colectiva*”, en el sentido de que la pertenencia de ésta “*no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad*”, nociones que, como señala la misma Corte, no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad pero igual merecen protección del artículo 21 de la Convención Americana. Además,¹³⁶ el hecho de que para la Corte dicha protección no se limita a los casos en que medie un título formal,¹³⁷ sino que también comprende la posesión de los bienes.¹³⁸ Y que, expresamente, la Corte ha señalado que desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo hay una

¹³³ Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia del 15 de junio de 2005.

¹³⁴ Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005.

¹³⁵ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

¹³⁶ Corte IDH, Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

¹³⁷ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

¹³⁸ Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia del 7 de septiembre de 2004.

forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer “*ilusoria*” la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.¹³⁹

b.- Alcances del concepto del Derecho a la Propiedad, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Casos Contra Colombia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sentado postura sobre la propiedad contra el Estado colombiano en dos sentencias: La sentencia de la Masacre del Aro y la Granja en el municipio de Ituango en el departamento de Antioquia y en la Sentencia del Caso de la Masacre de Santo Domingo en Tame departamento de Arauca.

- **Masacre del Aro y la Granja en el municipio de Ituango – Antioquia - Colombia.**

El 30 de julio de 2004, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Colombia (en adelante “el Estado” o “Colombia”), la cual se originó en las denuncias número 12.050 (La Granja) y 12.266 (El Aro), respecto del Municipio de Ituango, recibidas en la Secretaría de la Comisión el 14 de julio de 1998 y el 3 de marzo de 2000, respectivamente. El 11 de marzo de 2004 la Comisión dispuso la acumulación de los casos.¹⁴⁰

En su demanda, la Comisión se refirió a los hechos ocurridos en junio de 1996 y a partir de octubre de 1997 en los corregimientos de La Granja y El Aro, respectivamente, ambos ubicados en el Municipio de Ituango, Departamento de

¹³⁹ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

¹⁴⁰ Corte IDH, Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006.

Antioquia, Colombia. La Comisión alegó que la “responsabilidad del [...] Estado [...] se derivaba de los [presuntos] actos de omisión, aquiescencia y colaboración por parte de miembros de la Fuerza Pública apostados en el Municipio de Ituango con grupos paramilitares pertenecientes a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) que [presuntamente] perpetraron sucesivas incursiones armadas en ese Municipio asesinando a su paso a civiles en estado de indefensión, despojando a otros de sus bienes y generando terror y desplazamiento”. Asimismo, la Comisión señaló que “transcurridos más de ocho años desde la incursión en el corregimiento de La Granja y más de seis años desde la incursión armada en el corregimiento de El Aro, el Estado colombiano no había cumplido aún en forma sustancial con su obligación de esclarecer los hechos, juzgar a todos los responsables en forma efectiva y reparar adecuadamente a las [presuntas] víctimas y sus familiares”.¹⁴¹

La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte decida si el Estado es responsable por la supuesta violación de los siguientes derechos establecidos en los siguientes artículos de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma:¹⁴²

a)4 (Derecho a la Vida), en perjuicio de las siguientes diecinueve (19) personas: los señores William Villa García, Graciela Arboleda, Héctor Hernán Correa García, Jairo Sepúlveda, Arnulfo Sánchez, José Darío Martínez, Olcris Fail Díaz, Wilmar de Jesús Restrepo Torres, Omar de Jesús Ortiz Carmona, Fabio Antonio Zuleta Zabala, Otoniel de Jesús Tejada Jaramillo, Omar Iván Gutiérrez Nohavá, Guillermo Andrés Mendoza Posso, Nelson de Jesús Palacio Cárdenas, Luis Modesto Múnera, Dora Luz Areiza,

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² *Ibíd.*

Alberto Correa, Marco Aurelio Areiza Osorio y Rosa Areiza Barrera;

b)19 (Derechos del Niño), en perjuicio del menor Wilmar de Jesús Restrepo Torres;

c)7 (Derecho a la Libertad Personal), en perjuicio de las siguientes tres (3) personas: los señores Jairo Sepúlveda, Marco Aurelio Areiza Osorio y Rosa Areiza Barrera;

d)5 (Derecho a la Integridad Personal), en perjuicio de las siguientes dos (2) personas: los señores Marco Aurelio Areiza y Rosa Areiza Barrera;

e)21 (Derecho a la Propiedad Privada), en perjuicio de las siguientes seis (6) personas: los señores Luis Humberto Mendoza, Libardo Mendoza, Francisco Osvaldo Pino Posada, Omar Alfredo Torres Jaramillo, Ricardo Alfredo Builes Echeverry y Bernardo María Jiménez Lopera; y

f) 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), en perjuicio “de todas las [presuntas] víctimas y sus familiares”.

Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que adopte una serie de medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias, así como el pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Como se puede observar en el caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia,¹⁴³ la Corte reconoció la relación del derecho a la propiedad con la “vida digna” de las víctimas o sea *en perjuicio de las siguientes seis (6) personas: los señores Luis Humberto Mendoza, Libardo Mendoza, Francisco Osvaldo Pino Posada, Omar Alfredo Torres Jaramillo, Ricardo Alfredo Builes Echeverry y Bernardo María Jiménez Loperae*, incluso, en un nivel más allá de lo económico o material,

¹⁴³ *Ibídem.*

relacionada con su referente social básico, con sus condiciones básicas de existencia.

La Corte quiere asimismo evidenciar que el derecho a la propiedad privada es un derecho humano cuya vulneración en el presente caso es de especial gravedad. Este Tribunal también considera que la quema de las viviendas de El Aro constituye una grave vulneración de un bien indispensable para la población. El propósito de la quema y destrucción de los hogares de los pobladores de El Aro era instituir terror y causar el desplazamiento de éstos, para así obtener una victoria territorial en la lucha en contra de la guerrilla en Colombia *Por los anteriores motivos, el efecto que tuvo la destrucción de los hogares fue la pérdida, no sólo de bienes materiales, sino de todo referente social de personas que, en algunos casos, habían residido todas sus vidas en dicho poblado. La destrucción de sus hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en los pobladores una pérdida de sus más básicas condiciones de existencia, lo cual hace que la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad.*¹⁴⁴

Este Tribunal considera, por las razones expuestas, que el apoderamiento del ganado y la destrucción de las viviendas por parte de los paramilitares, perpetrada con la colaboración directa de agentes del Estado, constituye una grave privación del uso y goce de los bienes.

- **Masacre de Santo Domingo en el municipio de Tame – Arauca - Colombia.**

El departamento de Arauca se encuentra en el nororiente de Colombia, limita con Venezuela, y se encuentra dividido en siete municipios: Arauca, Arauquita, Saravena, Cravo Norte, Fortul, Puerto Rondón y Tame. El Municipio de Tame se localiza en el extremo sur occidental del departamento, donde confluyen dos ejes

¹⁴⁴ *Ibíd.*

viales principales; la ruta de los libertadores (Bogotá-Tuna-Tame-Arauca-Caracas) y la troncal del llano (Bogotá-Villavicencio-Yopal-Tame-Saravena). Además, dicho Municipio es el punto de distribución del tráfico terrestre hacia Puerto Rondón, Cravo Norte y Fortul. En este último municipio se encuentra la vereda de Santo Domingo; que para la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 1998, era una población de la zona rural del municipio de Tame de 247 personas agrupadas en unas 47 casas ubicadas⁵⁰ a la orilla de la carretera que conduce de Tame a la capital del departamento.¹⁴⁵

En lo que se refiere a los aspectos vinculados con la geografía económica, no hay controversia en torno al hecho de que la explotación petrolera es una de las actividades económicas más importantes del departamento. En 1983 la transnacional *Occidental Petroleum Corporation* (en adelante “OXY”) descubrió el yacimiento de petróleo Caño Limón. Desde su descubrimiento la OXY opera el campo de Caño Limón, cuyo petróleo es transportado a través del oleoducto Caño Limón – Coveñas el cual es operado por la empresa colombiana ECOPETROL S.A. Tampoco ha sido controvertido que el conflicto armado en Arauca está íntimamente ligado a las finanzas derivadas del petróleo y la ubicación del oleoducto Caño Limón-Coveñas, siendo además zona de tránsito de las mercancías y productos con destino a Venezuela, tanto de origen lícito como ilícito. Estos factores hacen de esta región una zona de importancia estratégica, los que han facilitado el establecimiento de grupos armados ilegales desde los años 1980.¹⁴⁶

Según alegaron los representantes, observó la Comisión, y fue reconocido por el Estado, en 1998 existía una situación de violencia generalizada en el departamento de Arauca, que afectaba tanto a la población civil como a las

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

autoridades civiles. Además, durante la década de los noventa se dio un incremento de la militarización en el Departamento de Arauca. De acuerdo con el Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Vicepresidencia de la República, la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional (en adelante también “ELN”) se asentó en Arauca como uno de los principales escenarios de su accionar en la mitad de los años setenta, mientras que la guerrilla de las FARC arribó a ese departamento a comienzos de los años noventa.¹⁴⁷

En julio de 1980 Ecopetrol y OXY suscribieron el contrato de asociación Cravo Norte, para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Departamento de Arauca. Es un hecho no controvertido que, ante la difícil situación de orden público que afectaba la operación del oleoducto, el 12 de septiembre de 1996 Ecopetrol y OXY (como Asociación Cravo Norte), suscribieron un acuerdo de colaboración mediante el cual las empresas extractivas se comprometían a proporcionar ayuda económica para apoyar a las unidades de la XVIII Brigada.¹⁴⁸

Los hechos que precedieron al bombardeo del 13 de diciembre de 1998, fueron:

a.- El 12 de diciembre de 1998 se llevaba a cabo en la vereda de Santo Domingo un “bazar”, en el marco del cual se realizaron diversos eventos deportivos. Por ello, los representantes precisaron, sin que fuera controvertido por el Estado, que además de los lugareños, se encontraban presentes visitantes de poblaciones cercanas. Además, es un hecho no controvertido que ese mismo día las Fuerzas Armadas tomaron conocimiento de que una avioneta *Cessna* aterrizaría aquel día con dinero o armas para actividades de narcotráfico, hecho que tuvo efectivamente lugar sobre la carretera que conduce de la vereda de Santo Domingo a Panamá de Arauca o Pueblo Nuevo. Posteriormente, una vez

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*

aterrizada la avioneta, tropas del Batallón Contraguerrilla No. 36 y Unidades de la Fuerza Aérea “procedieron a inmovilizar la avioneta, pero la operación fue interrumpida por un grupo de bandoleros [(guerrilleros)] que se enfrentaron a la tropa empleando armamento de largo alcance [...]”. Como consecuencia de lo anterior, las Fuerzas Armadas planearon una operación militar aerotransportada. En el marco de la misma, la Décima Octava Brigada del Ejército Nacional y el Batallón Contraguerrilla No. 36, en ejecución de las operaciones militares denominadas “Relámpago” y “Pantera”, respectivamente, iniciaron una operación militar que se prolongó durante varios días.¹⁴⁹

b.- Es un hecho no controvertido que, en el marco del diseño y organización del operativo, se llevó a cabo un “*briefing*” en el seno de la Fuerza Aérea, en el cual se sostuvieron discusiones de planificación, tales como lo relativo a la definición de los medios que serían utilizados en el mismo. Específicamente, se dispuso la utilización de varias aeronaves, una de ellas cargada con un dispositivo *cluster* AN-M1A2.¹⁵⁰

Protección al Derecho a la Propiedad Privada en el caso Santo Domingo Vs Colombia, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La jurisprudencia de la Corte ha desarrollado un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los “bienes”, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona.

Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

valor.¹⁵¹ Como ya fuera señalado, en el presente caso la Corte considera útil y apropiado interpretar los alcances del artículo 21 de la Convención utilizando otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter interno o las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. De esa forma, la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario dispone que *“Las partes en [un] conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados”*.¹⁵²

Con respecto al pillaje, el Tribunal observa también que dicho acto se encuentra expresamente prohibido en el artículo 4.2.g. del Protocolo II de 1977 y que la toma de un bien en el marco de un conflicto armado sin el consentimiento de su propietario es un acto prohibido por el derecho humanitario.¹⁵³

Asimismo la Corte recuerda que el TPIY ha señalado en su jurisprudencia que este delito se comete cuando existe apropiación intencional e ilícita de bienes

¹⁵¹ Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, párr. 179, y Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122. En el mismo sentido véase: Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, párr. 174.

¹⁵² Además son normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario relevantes en el presente caso: “Norma 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. Norma 9. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares. Norma 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean”. Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 29 a 41.

¹⁵³ Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 52. Queda prohibido el pillaje”. Véase: Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 203 a 206.

públicos o privados,¹⁵⁴ y que *“Los actos de saqueo deben involucrar graves consecuencias para las víctimas. Este será el caso cuando los bienes sean de suficiente valor monetario, o cuando se apropien los bienes de una gran cantidad de gente, en cuyo caso la escala y el impacto general de los actos de robo equivaldrían a violaciones graves del derecho y costumbre de la guerra”*.¹⁵⁵

Además, la Corte ha estimado que por las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos y en especial por la condición socio-económica y de vulnerabilidad de la presuntas víctimas, los daños ocasionados a su propiedad pueden tener un efecto y magnitud mayores que los que hubiesen tenido para otras personas o grupos en otras condiciones. En este sentido, la Corte estima que los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de pobreza, enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad.¹⁵⁶

En el presente caso, la Corte tuvo por probado que, después de que los pobladores de Santo Domingo tuvieron que abandonar sus hogares y desplazarse como consecuencia de los hechos del 13 de diciembre de 1998, se produjeron saqueos en algunas de las viviendas y tiendas de Santo Domingo así como daños y destrucciones a los bienes muebles e inmuebles.

Con respecto a los saqueos que se produjeron en el caserío, el Tribunal observa que los representantes y la Comisión alegan que el Ejército colombiano sería

¹⁵⁴ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, Sala de Apelaciones, 17 de diciembre de 2004, párr. 84, y caso Naletilic y Martinovic, Sala de Primera Instancia, 31 de marzo de 2003, párr. 612.

¹⁵⁵ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Simic, Tadic y Zaric, Sala de Primera Instancia, 17 de octubre de 2003, párr. 101.

¹⁵⁶ Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249, párr.204.

responsable de los mismos, y se basan para ello en los testimonios de los pobladores de Santo Domingo.¹⁵⁷

2.- Conclusiones.

En Colombia se ha llegado a extremos tales que esta prerrogativa connatural al hombre, ser propietario y respetado en sus derechos, la ha manejado a su antojo la delincuencia impidiendo su ejercicio pacífico, coartando su libertad y sacrificando la economía, cuyos logros benefician a los desamparados de la sociedad.

Además de modalidades delictivas como el secuestro, la extorsión, el vandalismo, la guerrilla y los paramilitares han utilizado el desplazamiento y despojo de las tierras para sus propósitos criminales con una cuota de dolor y sangre que no son cuantificables. Esos grupos delincuenciales han desvirtuado uno de los grandes logros del constituyente de 1936: la propiedad debe cumplir una función social y por ende no es solamente un derecho individual sino que desempeña una tarea dinámica ligada a los intereses de la comunidad. Este argumento repetido en la Carta de 1991¹⁵⁸ se ha visto mancillado con todas esas agresiones. Por fortuna para mitigar en parte esta tragedia se expidió la Ley No. 1448 del 10 de junio de 2011,¹⁵⁹ conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, una política pública orientada a la reparación integral de quienes han padecido el conflicto armado interno en esta sociedad y que aspiramos pueda redimirlos en alguna proporción.

¹⁵⁷ Fuerzas Militares de Colombia. Fuerza Aérea. Unidad de Instrucción Penal Militar. Diligencia de declaración que rinde el señor Olimpo Cárdenas. Tame (Arauca) 28 de diciembre de 2000 (expediente de prueba, tomo 15, folio 7890).

¹⁵⁸ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

¹⁵⁹ Ley 1448 del 10 de junio de 2011 o de Restitución de Tierras en Colombia.

Para lograr el desarrollo sostenible se ha admitido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que a partir de la función ecológica que establece la Constitución Política en el artículo 58,¹⁶⁰ se puedan imponer por el legislador límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, siempre y cuando dichas restricciones sean razonables y proporcionadas de modo que no afecten el núcleo esencial del citado derecho. Uno de los límites que se han reconocido en el ordenamiento jurídico a través de los cuales el legislador restringe las libertades individuales de las personas, entre ellas, el derecho a la propiedad privada, en aras de lograr la conservación o preservación del medio ambiente, lo constituyen las reservas de recursos naturales renovables, previstas en el artículo 47 del Código Nacional de Recursos Naturales.¹⁶¹

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que 'la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna.

3.- Bibliografía.

Arcila-Estrada, María Teresa. El Magdalena Medio, en Un mundo que se mueve como el río. Historia regional del Magdalena Medio, 15-85 (Amparo Murillo-Posada, coord., Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH, Colcultura, Plan Nacional de Rehabilitación, PNR, Programa de Historia Local y Regional, Bogotá, 1993).

¹⁶⁰ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

¹⁶¹ Código Nacional de Recursos Naturales. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Bocchi Davide. Análisis del Plan Consolidación de Montes de María; una mirada desde el desarrollo, la democracia, los derechos humanos y la cooperación internacional, Año 2011.

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, párr. 179, y Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122. En el mismo sentido véase: Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, párr. 174.

Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249, párr.204.

Código Civil Colombiano. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Código Nacional de Recursos Naturales. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado – Proceso de Verificación Nacional, Cuantificación y valoración de las tierras y bienes abandonados o despojados a la población desplazada en Colombia. Bases para el desarrollo de procesos de reparación. Documento disponible en: <http://www.codhes.org/>. Consultado el 8 de marzo de 2009.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21, 22 de noviembre de 1969.

Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia del 28 de febrero de 2003.

Corte IDH, Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005.

Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia del 15 de junio de 2005.

Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Corte IDH, Caso Ivcher-Bronstein vs. Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001.

Corte IDH, Caso Palamara-Iribarne vs. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005.

Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia del 7 de septiembre de 2004.

Corte IDH, Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

Decreto 2007 de 2001.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. www.rae.es. Consultada el día 11 de noviembre de 2014.

Gutiérrez Solano Rafael. Fuerzas Militares de Colombia. Fuerza Aérea. Unidad de Instrucción Penal Militar. Diligencia de declaración que rinde el señor Olimpo Cárdenas. Tame (Arauca) 28 de diciembre de 2000 (expediente de prueba, tomo 15, folio 7890).

Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 29 a 41.

Hernández Velásquez David. El Desarrollo de la Propiedad Privada en el ordenamiento jurídico colombiano. Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

Kalmanovitz, Salomón. Economía y Nación. Una breve historia de Colombia, 25-176 (Norma, Bogotá, 2003).

Ley 1448 del 10 de junio de 2011 o de Restitución de Tierras en Colombia.

López-Murcia Julián Daniel y Maldonado-Colmenares Gabriela. Protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte IDH. Int. Law: Rev. Colombia. Derecho Int. ildi. Bogotá (Colombia) N° 14: 71-105, enero-junio de 2009.

Nácar y Colunga. Sagrada Biblia. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. 1994.

Reforma de la Constitución Política de Colombia de 1936. Editorial Legis. 1996.

Sentencia C-133 de 2009.

Sentencia C-189 de 2006.

Sentencia C-595 de agosto 18 de 1999, MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Sentencia C-595 de agosto 18 de 1999.

Sentencia C-715 de 2012.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, Sala de Apelaciones, 17 de diciembre de 2004, párr. 84, y caso Naletilic y Martinovic, Sala de Primera Instancia, 31 de marzo de 2003, párr. 612.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Simic, Tadic y Zaric, Sala de Primera Instancia, 17 de octubre de 2003, párr. 101.

Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo, Bienes, Bogotá, 2000, pág. 167.

www.corteconstiucional.gov.co. Consultada el día 11 de noviembre de 2014.

www.vanguardia.com. Consultada el día 11 de noviembre de 2014.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Por: Laura Milena Gómez Benitorevollo, Jesús David Gómez García y Óscar David Gómez García¹⁶²

I.- Resumen: En el presente artículo nos proponemos ofrecer una revisión conceptual y teórica de los derechos humanos a la libertad de expresión y a la intimidad, los cuales deben ser completamente entendidos por todos los individuos, autoridades y entidades estatales, puesto que sólo el conocimiento de la ciudadanía y el Estado sobre la importancia de estos derechos permitirá lograr una actitud ciudadana y una política pública interesada en respetar las ideas e informaciones que se difunden teniendo en cuenta las restricciones que existen con el objetivo de garantizar otros derechos fundamentales como el derecho a la honra, intimidad y buen nombre de las personas.

II.- Palabras Claves: Libertad de expresión, intimidad, información, derechos humanos, limite.

III.-Abstract: This article has at its core purpose to give a conceptual and theoretical review on the human rights of freedom of speech and privacy. By allowing these rights to be fully understood by all individuals, authorities and governmental entities the citizens and the state can improve their civic attitudes and in turn it will promote a policy that focuses on the respect of ideas and disseminated information. Furthermore, certain constraints that exist need to be followed in order to guarantee other fundamental rights such as the right to keep your honor, your privacy and a good reputation.

¹⁶² Estudiantes de Quinto año Diurno, año 2014, participantes del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica.

IV.-Key Words: Freedom of speech, privacy, information, human rights, limits.

1.- Introducción.

Cuando se habla de la intimidad como derecho humano, surgen infinidades de aspectos que se encuentran fuertemente ligados a ésta en lo que tiene que ver con su protección, sin embargo intentar mencionar todos aquellos aspectos resultaría bastante dispendioso para el tema que ahora nos ocupa. A lo largo del presente artículo se analizarán algunos casos específicos, jurisprudencias y conceptos como aquel que se refiere al buen nombre y honra de las personas describiendo situaciones que han soportado algunas personas de diferentes países, ante la sociedad cuando se les vulneran algunos de sus derechos humanos, teniendo en cuenta lo que significan aspectos como el nombre y la imagen en la intimidad de una persona.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en diferentes oportunidades se han referido a numerosos alcances de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y a otros instrumentos que les confieren competencia. Entre los temas analizados por éstas dos entidades figuran la libertad de expresión y la intimidad, reconocidos en los artículos 13 y 11, respectivamente. En el presente artículo se presentarán algunos de los criterios adoptados por el Sistema Interamericano de Derechos humanos¹⁶³ en pronunciamientos efectuados a través de casos contenciosos en los cuales se evidencia cómo el derecho a la intimidad se configura en un límite al derecho a la libertad de expresión, de acuerdo a las consideraciones de la Corte en cada uno de los casos.

¹⁶³ Como Sistema Interamericano de Derechos Humanos se hace referencia los siguientes órganos: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Relatores Especiales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En los siguientes párrafos se ofrece un estudio recapitulativo de ésta materia, en la que figuran temas de alcance general y factores de carácter especial o particular, recopilando en forma textual la jurisprudencia de la Corte.

1.1.- Derecho a la Libertad de Expresión.

1.1.1.- Marco Legal.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

“Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana):

“Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección.*
- 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud moral públicas.*
- 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para*

periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*
5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.*

La Corte Interamericana se ha preocupado por establecer la importancia de la libertad de expresión en la sociedad democrática como un instrumento para su ejercicio y una garantía para su desempeño. Éste derecho comprende aspectos fundamentales para el desarrollo y fortalecimiento de aquellas sociedades al permitir la vinculación de los miembros a la misma en los procesos de decisiones, como herramienta para lograr una sociedad tolerante dignificando a la persona humana a través de su derecho de expresión, intercambio de ideas, opiniones e información.

La libertad de expresión surge de un marco en el cual los conflictos inherentes a cada sociedad o cada Estado, se debatan y resuelvan sin destruir el tejido social manteniendo el equilibrio entre la estabilidad y el cambio; tal como lo enunciara la Corte Interamericana, la libertad de expresión permite el debate abierto sobre los valores morales y sociales; y facilita el discurso político, central para la consolidación de la democracia¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso Baruch Ivcher. No. 74. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 143.

Generalmente y a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha dicho que la libertad de expresión no solo comprende el derecho a expresar ideas o difundir la información, sino que también incluye la libertad de investigar y el derecho a obtener información y opiniones, sin consideración de fronteras, y por cualquier medio, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa artística o por cualquier otro procedimiento.¹⁶⁵

La Corte IDH¹⁶⁶ en diferentes ocasiones ha tenido la oportunidad de interpretar el alcance del artículo 13 de la Convención Americana, y se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera:

La CIDH al interpretar la trascendencia del derecho a la libertad de expresión mediante la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, señala que se trata de un derecho fundamental e inalienable y se refiere a la expresión humana “en todas sus formas y manifestaciones”, que reviste el derecho de todas las personas, en condiciones de igualdad, a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente, por cualquier medio de comunicaciones, así como el derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio.

Es por ello que, la libertad de expresión como derecho contiene varias facetas, amparando las diferentes formas de expresión, las cuales no solo son manifestaciones verbales o escritas; sino también, cualquier tipo de forma de expresión, incluyendo el silencio como una de ellas, tal y como se muestra en el caso de la Comisión IDH sobre “testigos de Jehová” en Argentina, en el cual los niños militantes de esta religión y por disposiciones de esta se negaban a entonar el himno nacional, y a reverenciar los emblemas patrios; dicho comportamiento ocasionó la expulsión de los niños de las instituciones educativas.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Comité General de Derechos Humanos. Volumen 1 de compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Observación general No. 10, página 639.

¹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁶⁷ Caso 2137. OEA <http://www.cidh.oas.org/annualrep/78sp/argentina2271.htm>

En el caso de Colombia, el derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política, que a su letra reza: *“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. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”*.

El derecho a la libertad de expresión es considerado como sinónimo de la libertad que tiene las personas de utilizar sus conocimientos y capacidades para transmitir sus ideales o sus pensamientos. Al hablar de libertad de expresión no solamente se hace referencia a poder expresar opiniones o ideas, aquí también se vincula el derecho que tienen todos los ciudadanos a recibir información de todo tipo y a interpretarla de manera libre, pues es un pilar fundamental en el funcionamiento de una sociedad democrática.

A pesar de lo anterior el derecho a la libertad de expresión contiene en sí mismo ciertos límites, ya que el mismo no es una garantía absoluta, es decir, existen ciertos ámbitos donde existen restricciones con el objetivo de garantizar otros derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la honra, intimidad y buen nombre de las personas.

De aquí se desprende el derecho a la intimidad como un límite al derecho a la libertad de expresión, ya que los seres humanos por naturaleza siempre buscan mantener su buen nombre en cada rol que desempeñan en la sociedad, por lo tanto la libre expresión, no puede ser un conducto mediante el cual se difundan pensamientos que ofendan el honor y prestigio de las personas, pues todas las personas tienen derecho a elegir sobre qué aspectos de sus vidas pueden estar en conocimiento de la sociedad.

El siguiente acápite tiene como principal finalidad, mostrar qué criterios ha adoptado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para dar solución a las tensiones que se han presentado en dos casos específicos y en relación con el derecho a la libertad de expresión, que ahora nos ocupa.

a.- Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de Julio de 2004.¹⁶⁸

Los hechos que dieron lugar al litigio, fueron los siguientes:

Desde el día 19 al 21 de mayo de 2004, fueron publicados unos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa en el periódico “La Nación” de Costa Rica, en los cuales se reprodujo parcialmente el contenido de varios artículos de periódicos Belgas que atribuían al señor Feliz Przedborski (diplomático), representante ad honorem de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, la comisión de delitos.

En consecuencia, el señor Przedborski instauró dos querellas antes los tribunales de Costa Rica contra el periodista Herrera Ulloa por los delitos de difamación, calumnias, publicación de ofensas y vulneración al derecho de la honra. El 12 de noviembre de 1999 el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial San José mediante sentencia declaró al señor Herrera Ulloa, autor de cuatro delitos sobre la publicación de ofensas en la modalidad de difamación, por lo que se le condenó a una multa consistente en el pago de una indemnización por los perjuicios morales causados al señor Przedborski, y se ordenó al periódico “La Nación” publicar la sentencia y retirar el enlace web, entre el apellido del diplomático y los artículos publicados; y en su lugar, establecer un vínculo electrónico en la página web del

¹⁶⁸ La CIDH presentó el caso ante la Corte IDH, alegando la violación de los derechos del señor Mauricio Herrera Ulloa, consagrados en los artículos 8 (garantías judiciales), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 25 (protección judicial), todos relacionados con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana.

periódico, entre los artículos querrelados y la parte resolutive de la sentencia que condenó al periodista Herrera Ulloa.

El señor Herrera Ulloa, luego de interponer sin éxito recurso de casación ante los Tribunales de su país, acompañado del señor Vargas Rohmroser (representante legal del periódico “La Nación”), presentaron denuncia ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, la cual adoptó medidas cautelares el mismo día de la recepción de dicha denuncia, en el sentido de suspender la ejecución de las condenas en contra del señor Herrera Ulloa y el periódico “La Nación”.
Problema jurídico: En relación con los hechos anteriormente mencionados, la Corte IDH debió determinar si el Estado de Costa Rica, violó la Convención Americana de Derechos Humanos al aplicar medidas que restringieron el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del periodista Herrera Ulloa y del equipo periodístico del diario “La Nación”, para proteger la honra intimidad y buen nombre del señor Przedborski?

Consideraciones de la Corte: Consideró que la protección del derecho a la libertad de expresión y pensamiento es imprescindible para el desarrollo de una democracia, teniendo en cuenta que es vital para la formación de la opinión pública, permitiendo que las personas puedan gozar de suficiente información al momento de crear sus propias opiniones. “En una sociedad desinformada se vulnera el pluralismo y los mecanismos de control y denuncia ciudadana. Por lo anterior, es necesario proteger informaciones publicadas en periódicos u otros medios de comunicación que sean desfavorables al gobierno, debido a que, este tipo de ideas fomentan el pluralismo y los mecanismos de control ciudadano”.

En este caso el señor Herrera Ulloa ejerció su derecho a la libertad de expresión en un comunicado de prensa cuestionando las acciones cometidas por el señor Przedborski, alto funcionario del gobierno de Costa Rica y promovió con este escrito, el cuestionamiento de la sociedad.

La Corte IDH en su providencia defendió las dos dimensiones del derecho a la libertad de expresión mediante la protección de expresiones e ideas desfavorables a un alto funcionario de un gobierno. Primeramente, aseguro la libertad de expresión del señor Herrera Ulloa y del señor Vargas Rohmroser, al publicar sus opiniones e ideas con respecto a un funcionario público en algunos artículos del periódico “La Nación”; y en segundo lugar, salvaguardo el derecho a la libertad de expresión en un sentido social, ya que al permitir publicaciones con opiniones e ideas contrarias al gobierno, se protege el derecho de la sociedad a recibir la información.

La Corte señaló que el Estado de Costa Rica violó el derecho a la libertad de expresión no solamente del señor Herrera como periodista, sino también de la comunidad Costarricense como tal. Dicha decisión se basó prácticamente en la relatividad del derecho a la libertad de expresión, el cual no es un derecho absoluto y, en esa medida puede ser objeto de restricciones que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben limitar de ninguna manera, más allá de lo necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.¹⁶⁹

Concluyó la Corte que la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Costarricense tiene como fundamento el hecho que el señor Herrera Ulloa no probó la veracidad de las afirmaciones hechas en los distintos artículos publicados, sin embargo se configuró en un límite excesivo a la libertad de expresión y pensamiento en los términos señalados en la Convención Americana.

¹⁶⁹ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia 2 de Julio de 2004. Parágrafo 120.

b.- Caso Claude Reyes Vs. Chile. Sentencia del 19 de Septiembre de 2006.¹⁷⁰

Los hechos que dieron lugar al litigio, fueron los siguientes:

El 24 de diciembre de 1991 el Estado de Chile celebró un contrato de inversión extranjera con dos inversionistas extranjeros y la sociedad Inversiones Cetec-Sel Chile Limitada. El contrato fue celebrado de conformidad con la ley 600 sobre el estatuto de inversión extranjera, con el objeto de invertir en Chile un capital de 180 mil dólares. El objeto del contrato era realizar labores de diseño, construcción y operación de un proyecto de industrialización forestal de la región.

Para efectos de contextualización es importante aclarar que el 15 de diciembre de 1993 la empresa cambió su razón social por la de Forestal Trillium Ltda, y el 15 de marzo de 1999 cambió nuevamente su razón social a Forestal Savia Limitada.

Los días 28 de agosto de 2002 y el 10 de octubre de 2003 un nuevos inversionista extranjero y el Estado de Chile suscribieron dos contratos de inversión extranjera, mediante los cuales se autorizó un aporte de capital de 10 mil dólares y de 5 mil dólares destinados a cubrir un aumento de capital en la sociedad Forestal Savia Limitada, que se dedica a desarrollar el proyecto inicialmente mencionado.

El señor Marcel Claude Reyes fue director ejecutivo de la fundación Terram desde 1997 hasta el año 2003. Tal fundación tenía como objetivo promover la capacidad de la sociedad civil para responder a decisiones públicas sobre inversiones relacionadas con el uso de los recursos naturales, así como a participar activamente en el debate público y en la producción de información en relación al desarrollo en Chile.

¹⁷⁰ La CIDH presentó el caso ante la Corte IDH, alegando la violación de los derechos del señor Marcel Claude Reyes, consagrados en los artículos 13 (derecho a la libertad de expresión) y el artículo 25 (protección judicial), todos en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

El 7 de mayo de 1998 el señor Claude Reyes, en su calidad de Director Ejecutivo de la Fundación Terram, solicitó al Comité de Inversiones Extranjeras (CIE) información de interés público como: los contratos celebrados, la identidad de los inversionistas, el monto total de inversión, etc., con la finalidad de evaluar los factores comerciales, económicos, sociales, medir el impacto sobre el medio ambiente y activar el control social respecto de la gestión de los órganos del Estado que hubieran tenido relación en el desarrollo del proyecto.

Por lo anterior el 19 de mayo de 1998 el vicepresidente ejecutivo del Comité le envió en una página un escrito al señor Claude en la cual le brindaba información superficial sobre el tipo de contratos celebrados e información errónea sobre el monto de la inversión.

Inconforme con la poca información recibida el señor Claude Reyes, los días 3 de junio y 2 de julio envió dos comunicaciones al vicepresidente del comité, en las cuales le exigía la información antes requerida con base en la obligación de transparencia a que se encuentran sujetos los agentes del Estado y el derecho de acceso a la información pública. De dichas comunicaciones, el señor Claude Reyes no recibió ninguna respuesta.

Una vez agotadas todas las acciones judiciales existentes dentro del Estado de Chile encaminadas a proteger el derecho a la libertad de expresión, el señor Claude Reyes no obtuvo éxito debido a que los tribunales Chiles lo declararon inadmisibles.

Problema jurídico: La Corte debía determinar si el ocultamiento o el hecho de no recibir información sobre el desempeño de las labores los funcionarios públicos en el Estado de Chile, constituía una violación al derecho humano a la libertad de expresión del señor Claude Reyes.

Consideraciones de la Corte: el derecho a la libertad de expresión estipula expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, así como también protege el derecho que tienen las personas a requerir el acceso a la información bajo el control del Estado, con las justificaciones permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención Americana.

Por ello, dicho artículo protege el derecho de las personas a recibir información sobre las actuaciones del Estado y la obligación que tiene él mismo de suministrarla, de tal manera que la persona pueda tener acceso a la información o reciba una respuesta fundamentada. De igual forma, la información debe ser suministrada sin necesidad de acreditar un interés directo para obtenerla, salvo en los casos en que aplique una limitación de acuerdo con lo permitido en la Convención Americana. Además, la entrega de la información permite que ésta circule en la sociedad con el fin de que las personas puedan conocerla, evaluarla y criticarla.

De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones: individual y social, del derecho a la libertad de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.

La Corte señaló que el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, admite restricciones de la siguiente manera:

- *“Deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*
- *La restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite*

que se realicen restricciones necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

- *Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”.*

Para la Corte resulta indispensable que en una sociedad las autoridades realicen sus gestiones guiados por el principio de divulgación, el cual permite el acceso a la información sujeto a un sistema restringido de excepciones. En este caso, las restricciones no se fundamentaron en una ley, ya que Chile no contaba con un sistema legislativo que contemplara restricciones para obtener información, de esta manera el estado de Chile no pudo demostrar que dicha restricción fuera necesaria para la seguridad y estabilidad de la sociedad.

Según la Corte el hecho de que los Estados le pongan restricciones al acceso de información sin tener como fundamento lo estipulado en la Convención, le da espacio a la actuación arbitraria de los agentes del Estado y genera inseguridad e inestabilidad en una sociedad, estos deben hacer lo posible por garantizar los derechos protegidos en la Convención, tomando medidas como por ejemplo, eliminar de su ordenamiento jurídico disposiciones que terminen en violaciones a este derecho o promover campañas que hagan efectivo el uso de este.

Por estos motivos la Corte concluyó que el Estado de Chile violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio del señor Marcel Claude Reyes y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuestos en el artículo 1.1 de dicho tratado. Así mismo, al no haber adoptado las medidas necesarias y compatibles con la Convención para hacer efectivo el

derecho al acceso a la información bajo el control del Estado, Chile incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emanan del artículo 2 de la Convención.

1.2.- Derecho a la Honra, Intimidad y Buen Nombre.

1.2.1.- Marco Legal.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

“Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni su familia, ni cualquier entidad, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

“Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Para empezar es preciso aclarar que el derecho a la intimidad no se puede entender en sí mismo como un solo derecho, sino que comprende además la honra y el buen nombre, por lo cual no se encuentra expresamente definido y establecido en los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; sin embargo la Corte Interamericana dentro de muchas de sus providencias hace referencia a este derecho y advierte que el derecho al buen nombre y la intimidad hacen parte del derecho a la honra de cualquier persona.

Teniendo en cuenta lo anterior y de una manera general, el derecho a la intimidad o privacidad consiste en una especie de barrera o cerca que defiende la autonomía del individuo humano frente a los demás y principalmente, frente a las posibles injerencias indebidas de los poderes públicos, sus órganos y sus agentes. Consiste así en la potestad o facultad que tiene toda persona para mantener en reserva, determinadas facetas de su personalidad, teniendo como uno de sus elementos esenciales la inviolabilidad de la vida privada, referida al escenario o espacio físico en el que se desenvuelve, como es el domicilio, los medios relacionales de comunicación y correspondencia, así como los objetos que contienen manifestaciones de voluntad o de conocimiento, no destinadas originalmente al acceso de personas ajenas o extrañas, lo que involucra escritos, fotografías u otros documentos.

En ese marco, debe entenderse que la intimidad es la parte de la vida de una persona que no ha de ser observada desde el exterior, y afecta sólo a la propia persona. Se incluye dentro del “ámbito privado” de un individuo cualquier información que se refiera a sus datos personales, relaciones, salud, correo, comunicaciones electrónicas privadas, etc.

El derecho que poseen las personas de poder excluir a las demás personas del conocimiento de su vida privada, es decir, de sus sentimientos y comportamientos.

Una persona tiene el derecho a controlar cuándo y quién accede a diferentes aspectos de su vida particular.

Es importante definir en qué consiste el derecho a la honra y el derecho a la intimidad, según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el derecho a la intimidad hace alusión al espacio personal de cada individuo y al espacio familiar íntimo, dichos espacios pueden ser: situaciones, comportamientos e información sobre la vida privada de una persona o de su familia que están marginadas del conocimiento general de la sociedad o de terceros a la familia o a la misma persona. Este derecho busca garantizar la protección de ciertos espacios personales de los individuos con el único fin que las personas puedan disfrutar de un desarrollo de las relaciones personales con su familia y su sano desarrollo como persona.

En nuestro país el derecho a la intimidad tiene su fundamento constitucional en el artículo 15 de la Constitución Política, que señala: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

El siguiente acápite tiene como principal finalidad, mostrar qué criterios ha adoptado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para dar solución a

las tensiones que se han presentado en dos casos específicos y en relación con el derecho a la intimidad, que ahora nos ocupa.

a.- Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia del 27 de enero de 2009.¹⁷¹

El señor Santander Tristán Donoso quien se desempeñaba como consultor jurídico de la iglesia católica, le fue encargada la misión de defensa del caso en el que el señor Walid Zayed se encontraba acusado de lavado de activos, proceso en el cual también se encontraba involucrado el ex procurador general de la nación señor José Antonio Sosa quien habría de recibir donaciones para su campaña, por parte de las empresas que lavaban dinero.

En el año 1996 el señor Walid Zayed denunció que personas ofreciéndole su libertad a cambio de dinero lo habían frecuentado y por esta denuncia se capturó a los extorsionistas. El señor José Sosa por medio de la autoridad de un fiscal ordenó que se interceptaran todas las comunicaciones de la familia Zayez y al mismo tiempo envió una copia del casete con la grabación de todas las conversaciones del señor Zayed y su familia con el señor Santander Tristán Donoso al arzobispo de Panamá, las cuales llegaron a mano del obispo de Colon, el cual le informo al señor Donoso de la existencia de estas grabaciones. En una reunión que sostuvo el ex procurador en el colegio nacional de abogados este señaló que en esta grabación queda en evidencia un plan para confabular contra la imagen del ministerio público. Conforme a esto el señor Santander Tristán Donoso envió un comunicado al ex procurador solicitándole que se rectificara y dicho comunicado nunca fue contestado.

¹⁷¹ La CIDH alega la violación de los derechos del señor Tristán Donoso, consagrados en los artículos 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la intimidad, honra y dignidad), 13 (libertad de expresión) y 25 (protección judicial), todos en relación con el artículo 1.1. (obligación de respetar derechos) de la Convención Americana.

El señor Santander Tristán Donoso interpuso una demanda penal contra el ex procurador considerando que éste abuso de su autoridad y de su poder como servidor público, y esta demanda según la corte suprema carecía de idoneidad para probar la existencia del delito. En el año 1999 convocó una conferencia de prensa llevada a cabo en el colegio nacional de abogados en donde se refirió a las interceptaciones ilegales que el ex procurador había llevado a cabo en su contra y no contento con eso con su posterior promulgación inculpándolo de un supuesto complot contra el ministerio público.

En el año 2005 el señor Santander Tristán Donoso fue condenado a 18 meses de prisión, encontrándose culpable de los delitos de injuria y calumnia, por causa de una demanda interpuesta por el ex procurador. Entre sus acciones el señor Tristán Donoso fue inhabilitado para ejercer funciones públicas y se le impuso una multa pecuniaria.

La corte para proferir una decisión en este conflicto entre los derechos a la libertad de expresión e intimidad del señor Tristán Donoso y el derecho a la intimidad y buen nombre del ex procurador le dio respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

1. Vulneró el derecho a la honra, intimidad y buen nombre del señor Tristán Donoso el hecho de publicarse una llamada telefónica obtenida ilegalmente entre el señor Tristán Donoso y el señor Adel Zayed.
2. Se considera vulnerado el derecho a la libertad de expresión del señor Tristán Donoso al adelantarle un proceso por los delitos de calumnia e injuria contra el ex procurador, al declarar públicamente el señor Tristán Donoso que el ex procurador interceptó sus conversaciones privadas y al relacionarlo con una confabulación contra el ministerio público? Ósea la corte intenta resolver si las medidas que tomo el estado panameño para proteger la honra, intimidad y buen nombre del ex procurador del ejercicio del derecho de libertad de

expresión del señor Tristán Donoso violentan el derecho a la libertad de expresión.

Para dar solución a los anteriores problemas jurídicos, la Corte señaló que la intimidad es un derecho que tiene como principal característica la privacidad de una persona y que ésta no puede ser vulnerable ante el actuar arbitrario de terceras personas o de funcionarios públicos. El derecho a la intimidad no es un derecho absoluto y por tanto puede ser restringido por los Estados siempre y cuando no se ingiera abusiva o arbitrariamente en este, por ellos estas injerencias deben estar plasmadas en la ley, amparadas con los principios de necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias para la estabilidad de una democracia.

Teniendo en cuenta lo anterior cuando se vulnera este derecho en un individuo junto también se encuentra afectada la reputación del mismo, y esto se da porque cuando se violenta la intimidad queda descubierta la información privada de la vida de la persona humana, lo cual repercute directamente en el derecho a la honra y el buen nombre de cada individuo. Según la Corte, la honra se relaciona directamente con la estima propia y la reputación se relaciona con la opinión que las personas tienen de un individuo.

En este caso el señor Tristán Donoso nunca aprobó la grabación de sus conversaciones ni tampoco la publicación del contenido de estas, el procurador nunca tuvo el permiso para proceder de este modo, aunque él hubiera considerado que era necesario para frenar la preparación de un delito, llevado a cabo por el señor Tristán Donoso y el señor Adel Zayed. En este caso él como representante máximo del ministerio público debió realizar una denuncia para que se iniciaran las investigaciones pertinentes, sin embargo como esta denuncia no se efectuó, la grabación y promulgación de dichas grabaciones se traduce en una

clara violación a los derechos de intimidad, honra y reputación del señor Tristán Donoso.

En este caso el derecho internacional señaló que cuando se trata de la honra de un funcionario público esta debe ser susceptible al control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones. El poder judicial debe tomar en cuenta el contexto en el que se dan las expresiones en asuntos de interés público, el operador judicial tiene que ponderar el respeto a la reputación de los demás con el valor que tienen en una sociedad democrática, un debate sobre interés público.

Lo anterior quiere decir que, la afirmación del señor Tristán Donoso sobre el ex procurador estaban fundamentadas en hechos ciertos que fueron probados durante el proceso, por lo tanto, si bien la sanción penal pecuniaria no resulta excesiva la pena intra-mural si era innecesaria. Fundamentando la Corte que la pena impuesta al señor Tristán Donoso fue totalmente innecesario y extralimitado en relación con la afectación del derecho a la honra alegado por lo que también se viola el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

b.- Caso 10506. Argentina 15 de octubre de 1996 (los nombres de los accionantes en este caso fueron censurados por protección a su derecho a la intimidad). Informe No. 38-96.

Los hechos que dan origen al mencionado caso son los siguientes:

Las autoridades penitenciarias de la Unidad 1 del SPF de Argentina adoptaron la práctica de realizar revisiones vaginales a todas las mujeres que deseaban tener contacto personal con los presos. Por lo tanto, toda vez que la Sra. X visitó a su esposo que estaba detenido en la Unidad 1 del SPF en compañía de la hija de ambos, y de 13 años de edad, las dos tuvieron que someterse a esas revisiones.

Según lo declarado por el Mayor Mario Luis Soto, Jefe de la Dirección de la Seguridad Interna, en el recurso de amparo presentado en este caso, la práctica de realizar esas revisiones había comenzado ya hace un tiempo en vista de que algunas veces las parientes de los presos ingresaban drogas y narcóticos a la prisión en sus vaginas. Agregó que en un comienzo se usaban guantes para revisar esa zona del cuerpo pero que, debido a la concurrencia de visitantes femeninas --cerca de 250--, la escasez de guantes de cirugía y el peligro de transmitir el SIDA u otras enfermedades a las visitantes o las inspectoras, se decidió hacer inspecciones oculares.

Con respecto a la Sra. X, el Mayor Soto declaró que ella se había visto sometida a los dos tipos de revisiones, que siempre había protestado contra el procedimiento y que el personal de la penitenciaría le había informado que no se podía hacer una excepción en su caso.[4] En lo que se refiere a la revisión de menores, el Jefe de la Dirección de la Seguridad Interna afirmó que, en esos casos, las revisiones siempre se hacían en la presencia de uno, o de los dos padres de la menor, y que el procedimiento era menos riguroso para proteger su sentido del pudor.

El 31 de marzo de 1989, durante una inspección de rutina de las celdas del penal, se encontró en la celda del marido de la Sra. X un frasco con un líquido amarillo y 400 gramos de explosivos plásticos.

El día 2 de abril de 1989 se presentó a la Unidad 1 la Sra. X, con su hija, para visitar a su esposo y al padre de su hija. La autoridad penitenciaria le informó una vez más que como condición necesaria para autorizar la visita "cuerpo a cuerpo", ambas mujeres debían someterse a una inspección vaginal (véase la respuesta del Gobierno del 27 de abril de 1990, párrafo 6). La Sra. X rehusó someterse a la inspección y se negó asimismo a realizar la visita a través de un vidrio, alternativa que se le propuso.

El 5 de abril de 1989 la Sra. X y su hija intentaron nuevamente visitar al marido de la Sra. X y se produjo la misma situación que la vez anterior. La Sra. X se negó a la inspección vaginal previa a la visita de contacto personal y también rehusó la alternativa de realizar la visita a través de un vidrio divisorio.

La Comisión consideró que: A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

“El derecho a la intimidad garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo. En este sentido, varias garantías de la Convención que protegen la inviolabilidad de la persona, establecen zonas de intimidad.

El artículo 11.2 prohíbe específicamente la interferencia "arbitraria o abusiva" de ese derecho. La disposición indica que, además de la condición de legalidad, que se debe observar siempre cuando se imponga una restricción a los derechos consagrados en la Convención, el Estado tiene la obligación especial de prevenir interferencias "arbitrarias o abusivas". La idea de "interferencia arbitraria" se refiere a elementos de injusticia, imposibilidad de predecir, y falta de razonabilidad que ya tuvo en cuenta la Comisión al encarar los aspectos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las revisiones e inspecciones.

Sin embargo, la Comisión subraya que este caso representa un aspecto íntimo especial de la vida privada de una mujer y que el procedimiento en cuestión, sea justificable o no su aplicación, puede provocar sentimientos profundos de angustia y vergüenza en casi todas las personas que se ven sometidas a él. Además, el aplicar el procedimiento a una niña de 13 años puede resultar en grave daño psicológico difícil de evaluar. La Sra. X y su hija tenían el derecho a que se respetara su intimidad, dignidad y honor cuando procuraron ejercer el derecho a la familia, a pesar de que uno de sus miembros estuviera detenido. Esos derechos deberían haberse limitado únicamente en el caso de una situación muy grave y en circunstancias muy específicas y, en ese caso, cumpliendo estrictamente las autoridades con las pautas definidas anteriormente para garantizar la legalidad de la práctica.

La Comisión concluye que cuando las autoridades del Estado argentino realizaron inspecciones vaginales de la Sra. X y de su hija cada vez que deseaban tener un contacto personal con el marido de la Sra. X, violaron su derecho a la protección de la honra y la dignidad, consagrado en el artículo 11 de la Convención¹⁷².

Por lo tanto, la Comisión concluyó que al imponer una condición ilegal a la realización de las visitas a la penitenciaría sin disponer de una orden judicial ni ofrecer las garantías médicas apropiadas y al realizar revisiones e inspecciones en esas condiciones, el Estado argentino ha violado los derechos de la Sra. X y su hija Y consagrados en los artículos 5, 11 y 17 de la Convención en relación al artículo 1.1 que dispone la obligación del Estado argentino de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de todas las disposiciones reconocidas en la Convención. En el caso de Y, la Comisión concluye que el Estado argentino también violó el artículo 19 de la Convención.

¹⁷² Informe No. 38/96. Caso No. 10.506. Octubre 15 de 1996. Disponible en <http://www.cidh.org/PRIVADAS/Argentina.10506sp.htm>

2.- Conclusión.

El derecho a la libertad de expresión e información ha sido objeto de un proceso de ampliación en su alcance y contenido, es por ello que, a su tradicional naturaleza conocida como el derecho que le asiste a toda persona de emitir y difundir libremente ideas, opiniones, pensamientos o informaciones, sin necesidad de autorización ni censura previa, asumiendo ulteriormente las cargas que de ello se pueda derivar, se han agregado ahora otros dos componentes: el derecho de todas las personas a recibir libremente la información que otros emiten o producen, sin interferencias que impidan su circulación, difusión, interpretación o el acceso a ella por parte de quienes la reciben; y también, el derecho a procurar, buscar, investigar y obtener informaciones, así como a difundirlas.

Por su lado, el derecho a la intimidad involucra al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. Protege tanto la intimidad de la persona como la de su familia, y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre a de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados y de interpretación propia.

Es importante resaltar que en gran parte, el conflicto que se presenta del análisis efectuado al derecho a la intimidad como límite de la libertad de expresión, surge del avance de la tecnología en cuanto a las comunicaciones, ya que actualmente la sociedad solo requiere de segundos para difundir todo tipo de información desde y hacia cualquier lugar del mundo, lo que se traduce en un alto riesgo al que están expuestas las personas de resultar vulneradas en sus derechos fundamentales por el fácil acceso a información privada de su vida e integridad que constituyen el derecho a la intimidad.

Es por ello que el nombre comporta aspecto relevante en todos los casos objeto de análisis de los derechos humanos que en este artículo nos ocuparon, toda vez que el mismo se configura en el medio de identificación de ellas dentro de la sociedad diferenciándolo del resto de personas, y logrando con ello individualizarlo, dejando un lado entonces lo referente a la honra y tomando en cuenta ese aspecto denominativo, en este caso hacemos referencia a la identificación del ser como tal y a todo el universo de derechos incluidos en esta. Por medio de esta identificación las personas tienen la potestad para hacerse responsables de sus actos y también podrán defenderse para impedir que se les juzgue por acciones ajenas. Así como el nombre y no menos importante también forma parte de la identificación del ser humano su imagen, por medio de la cual también resulta afectada la intimidad teniendo en cuenta que todas las personas tienen el derecho de hacer uso de su imagen a su antojo, pueden publicarla, modificarla y hacerla respetar.

Consideramos pertinente a partir de todo lo anterior, contextualizar y enfocar el tema para el caso especial de nuestro Estado, teniendo en cuenta que en el artículo 20 de la Constitución Política se garantiza la libertad de expresión, es decir intuye la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, protege no solo la libertad de prensa sino la de los demás medios de comunicación, establece el derecho a la rectificación y prohíbe la censura ésta como una garantía para la protección de la libertad de expresión y de información. La información que deben de recibir las personas debe ser veraz e imparcial que tiene como finalidad proteger a las personas sobre las cuales se informa. La prohibición de la censura es entonces una garantía para la protección al derecho a la información, esto no significa que esta libertad sea absoluta pues los medios de comunicación con su poder que tienen puede en cualquier momento estar sujetos a responsabilidades posteriores por el ejercicio abusivo de determinados derechos como puede ser la vida, la integridad y la intimidad de las personas, tal como se desprende del análisis de los casos realizado en este artículo.

Es así como ambos derechos deben ser protegidos y garantizados por cada uno de los Estados, garantizando la esfera individual de todas las personas que llevan a cabo cotidianamente sus obligaciones y deben de recibir recíprocamente una seguridad integral de sí mismos, sin embargo los Estados democráticos, deben garantizar también los correctos canales y medios de comunicación que permitan en todo momento a la sociedad, estar siempre bien informada de los principales aspectos que le interesan.

A pesar de lo anterior, ese derecho a la libertad de expresión no es absoluto, pues tal como se evidenció del análisis de los casos arriba referenciados, su límite se configura cuando éste vulnera el derecho a la intimidad, ya que los medios de comunicación o de información deben ser diligentes en la manera como divulgan dicha información que involucra aspectos íntimos de la vida de las personas, pues aunque sea verídica, puede lesionar sus derechos fundamentales como el derecho a la intimidad el cual el caso de conflicto, este último tendrá primacía.

3.- Bibliografía.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relatoría para la libertad de expresión. Artículo: *“Resumen ejecutivo del marco jurídicos interamericanos sobre el derecho a la libertad de expresión”*. Disponible en: <http://www.cidh.org/>

Nash Rojas, Claudio. *“Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información”*. Estudios Constitucionales. Año 2006. No. 1. 2008. PP 155 – 169. ISSN 0718 – 0195. Centro de estudios constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Disponible en: <http://www.cecoch.cl/>.

Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos. Derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Tercera edición: Bogotá. Noviembre de 2003. Volumen I.

Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos. Derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Tercera edición: Bogotá. Noviembre de 2003. Volumen IV.

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. Primera edición: Bogotá. Abril de 2004.

Cepeda, Manuel José. *“Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991”*; Bogotá – Colombia. Editorial Temis.

Quiroga Lavie, Humberto. *“Los Derechos Humanos y su Defensa ante la Justicia”*; Bogotá –Colombia. Editorial Temis.

***PARTE IV: DERECHO LABORAL Y SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS.***

LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN SINDICAL EN COLOMBIA Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Por: Luis Alfonso Lyons Quintero Rodríguez, Juan F. Mendoza Castaño y Ana Viana.¹⁷³

I.- Resumen: La libertad de asociación es la facultad del ser humano de asociarse con otros para la consecución de objetivos lícitos y comunes de diferente índole como pueden ser: defensa de los derechos humanos, protección del medio ambiente, educativos, deportivos, culturales, erradicación de la pobreza, investigación académica, etc. La satisfacción de las necesidades y aspiraciones de las personas se logra gracias a la libertad de las personas para asociarse con sus pares. Los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también pueden servir como una herramienta muy útil para las organizaciones de la sociedad civil (OSC) que en diferentes países de la región se enfrentan a legislaciones o prácticas gubernamentales abusivas –como excesiva discrecionalidad de las autoridades en el otorgamiento de personería jurídica; requisitos onerosos de entrega de informes sobre sus actividades; y limitaciones al acceso a financiamiento de fuentes externas– que imponen límites no justificados a la realización de sus actividades. Con la ayuda de estas herramientas, las personas organizadas pueden hacer llamados de atención sobre cómo las normas o prácticas nacionales impiden el libre ejercicio de su derecho a asociarse y defender sus derechos.

II.- Palabras Claves: Derechos laborales; Derecho de Asociación, derechos económicos, sociales y culturales; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; indivisibilidad de los derechos humanos.

¹⁷³ Egresados año 2014, participantes del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica.

III.- Abstract: Freedom of association is the ability of humans to join with others in a lawful and common objectives of different types such as: human rights, environmental protection, education, sports, culture, poverty eradication , academic research, etc. Meeting the needs and aspirations of people is achieved thanks to the freedom of people to associate with their peers. The standards of the Inter-American Human Rights System can also serve as a useful tool for civil society organizations (CSOs) in different countries in the region face unfair laws or government practices such as excessive discretion of the authorities in the granting legal status; onerous requirements delivery reports on its activities; and limitations on access to external-funding sources that impose unjustified limits to the conduct of its activities. With the help of these tools, organized people can make calls attention to how the rules or practices prevent the free exercise of their right to organize and defend their rights.

IV.- Keywords: Labor rights; Law Association, economic, social and cultural rights; American System of Human Rights; indivisibility of human rights.

1.- Introducción.

Con gran preocupación observamos cómo se violan por parte del Estado colombiano los derechos de los trabajadores, campesinos y urbanos, violando la libertad sindical en diversas formas: el Estado hace nugatorios los derechos de asociación, contratación y huelga, a la cual se suma la guerra sucia y la creciente criminalización del ejercicio de los derechos sindicales. A la luz de los convenios sobre Derechos Humanos y de la OIT, el trabajo constituye un derecho humano fundamental y, como lo ha expresado la OIT frente al caso de nuestro país, donde se ha perturbado la libertad sindical, "no puede haber democracia sin sindicalismo" y "la situación de violencia que afronta Colombia de manera general hace imposibles las condiciones normales de existencia de la población e impide el pleno ejercicio de las actividades sindicales". Aunque la Constitución reivindica los

derechos humanos, con gran énfasis en el derecho al trabajo, lo cierto es que las reformas laborales, los proyectos de ley en curso y las políticas del gobierno van dirigidas a acabar los derechos adquiridos de los trabajadores, haciendo que el sindicalismo pase de un estancamiento a un proceso de extinción si no hay correctivos a tiempo. Las cifras de este documento reflejan la intención del Estado y del capital de exterminar física y organizativamente a los trabajadores lo cual impone a estos optimizar sus formas de acción sindical para poder, de manera eficaz, confrontar la política neoliberal imperante.

Desde 1984 a 2011 se registraron en el país más de 2.800 homicidios de sindicalistas, una cifra que fue calificada por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)¹⁷⁴ como "preocupante y alarmante". Además, se han registrado 216 desapariciones forzadas, 83 casos de torturas y 163 secuestros a sindicalistas. Las cifras fueron presentadas por el PNUD Colombia como antesala al informe oficial sobre violencia contra sindicalistas y trabajadores sindicalizados durante los últimos 27 años.

Una de las principales causas de muerte a dirigentes sindicales es la estigmatización por parte de grupos guerrilleros. "Una de las causas principales de estos asesinatos es lo que se denomina prejuicio insurgente, es decir, que por desarrollar una actividad sindical se considera que hacen parte de algún grupo guerrillero o grupo insurgente armado", aseguró Bruno Moro,¹⁷⁵ coordinador Residente y Humanitario de las Naciones Unidas en Colombia.

Se estima también que el 94.4 por ciento de los asesinatos permanecen en la impunidad. A agosto de 2011 tan sólo se registraban 223 sentencias judiciales de más de 2.700 homicidios a sindicalistas. Existe un vacío de información del 78,11 por ciento donde no se sabe quiénes fueron los autores ni materiales, ni

¹⁷⁴ Disponible en: www.eluniversal.com.co. Consultado el día 27 de octubre de 2014.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

intelectuales de los sindicalistas, sin embargo, se estableció que el 14,04 por ciento corresponde presuntamente a grupos paramilitares, 5.09 por ciento a grupos guerrilleros y 1.69 por ciento a agentes del Estado.¹⁷⁶

La violencia contra sindicalistas está concentrada mayoritariamente en cuatro departamentos del país: Antioquia, Valle, Santander y Cesar. Las ciudades en las cuales se han registrado más asesinatos son Medellín, Cali, Barranquilla y Montería. Antioquia ha sido uno de los departamentos más afectados por la violencia a esta población al igual que Valle, Santander y Cesar, en ese orden. Sin embargo, otros departamentos en los que se ha venido aumentando el número de asesinatos son Nariño y Córdoba, que está muy relacionado con las Bacrim, aseguró Carlos Miguel Ortiz, coordinador del informe.

Por su parte, los sindicatos más afectados han sido la Federación Colombiana de Educadores (Fecode); Sintrainagro, de trabajadores bananeros y la Unión Sindical Obrera de la industria del petróleo (USO). Los asesinatos han disminuido en los últimos ocho años, pero se ha registrado un aumento en el número de amenazas. Desde el 2003 se ha venido presentando una disminución, entre 50 y 60 homicidios por año.

Además concebir una política pública de prevención, la inclusión de una sección de alertas de riesgo de la población sindicalizada en el Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo, la ampliación del programa de protección del Ministerio del Interior. Al sector empresarial, entre tanto, se le aconseja mantener la disposición para colaborar con las autoridades en eventuales casos de complicidad de personas o establecimientos con grupos criminales para violar los derechos humanos de los trabajadores en Colombia.¹⁷⁷

¹⁷⁶ *Ibidem.*

¹⁷⁷ *Ibidem.*

1.1.- Los Derechos Laborales en Colombia.

El derecho laboral colombiano¹⁷⁸ es el conjunto de principios, acciones y normas que regulan directa e indirectamente las relaciones entre empleadores y trabajadores, y de estos con el Estado con el objeto de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y la protección del trabajo. Todo lo anterior tiene el único fin de lograr la paz social, siendo esta la finalidad del Código Laboral Colombiano. El derecho laboral colombiano es una rama de la ciencia del derecho que tiene como objeto el trabajo del hombre, dependiente o independiente, en las relaciones individuales, colectivas y de seguridad social ya sean estos trabajadores al servicio del estado o particulares.

En principio el trabajo era obligatorio para todas las clases sociales. Los aristócratas o superiores se encargaban de las tareas intelectuales, la dirección, organizaron, vigilancia y las de culto; a las clases bajas les tocaba realizar labores agrícolas, y las demás manuales. El derecho laboral colombiano¹⁷⁹ tiene como regulador la Constitución Política de 1991, los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia y el Código Sustantivo del Trabajo.

En todo caso, es importante tener en cuenta que las leyes colombianas es la más importante de las fuentes del derecho laboral colombiano, puesto que cada estado dentro de su legislación tendrá su ordenamiento jurídico respecto del trabajo y dichas disposiciones tendrán que ser acatadas tanto por el empleador como empleado dentro de determinada jurisdicción.

De acuerdo con la Constitución Política,¹⁸⁰ el derecho al trabajo es un derecho fundamental de todas las personas que debe ser garantizado por el Estado.

¹⁷⁸ Disponible en: www.todolaboral.galeon.com. Consultado el día 27 de octubre de 2014.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

Adicionalmente, la Constitución Política consagra el derecho de asociación sindical, que ampara tanto a los trabajadores como a los empleadores.

Estas disposiciones concuerdan con los tratados internacionales de los que Colombia es parte, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según el artículo 1 del Código Sustantivo del Trabajo,¹⁸¹ el objetivo principal es lograr el equilibrio en las relaciones obrero-patronales, al encontrarse el trabajador desprotegido desde el punto de vista económico y social. Por ello se le otorga una serie de prerrogativas, como el principio de irrenunciabilidad, favor habilidad y la protección del trabajo.

1.1.1.- Ramas del Derecho Laboral colombiano.¹⁸²

a.- Derecho individual del trabajo. Consiste en que una persona física denominada trabajador se obliga a prestar servicios personales a otra persona denominada empleador, bajo la dependencia de este último, quién a su vez, se obliga a pagarle al trabajador por los servicios prestados una remuneración adecuada. En otras palabras, el derecho laboral individual hace las veces de regulador de las relaciones entre el empleador y uno o varios trabajadores a nivel individual.

b.- Derecho colectivo del trabajo. Regula las relaciones entre el empleador y los trabajadores reunidos en asociaciones, sean éstas sindicales o no. En la actualidad se consagra una nueva concepción de derecho laboral que supedita las

¹⁸¹ Código Sustantivo del Trabajo. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

¹⁸² *Ibidem*.

relaciones individuales de trabajo a las colectivas en donde el interés general prima sobre el interés particular, con el objeto de fortalecer las organizaciones laborales (sindicato, empresa, cooperativas).

c.- Derecho de la seguridad social. Consiste en los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos relacionados con la salud, accidentes o enfermedades profesionales, la vejez, la invalidez o la muerte de este, los cuales se originan durante la relación u horas de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados y de las indemnizaciones en que no reparan perjuicios causados por el empleador.

d.- Derecho procesal laboral. Comprende el conjunto de normas que regulan el modo de actuar en justicia en casos cuyo objeto conflictivo surge de las prestaciones laborales.

e. - Derecho laboral administrativo. Se encarga de regular las relaciones del Estado como empleados con sus servidores.

f.- Derecho laboral internacional. Se puede definir como el conjunto de norma que trasciende de las fronteras de los estados para consagrar aspectos relativos al trabajo humano.

g.- Derecho cooperativo y sociedades mutuales. Este derecho es el campo en que los trabajadores participan en la organización y ejecución de políticas tendientes a mejorar su calidad de vida mediante el derecho asociativo, o de la unión mutua.

1.1.2.- Autonomía del derecho laboral colombiano.¹⁸³

El derecho laboral colombiano es autónomo con relación a las otras ramas del derecho por ser un derecho de orden público. En esta autonomía radica el equilibrio entre capital y trabajo, procurando que las normas de tipo laboral sean derechos mínimos, otorgados por la sociedad a los trabajadores, siendo estos derechos mínimos irrenunciables por parte del trabajador.

1.1.3.- Características del derecho laboral colombiano.¹⁸⁴

- El derecho laboral colombiano es reciente.
- Es un derecho en formación que avanza a medida que surgen las necesidades.
- Es un derecho que no tiene formalismos ya que es poco solemne porque surge de la realidad.
- Tiene un claro sentido clasista por la desigualdad entre empleador y trabajador.
- Tiende a la internacionalización por la incidencia de este derecho en la economía. Por esta razón se crea la OIT.

1.1.4.- Principios del derecho laboral colombiano.¹⁸⁵

1.- Finalidad: Se refiere a la justicia en la relación de empleadores y trabajadores, al equilibrio social y la coordinación económica.

2.- Intervención del Estado: Esta intervención se da debido a que los intereses

¹⁸³ Ibídem.

¹⁸⁴ Ibídem.

¹⁸⁵ Ibídem.

de las partes son contrarios, haciéndose necesaria la intervención de un tercero que en este caso es el Estado.

3.- Derecho al trabajo y libertad de trabajo: Se fundamenta en el hecho de que el trabajo funciona como un derecho y una libertad (de escogencia y ejercicio) a la que tienen acceso todos los colombianos.

4.- Obligatoriedad: El trabajo es también una obligación, porque es la única forma de lograr bienestar y desarrollo.

5.- Igualdad de los empleados: Debe existir la igualdad entre hombres y mujeres, también entre el trabajo físico y el intelectual. La excepción se da respecto a la edad.

6.- Derecho de asociación: Toda persona tiene derecho de pertenecer o no a una asociación. Generalmente la consecuencia de este derecho es la conformación de sindicatos.

7.- Derecho a la huelga: Es un arma de presión eficaz de los sindicatos para alcanzar sus pretensiones. Se prohíbe a quienes presten servicios públicos esenciales.

8.- Derecho a la seguridad social: Esta subdivisión derecho laboral colombiano debe estar presente para ayudar al trabajador en sus épocas más vulnerables. Es una obligación del Estado y del empleador. El empleador debe asegurarse de que el empleado tenga un régimen para su protección.

9.- Carácter de orden público de las normas laborales: Las normas laborales son de aplicación inmediata, obligatorias para cualquier habitante del país. Son derechos irrenunciables.

1.2.- El Derecho de Asociación Sindical en Colombia.

Veamos una reseña sobre el sindicalismo en Colombia.

1.2.1.- El Sindicalismo en la Constitución Política de Colombia.

El Artículo 39 de la Constitución Política de Colombia dice que: 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. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo proceden por vía judicial. Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública. El artículo 39 de la Constitución únicamente excluyó a los miembros de la fuerza pública, con el objeto de preservar su absoluta imparcialidad, pues la función que cumplen tiene por fin primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional. Pero la Carta de 1991 no estableció distinciones entre los demás trabajadores y, por el contrario, reconoció esta garantía a todo ellos, independientemente de su vinculación a empresas privadas o a entidades públicas. Si el Constituyente no introdujo entre los servidores del Estado distinción alguna en punto de la asociación sindical, aparte de la relacionada con la Fuerza Pública, es necesario concluir que el legislador quedó facultado a la luz de la normatividad superior -lo estaba inclusive antes de la Carta del 91- para disponer en forma expresa que el indicado derecho cobija a

todos los trabajadores del servicio oficial con la excepción dicha.¹⁸⁶

De acuerdo con la norma, los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. En cambio, los sindicatos de trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga. La disposición legal parte de la distinción, introducida de tiempo atrás en el Derecho Laboral colombiano, entre empleados públicos y trabajadores oficiales. Mientras los primeros tienen establecida con el Estado una relación legal y reglamentaria, los segundos están vinculados al servicio público mediante contrato que se rige por normas especiales. Aquellos de los servidores públicos que tienen con el Estado una relación de mayor vínculo a las responsabilidades que le son propias, es decir los empleados públicos, no pueden interrumpir su actividad sino en los términos que la ley contemple y, por tanto, no les es dable ejercer el derecho de huelga - que implica dicha interrupción- si la ley se lo ha prohibido. La Carta garantizó el derecho de huelga a los trabajadores oficiales con la única excepción de los que tengan a su cargo la prestación de los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.¹⁸⁷

A partir de la Carta de 1991, no todos los trabajadores oficiales tienen prohibida la huelga. El alcance de la limitación depende de si la entidad pública a la que se hallan vinculados prestan servicios públicos esenciales - caso en el cual el derecho de huelga no se garantiza- o presta servicios públicos que la ley califique como no esenciales. En este último evento tienen garantizado el derecho de huelga a la luz de la Constitución. La norma únicamente puede entenderse ajustada a la Constitución en cuanto alude a sindicatos de trabajadores oficiales que laboren para entidades públicas encargadas de la prestación de servicios

¹⁸⁶ Sentencia No. C-110 de 1994. Consultado el día 27 de octubre de 2014.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

públicos calificados por la ley como esenciales. La prohibición legal es contraria a la Constitución en cuanto se refiere a sindicatos de trabajadores que laboren para entidades públicas encargadas de la prestación de servicios públicos no esenciales, según la ley.¹⁸⁸

Es una política del Gobierno de Colombia promover y proteger los derechos laborales y la libertad de asociación. Los avances en Colombia en protección se pueden apreciar, en particular, en torno a cuatro grandes áreas: protección del derecho a la vida de sindicalistas, lucha contra la impunidad y garantías laborales.

1.2.2.- El Sindicalismo en la Ley 83 de 1931 de Colombia.

Ley 83 de 1931, es la Ley que marca un hito en la historia de los trabajadores en Colombia pues reconoce por primera vez varios derechos, entre ellos a la huelga y a constituir sindicatos, sin injerencia de los empleadores plantea la necesidad de que existan normas y leyes que les permitan defenderse de los abusos del régimen capitalista.¹⁸⁹

Para 1931, habían pasado ya siete años desde la presentación a la cámara de representantes de un primer proyecto de ley que pretendía reglamentar los sindicatos profesionales en las empresas del país. Pero esta materia no había sido atendida directamente en años anteriores.

En ese momento se encontraba en la Presidencia de la República, el liberal Enrique Olaya. El liberalismo había obtenido una victoria electoral en ese año debido a la división entre dos candidatos conservadores, Guillermo Valencia y el

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ Rafael Pardo, ministro del Trabajo. Disponible en: <http://www.mintrabajo.gov.co/blog-mintrabajo/derecho-de-los-trabajadores-a-la-asociacion-sindical>. Consultado el día 27 de octubre de 2014.

General Vázquez Cobo, pero la situación fiscal del país atravesaba momentos difíciles pues golpeaba muy fuerte la recesión internacional.

Como resultado de esta situación, en departamentos como Antioquia, Atlántico y aun en Bogotá se presentaron despidos masivos de trabajadores y protestas por parte de obreros y ciudadanos en general por las precarias condiciones de vida en las que se encontraba la población de varias ciudades.

Con este telón social de fondo, la cámara de representantes retoma las discusiones sobre las organizaciones sindicales y finalmente en 1930 el Representante José Joaquín Caicedo presenta formalmente el proyecto de ley sobre sobre organizaciones sindicales que daría origen a la ley 83. Según el mismo Caicedo, el objetivo de este proyecto de la ley era *"fomentar y estimular el espíritu de asociación entre los diversos gremios, oficios y profesionales. Porque ello traerá un progreso manifiesto para la sociedad, desde luego que organizados los gremios, sus intereses estarán mejor defendidos; sus miembros procurarán su mayor perfeccionamiento moral e intelectual, y también lucharán por obtener su bienestar económico"*¹⁹⁰.

A partir de los debates generados por este proyecto, la ley 83 fue aprobada el 23 de junio de 1931. Uno de sus aspectos más importantes es la oficialización del Derecho de los Trabajadores a la Asociación Sindical, lo que hasta el momento no existía. Es interesante señalar que esta ley, incluso se adelanta al reconocimiento del derecho de asociación y la libertad sindical consagrado en 1948 y 1949 así como de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Otro de los puntos importantes de esta ley, es que establece, en su primer artículo, una definición oficial de la figura del sindicato, como *"la asociación de trabajadores de una misma profesión, (...) constituida exclusivamente para el*

¹⁹⁰ Ibídem.

estudio, desarrollo y defensa de los intereses comunes de su profesión, sin reparación de beneficios".

Así mismo, reglamenta la personería jurídica para los sindicatos, los autoriza para la celebración de contratos colectivos y prohíbe su participación en política (Aspectos que serían ratificados posteriormente en el Código Sustantivo del Trabajo). Finalmente, la ley realizó una primera clasificación entre sindicatos gremiales y sindicatos industriales –confundiéndolos con los de empresas- aunque las primeras negociaciones en dicho periodo se hicieron por rama industrial en el río Magdalena y los ferrocarriles.

Además, se establecieron normas sobre la declaración de huelgas, controles del Estado, funciones detalladas y limitaciones la composición de los sindicatos. podemos establecer, que es la Ley 83 la que otorga el reconocimiento legal a los sindicatos en Colombia, convirtiéndose así en una de las bases más importantes para el fortalecimiento de la organización gremial de los trabajadores y la plataforma legal para la garantía de condiciones dignas de trabajo para la clase obrera colombiana. Estas garantías, ratificadas muchas de ellas en la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, han sido desde entonces fundamentales en las reclamaciones que hacen los sindicatos sobre los derechos de sus afiliados en la actualidad.

1.2.3.- El Sindicalismo y los Derechos Humanos en Colombia.

La integralidad de los derechos humanos de los trabajadores incluye la libertad sindical y los derechos laborales. La humanidad ha venido avanzando hasta entender a los Derechos Humanos como un todo que posibilita la libertad de pueblos y de las personas en condiciones dignas, considerando a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos en condiciones de igualdad. En este sentido, para que no se entienda a los

primeros como exigibles y a los segundos como meros postulados o utopías de la humanidad, la necesidad de comprenderlos y aplicarlos como indivisibles e interdependientes.¹⁹¹ ¹⁹²

Naciones Unidas reconoce la necesidad de eliminar la dicotomía planteando que “...*Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*”.¹⁹³ De igual forma afirma que “...*La promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos y libertades fundamentales*”¹⁹⁴

Efectivamente se coincide en que no existe ninguna razón que pueda justificar ni las ejecuciones sumarias, ni las desapariciones forzadas, ni la tortura, y que es imprescindible que existan las condiciones mínimas para una existencia digna, como una vivienda, un sistema de salud adecuado y una educación que promueva los valores fundamentales de la persona, al igual que unos servicios básicos de agua potable, alcantarillado, energía, empleo, etc.

Estos derechos humanos están consagrados en Pactos Internacionales de Derechos Humanos y muchos de ellos han sido suscritos por el Estado Colombiano, como son los Convenios de la OIT, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre Derechos del Niño, El Protocolo Adicional a la Convención Americana de derechos Humanos sobre Derechos Económicos,

¹⁹¹ La Declaración de Viena de 1993 reafirmo la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos.

¹⁹² También la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social insiste en la indivisibilidad e interdependencia. Informe Preliminar A/CONF.166/9 19 de abril de 1995.

¹⁹³ Declaración Sobre Derecho al Desarrollo de Naciones Unidas aprobada en 1986 resolución 41-128 párrafo 2 del artículo 6.

¹⁹⁴ *Ibidem* párrafo décimo del preámbulo.

Sociales y Culturales, entre otros. Esas normas internacionales por mandato de los artículos 53,93 y 94 de la Constitución Nacional hacen parte del derecho interno y prevalecen sobre las demás normas, aunque la realidad nos demuestre otra cosa, ya que los derechos humanos para su vigencia deben garantizar en primera medida los derechos de los pueblos y el derecho al desarrollo.

Abordar los derechos laborales y la libertad sindical desde una perspectiva de derechos humanos, permiten tener una visión universal para atacar obstáculos macroeconómicos que impiden el disfrute de estos derechos, como serían las políticas de ajuste estructural impulsadas por el FMI y el Banco Mundial, que condicionan a los Estados, justifican la dominación y niegan el desarrollo humano, traduciéndose sus recetas, entre otras cosas, en una disminución impresionante de los presupuestos de salud, de educación, en la reducción de los salarios, en el recorte de servicios públicos, en más de 1.000 millones de seres humanos viviendo en la pobreza extrema y padeciendo hambre cada día.¹⁹⁵

En el país se ha entronizado una política de violación de los derechos humanos que se afianza en la impunidad sobre los perpetradores. En 1998 la Defensoría del Pueblo recibió 65.686 peticiones de la población para que se le defendiera o protegieran sus derechos.¹⁹⁶ Esta misma entidad reportó 288 masacres en 1997 y 235 en 1988, y de enero a abril de 1999 75 masacres, es decir que se cometen para este año en curso un promedio de dos masacres cada tres días.

¹⁹⁵ Así lo concibe la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Informe Preliminar A/CONF.166/9 19 de abril de 1995. pág. 9.

¹⁹⁶ Intervención del Defensor del Pueblo al 55 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Ginebra abril 21 de 1999.

1.2.4.- El Sindicalismo y la Discriminación en Colombia.

Se observa que las mujeres son las más afectadas por la desregularización en materia laboral. En el sector estatal devengan en promedio 30% menos que los hombres. A pesar de que el 51% de los servidores públicos son mujeres, tan solo el 9%¹⁹⁷ de los cargos de dirección los desempeñan mujeres. De la misma manera se permite el despido de la trabajadora embarazada pagando un indemnización pese a que la ley formalmente prohíbe su despido no permite su reintegro por no existir recurso legal.

Se sigue fomentando la división sexual del trabajo, en el sentido de que las mujeres resuelven los problemas básicos de alimentación, cuidado de los niños y todo aquello considerado dentro de la prolongación de lo doméstico y, los hombres, de la generación de la riqueza y los grandes proyectos de desarrollo; como si estos fueran distintos a los espacios destinados a las mujeres. Ellas están vinculadas a la producción generalmente en condiciones de más explotación y es menos favorable su contratación, por ejemplo: contratos de trabajo a término fijo, contratos civiles de prestación de servicios para el cumplimiento de una determinada labor -conocido comúnmente como contrato a destajo-, contratos a través de empresas mediadoras conocidas comúnmente como Agencias de Servicios Temporales. Así las mujeres con contrato laboral a término fijo fueron para 1990 el 66%, y las de contrato a término indefinido fueron el 34%.¹⁹⁸

Sin embargo, en el caso de la discriminación hacia la mujer el Estado colombiano ha pretendido darle un marco constitucional que garantice una igualdad de sexos y de protección de la mujer, y por ello en el artículo 43 de la C.N. consagra que: “La

¹⁹⁷ Libertad sindical y derechos humanos en Colombia. **Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo"**.<http://www.colectivodeabogados.org/nuestro-trabajo/D-E-S-C/Derecho-al-trabajo/libertad-sindical-y-derechos>.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada...".¹⁹⁹ Así mismo, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo²⁰⁰ (modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990²⁰¹), protege a la mujer embarazada antes y después del parto, y el artículo 33 de la misma ley dice: "*La maternidad gozará de la Protección especial del Estado*". Por otro lado el artículo 35 de la Ley 50 de 1990 dice: "*Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia*".²⁰² Las anteriores normas adolecen sin embargo de excepciones, y esta es la del artículo 240 del CTS.²⁰³, que autoriza al patrono a despedir a la mujer embarazada con permiso del inspector del trabajo o del alcalde del lugar donde no hubiere dicho funcionario, atendiendo a las causales del despido según los artículos 62 y 63 del CTS.,²⁰⁴ lo cual obviamente permite que en una economía de mercado donde la carga prestacional de la mujer embarazada o en lactancia reduce la ganancia del patrono permite que ésta sea despedida con "justa causa", ya que ningún patrono en la actualidad está dispuesto a reducir la ganancia que le permite un trabajador en óptimas condiciones que la que le da una mujer que sin trabajar durante tres meses que se le dan de licencia no le reporta ganancia; esto es tan obvio que el patrono busca el medio "legal" del despido justo para la trabajadora que se encuentra en estas condiciones. La paradoja se presenta en que las trabajadoras embarazadas o en lactancia que sean despedidas, aun sin justa causa, no pueden pedir su reintegro por no existir norma procesal que sea acorde con las normas sustantivas mencionadas.

¹⁹⁹ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

²⁰⁰ Código Sustantivo del Trabajo. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

²⁰¹ Ley 50 de 1990.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Código Sustantivo del Trabajo. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

²⁰⁴ *Ibidem*.

Sin duda alguna, esta consagración de derechos relativos a la protección de la mujer en contra de su discriminación en los diferentes campos de la vida social permiten establecer que para el caso de Colombia no ha habido un desarrollo de los mismos, ya que tenemos que en materia laboral, el incremento de la participación de la mujer no se enmarca dentro del desarrollo "moderno", ni en el cambio de patrones culturales, sino que la participación de la mujer en materia laboral se asocia a labores poco creativas, repetitivas y en condiciones que no brindan posibilidades para la movilidad laboral, la capacitación y el ascenso.

Aun así, las mujeres constituyen un gran capital humano fuerza de trabajo en los grandes centros urbanos donde se les violan continuamente sus derechos, ya que el aumento del madresolterismo y de la mujer cabeza de familia ha inducido a la explotación laboral de la mujer y es bien patético el caso de la mujer del servicio doméstico, y ahora con la privatización de los servicios públicos como los del aseo donde se utiliza la mano de la mujer porque resulta más económica y rentable para el patrono.

Además, dentro de los niveles de remuneración, se pueden percibir claramente las diferencias salariales por sexo, lo cual denota la discriminación salarial y las oportunidades de acceso para las mujeres a los niveles de decisión de las empresas.

En lo que respecta a la igualdad de oportunidades para obtener empleo en el sector formal, no hay tales oportunidades para las mujeres ya que la maternidad constituye un obstáculo para que los empresarios ocupen fuerza de trabajo femenino; las mujeres pierden sus empleos al cambiar su estado civil o al quedar embarazadas. Todos estos condicionamientos dentro del modelo de desarrollo capitalista no conducen más que a la discriminación "legal" de la mujer quien pasa a ocupar el papel doméstico de educar a los hijos y mantener el hogar.

1.2.5.- Las madres comunitarias.

El Sistema de Bienestar Familiar Colombiano, se desarrolla con dos categorías de trabajadoras comunitarias, conformadas tanto por Madres Comunitarias como por Madres Jardineras, las cuales están adscritas a los programas de Hogares Comunitarios de Bienestar y a las Casas Vecinales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y del Departamento Administrativo de Bienestar Social (DABS) respectivamente, desde hace ya casi veinte años, haciendo parte de los programas sociales de atención a la infancia residente en los sectores más pobres del país.

Su labor ha sido afectada en primera medida por la carencia de recursos estatales para su desarrollo, lo cual ha generado la creación de alternativas administrativas y económicas para solucionar las necesidades presentadas dentro del marco de este servicio social, llevando a que los usuarios desembolsen en gran parte los costos de su funcionamiento, y como resultado se dé la disminución de calidad y cobertura. El otro problema radica en su realidad laboral, ya que las Trabajadoras Comunitarias han sido víctimas de las nuevas relaciones laborales “informales” utilizadas en este momento en los vínculos surgidos entre las entidades públicas responsables de los programas sociales y las personas de la comunidad, no obstante, la realidad demuestra que aquí si existe una verdadera relación laboral, dado que en la situación laboral que se estructura, concurren los elementos previstos dentro de los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo Colombiano.²⁰⁵

Frente a esto se tiene además la concepción de que el trabajo de la madre comunitaria es una contribución voluntaria al programa de Bienestar Familiar y es, por lo mismo, “trabajo solidario”, que conlleva a una subvaloración del trabajo doméstico o del “trabajo en el domicilio”, que llevaría a pensar que éste no tiene

²⁰⁵ *Ibidem.*

mérito para ser remunerado, y los ingresos percibidos por la madre comunitaria en el hogar son accesorios del salario del compañero, esto debido a la concepción cultural ‘errada’ el trabajo “en” el domicilio, no constituye propiamente trabajo y por ello no tiene mérito para reconocérsele las mismas garantías y beneficios del trabajo asalariado.

Por dichas contribuciones a las que se le han dado el carácter de “trabajo solidario o contribución voluntaria”, se ha dicho que entre las Trabajadoras Comunitarias y las entidades estatales no existe ningún vínculo, debido a ésta calificación, situación que a nuestro criterio no es válida, ya que directa o indirectamente las Madres Comunitarias están subordinadas a las entidades estatales y que al ser estas las directamente responsables, las directamente encargadas de la cobertura de bienestar social y familiar (ICBF – DABS), estas responden como verdaderos patronos ante las exigencias de estas trabajadoras y como verdaderos responsables de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que hayan lugar con respecto a éstas en el contrato de trabajo. El hecho de que se gane la lucha por la laboralización de Madres Comunitarias y Madres Jardineras estaría contribuyendo en forma mínima en la situación de precariedad económica en que la mayoría de las Madres subsisten, y sobre todo contribuiría ante la necesidad de atención médica y asistencial tanto para ellas como para sus familias, en razón de que al adquirir permite el tener acceso directo tanto a ellas como a sus beneficiarios a los servicios que dicho régimen estipula.

Ante esta perspectiva no podemos sino pensar que esta realidad laboral compromete al Estado con las Madres Comunitarias y Jardineras porque se violan flagrantemente principios elementales de la legislación laboral tales como el derecho a devengar un salario mínimo proporcional a la cantidad y calidad de la labor realizada; también el principio de igualdad de oportunidades, pues se establece una clara diferenciación salarial entre las Madres Comunitarias y Madres Jardineras y las demás mujeres trabajadoras colombianas; está también el

principio de razonabilidad, según el cual debería beneficiarse a las Madres Comunitarias y a las Madres Jardineras con todas aquellas situaciones que las favorecieran en su posición de trabajadoras oficiales del Estado.²⁰⁶

Con base en esto podemos ver como NO se están poniendo en práctica los “supuestos” adelantos legislativos y la política social predicada por el Estado, ya que las normas que protegen los derechos de estas mujeres no están siendo acatadas y por lo tanto se está dejando a un lado la finalidad estatal de lograr una justicia social empeñada en el mejoramiento de la calidad de vida tanto de las Madres Comunitarias y las Madres Jardineras así como la de sus familias. Además, en materia de SEGURIDAD SOCIAL, las madres no cuentan con las prerrogativas y derechos derivados naturalmente del contrato, afianzando las arbitrariedades surgidas gracias la 'brillante idea' de que del concepto de BECA (remuneración que se les otorga por sus labores muy inferior al salario mínimo legal mensual) se asuman costos que por naturaleza en el mundo del trabajo asumen los empleadores representados en salud y riesgos profesionales.

Gran parte de la carta de derechos de las madres comunitarias sigue siendo un pliego de peticiones, letra muerta que no ilumina su realidad, que implica reformas institucionales para que se apliquen y se vean como derechos que hay que garantizar a toda la población y a los sectores específicos a los que están dirigidos, derechos de rango constitucional que deben proteger el quehacer y la cotidianidad de las Madres Comunitarias y Jardineras, que día a día se esfuerzan por brindar mejores servicios a los niños que las frecuentan en los Hogares Comunitarios ante los diversos roles que estas ejecutan para el cuidado, el aseo, la alimentación y la educación de estos niños y sobretodo en el mantenimiento del lugar en donde laboran que en la mayoría de ocasiones son sus mismas viviendas, y esto no ha sido tenido en cuenta por la Ley.

²⁰⁶ Libertad sindical y derechos humanos en Colombia. Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo". <http://www.colectivodeabogados.org/nuestro-trabajo/D-E-S-C/Derecho-al-trabajo/libertad-sindical-y-derechos>.

1.2.6.- Ataques a la libertad sindical y a los derechos humanos de los trabajadores en Colombia.

En esta parte vamos a analizar las distintas formas de violación de la libertad sindical de los trabajadores colombianos que nos permiten reclamar que la sociedad entera nacional e internacional se posicione de manera crítica ante esta grave situación y exija el pleno respeto de todos los derechos humanos de los trabajadores colombianos. Las diferentes expresiones de movilización social dan cuenta de una crisis económica, social y política de gran envergadura, ante la cual, algunos sectores de la sociedad civil se muestran cada vez más protagónicos.

Entre los trabajadores, que han venido liderando en los últimos años la movilización social, intentando alcanzar mayor presencia en la esfera pública y obtener reconocimiento como interlocutores legítimos. De ellos dan cuenta varios hechos: la conformación del Comando Nacional Unitario, a partir del paro estatal de febrero de 1997, con la presencia de las tres centrales obreras, la confederación de pensionados, y más recientemente, otras organizaciones sociales, comunitarias y estudiantiles. Este organismo ha tenido capacidad para convocar cinco jornadas nacionales de protesta (febrero/98, octubre/98, abrió – mayo/99, agosto/99, marzo/00), con base en una agenda social más amplia, como lo constata la presentación de pliegos unificados, en los cuales han incluido reivindicaciones relacionadas con políticas públicas que afectan al grueso de la población.

Una característica novedosa del conflicto laboral es el incremento del número de trabajadores que participa en las huelgas: mientras en el lapso 1991 – 1998 el promedio de huelguistas por cada conflicto fue de 10.167, en 1999 casi se triplica: Los asalariados en paro llenan, literalmente, plazas y calles centrales de las

grandes ciudades en cada demostración, aunque más del 90% de los conflictos laborales del país concluye en las mesas de negociación y no sale a la calle.

Lo que pasa es que el conflicto se viene concentrando en los servicios públicos, que aglutinan la mayor cantidad de asalariados del país. Las huelgas las están haciendo educadores, trabajadores de la salud pública, petroleros, empleados de ministerios y entidades descentralizadas. En tanto que los trabajadores del sector privado, y sobre todo de la industria, están al margen, como resultado de la desregulación y ruina de todo el sistema productivo colombiano. Recuérdese que decenas de miles de ellos, durante los años 60 y 70 y aun 80, protagonizaron ceses laborales de cincuenta, cien y más días. No bloqueaban las calles, como sucede ahora con cada conflicto que estalla, por pequeños que sea. Ese es otro rasgo del fenómeno actual. Los conflictos se exhiben ante la ciudadanía porque la negociación laboral atraviesa un mal momento. Mientras el gobierno de Samper se vio obligado a conciliar e interfirió groseramente en las conversaciones de gerentes y sindicatos, la actual Administración ha dicho claramente que no quiere concertar en materia laboral.

1.3.- El Derecho de Asociación y su Marco Internacional.

Dentro de la normatividad internacional que regula el Derecho de Asociación, encontramos:

a.- Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 20

- 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
- 2.- Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

b.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 22

1.- Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2.- El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

c.- Derecho internacional de los derechos humanos

3.- Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

d.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (Declaración Americana)

Artículo XXII. Derecho de asociación.

Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

e.- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Convención Americana).

Artículo 16. Libertad de asociación.

1.- Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2.- El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3.- Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

f.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Artículo 8

1.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a.-) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales.

No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b.-) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c.-) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d.-) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2.- El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3.- Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

g.- Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Artículo 45

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

(...)

Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;

(...)

El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo;

h.- La OIT.

Libertad de asociación y negociación colectiva, 1994, párr. 19, citando una declaración hecha por el presidente del Comité de Libertad Sindical en 1953.

1.3.1.- La Libertad de Asociación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) está integrado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuenta con mecanismos e instrumentos adoptados por los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Su objetivo es promover y defender los derechos humanos en las Américas, incluyendo el derecho a la libertad de asociación. Los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos contribuyen a que la legislación nacional y las prácticas internas de los Estados cumplan con los compromisos de los mismos bajo el derecho internacional y los estándares establecidos por la Comisión y la Corte Interamericana.

El derecho a la libertad de asociación es reconocido en dos de los documentos básicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁰⁷ (la Declaración Americana) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (la Convención Americana).

La Convención Americana reconoce el derecho a la Libertad de Asociación en el Artículo 16:

- 1.- Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
- 2.- El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.[...]

²⁰⁷ La Declaración Americana establece en el Artículo 22 que: “Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.”

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos -SIDH cuenta con dos órganos principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte). La Convención Americana declara que la Comisión y la Corte son los órganos competentes “*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención.*”²⁰⁸

Como explica Helio Bicudo, ex Vicepresidente de la CIDH, de conformidad con los principios de “*pacta sunt servanda*”²⁰⁹ y de “*buena fe*”²¹⁰ del derecho internacional, al ratificar la Convención los Estados partes se obligan a cumplir con las decisiones y recomendaciones de estas instancias. Tanto la Comisión como la Corte han desarrollado estándares jurídicos²¹¹ que los Estados Miembros²¹² de la OEA deben observar para garantizar el ejercicio del derecho de asociación.

Dentro de las atribuciones de la Comisión están: “formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos

²⁰⁸ Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

²⁰⁹ Donaires Sánchez, Pedro. “*El Carácter Vinculante y la Ejecutabilidad de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*”
<http://www.derechoycambiosocial.com/revista007/comision%20interamericana.htm>

²¹⁰ Bicudo, Helio. “*Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*” Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Página 232. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/14.pdf>

²¹¹ La Comisión ha definido “estándares jurídicos” como el conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término “estándares jurídicos” asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>

²¹² Actualmente 23 países del Continente Americano han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para conocer los países parte de la Convención ver: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)

[2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm). A esta fecha los países que han firmado la Convención pero aún no la han ratificado son: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos. Otros países como San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, y San Vicente de las Granadinas no han firmado ni ratificado dicha Convención.

constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos.”²¹³

En cuanto al reconocimiento de la competencia de la Corte de los Estados parte de la Convención, ésta establece que: *“todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”*²¹⁴ El mismo texto se refiere a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte *“al establecer expresamente el compromiso de los Estados partes en la Convención de cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”*²¹⁵

A través de diferentes informes temáticos y de país, la Comisión ha brindado estándares, en algunos casos ilustrados con base en diferentes legislaciones y prácticas gubernamentales que afectan el ejercicio de este derecho. Al mismo tiempo, en dichos documentos la Comisión hace importantes reflexiones sobre el rol del Estado en la protección y garantía de la libertad de asociación. Los informes a los cuales se hace referencia son:

- Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, 2011;
- Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 2009; y

²¹³ Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Artículo 18 inciso b). (Aprobado Mediante La Resolución Nº 447 (Ix-O/79) Adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período Ordinario de Sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, 31 de Octubre de 1979) <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/24.ESTATUTO%20COMISION.pdf>

²¹⁴ Artículo 62 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José". Suscrita en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

²¹⁵ Artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José".

- Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, 2006.

La Corte, por su parte, ha emitido pocas sentencias relacionadas con el derecho de asociación y con el deber de los Estados de facilitar los medios necesarios para que los defensores de derechos humanos realicen libremente sus actividades. La jurisprudencia de la Corte se refiere a la obligación de los Estados de prevenir atentados en contra de la libertad de asociación y proteger a quienes ejercen este derecho así como a investigar las violaciones a la misma, “[...] *incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.*”²¹⁶ Los casos claves en los cuales la Corte²¹⁷ se ha referido a la libertad de asociación son:

- Caso Escher y Otros vs. Brasil, 6 de julio de 2009;
- Caso Kawas Fernández vs. Honduras, 3 de Abril de 2009;
- Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, 10 de julio de 2007;
- Caso Huilca Tecse vs. Perú, 3 de marzo de 2005; y
- Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá, Febrero de 2001.

En el Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, la Comisión resalta que “cualquier acto que tienda a impedir asociarse a las defensoras y defensores, o de cualquier manera, hacer efectivos los fines para los cuales formalmente se han asociado, es un ataque directo a la defensa de los derechos humanos. Los actos de violencia que tienden a desincentivar la afiliación o el accionar de las organizaciones de derechos

²¹⁶ Corte I.D.H. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C No. 121, Párrafo 76; *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*, *supra* nota 153, párr. 144 y *Caso Kawas Fernández vs Honduras*, *supra* nota 35, Párrafo 144.

²¹⁷ Algunas de las primeras decisiones de la Corte sobre Libertad de Asociación se dieron en el contexto de violaciones a los derechos de organizaciones sindicales, tema que exceda el alcance de este documento. Ver, por ejemplo, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Sentencia 3 de Marzo de 2005. Serie C No. 121, Párrafos 69 -72.

humanos están prohibidos por el derecho internacional y podrían generar responsabilidad internacional del Estado.”²¹⁸

1.3.2.- Estándares interamericanos sobre el derecho de asociación

Las normas que regulan la obtención de personería jurídica y registro de las OSC deben ser claras y sencillas. “*La CIDH ha subrayado que los Estados tienen facultad para reglamentar la inscripción, vigilancia y control de organizaciones dentro de sus jurisdicciones, incluyendo las organizaciones de derechos humanos. No obstante, de conformidad con el derecho de asociarse libremente, los Estados deben asegurar que los requisitos legales no impidan, retrasen o limiten la creación o funcionamiento de estas organizaciones.*”²¹⁹ “*Los Estados deben garantizar a su vez, que el registro de las organizaciones de derechos humanos sea de manera rápida, exigiendo solamente los documentos necesarios para obtener la información adecuada a los fines del mismo.*”²²⁰

En los países del hemisferio las OSC se enfrentan a leyes y prácticas problemáticas en la creación o registro de las organizaciones. Por ejemplo,

- En Panamá la ambigüedad de la norma confiere facultades extremadamente discrecionales a la autoridad pública para una evaluación subjetiva de solicitudes de personalidad jurídica, incluyendo sobre la viabilidad de las organizaciones y si los fines de las mismas se adecuan al orden

²¹⁸ CIDH. Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.124 Doc.rev.1 7 marzo 2006, Párrafo 76. <http://www.cidh.org/countryrep/defensores/defensoresindice.htm>

²¹⁹ CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. 2009, Párrafo 559.

²²⁰ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. 2011 Párrafo 173.

1.3.3.- Análisis del Caso Caballero y Delgado Vs Colombia.

Colombia fue condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Caso de Isidro Caballero -dirigente sindical del magisterio santandereano desde hacía 11 años- y María del Carmen Delgado -quien pertenecía al Movimiento 19 de Abril (M-19)-. Veamos una síntesis de este proceso ante este alto tribunal.

1. El 24 de diciembre de 1992, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante esta Corte un caso contra la República de Colombia (en adelante “el Gobierno” o “Colombia”) que se originó el 4 de abril de 1989 por medio de una “*solicitud de acción urgente*” enviada en esa fecha a la Comisión y en una denuncia (Nº 10.319) contra Colombia recibida en la Secretaría de la Comisión el 5 de abril de 1989. La Comisión Interamericana designó como su delegado ante la Corte a Leo Valladares Lanza; como asistentes a Edith Márquez Rodríguez y Manuel Velasco Clark. Además nombró como asesores legales a los señores Gustavo Gallón Giraldo, María Consuelo del Río, Jorge Gómez Lizarazo, Juan E. Méndez y José Miguel Vivanco.²²¹

2. La Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y el artículo 26 y siguientes del Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decida si hubo violación, por parte de Colombia, de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), todos ellos en relación con el artículo 1.1 de la Convención que establece la obligación de respetar y garantizar esos derechos, en perjuicio de los señores Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana. Además consideró que se violó el artículo

²²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995.

2 de la Convención, “*en base al principio pacta sunt servanda*” por no haberse adoptado disposiciones de derecho interno tendientes a hacer efectivos tales derechos y el artículo 51.2 en relación con el 29.b) de la misma, al incumplir las recomendaciones formuladas por la Comisión. Solicitó a la Corte que requiera al Gobierno “*iniciar las investigaciones necesarias hasta identificar y sancionar a los culpables... informar a los familiares de las víctimas sobre su paradero... [que declare que] debe reparar e indemnizar a los familiares de las víctimas por los hechos cometidos por sus agentes... [y que lo condene] a pagar las costas de este proceso*”.

3. Según la Comisión el 7 de febrero de 1989, en el lugar conocido como la vereda Guaduas, jurisdicción del Municipio de San Alberto, Departamento de El Cesar, Colombia, Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana fueron capturados por una patrulla militar conformada por unidades del Ejército de Colombia acantonadas en la base militar Líbano (jurisdicción de San Alberto) adscrita a la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga. La detención se habría producido por la activa participación del señor Isidro Caballero Delgado como dirigente sindical del magisterio santandereano desde hacía 11 años. Con anterioridad y por el delito de porte ilegal de armas había estado detenido en la Cárcel Modelo de Bucaramanga y se le concedió la libertad en 1986; sin embargo desde esa fecha era permanentemente hostigado y amenazado. María del Carmen Santana, “*de quien la Comisión posee muy poca información, también pertenecía al Movimiento 19 de Abril (M-19)*” y colaboraba con Isidro Caballero Delgado promoviendo la participación del pueblo para la realización del “Encuentro por la Convivencia y la Normalización” que se realizaría el 16 de febrero de 1989 en el Municipio de San Alberto. Esta era una actividad organizada por el “Comité Regional de Diálogo”, cuyo objetivo era “*procurar una salida política al conflicto armado, propiciando encuentros, foros y debates en diferentes regiones*”.

4. Según la demanda el 7 de febrero de 1989, Elida González Vergel, una campesina que transitaba por el mismo lugar en que fueron capturadas las víctimas, fue retenida por la misma patrulla del Ejército y dejada en libertad. Ella pudo observar a Isidro Caballero Delgado con un uniforme militar camuflado y a una mujer que iba con ellos. Javier Páez, habitante de esa región que les sirvió de guía, fue retenido por el Ejército, torturado y dejado en libertad posteriormente. Por los interrogatorios a que fue sometido y por las comunicaciones de radio de la patrulla militar que lo retuvo supo de la captura de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana y, una vez puesto en libertad, dio aviso a las organizaciones sindicales y políticas a las que ellos pertenecían, las cuales a su vez, informaron a sus familiares.

2.- Conclusiones.

Se puede concluir que el derecho de asociación sindical en Colombia, es un derecho fundamental, el cual constituye una modalidad del derecho de libre asociación, como quiera que aquel consiste en la libre voluntad o disposición de los trabajadores para constituir formalmente organizaciones permanentes que los identifique y los una en defensa de los intereses comunes de profesión u oficio, sin autorización previa de carácter administrativo o la injerencia o intervención del Estado o de los empleadores, conforme lo consagran los artículos 39 y 55 de la Constitución Política.

El derecho de asociación es un derecho subjetivo que comporta una función estructural, que desempeña en el seno de la sociedad, en cuanto constituye una forma de realización y de reafirmación de un Estado Social y Democrático de Derecho, más aún cuando este derecho permite la integración de individuos a la pluralidad de grupos; no constituye un fin en sí mismo o un simple derecho de un particular, sino un fenómeno social fundamental en una sociedad democrática, y es más, debe ser reconocido y protegido por todas las ramas y órganos del Poder

Público. La asociación sindical comporta un carácter voluntario, ya que su ejercicio discrecional es una autodeterminación del trabajador de vincularse con otros individuos, y que perdura durante esa asociación.

Con la reciente violencia política que ha vivido Colombia en los últimos 20 años, los grupos al margen de la ley como los Paramilitares, han acabado con los líderes sindicales por señalarlos como integrantes de grupos guerrilleros, esto ha hecho que la organización de Naciones Unidas, ONU y la Organización de Estados Americanos, OEA le llamen la atención al gobierno colombiano par que se proteja a los líderes sindicales a través del Ministerio del Interior. Colombia también fue condenado por el caso Caballero, Delgado y Santana en la cual desaparecieron a los señores Isidro Caballero Delgado Santana dirigente sindical del magisterio santandereano desde hacía 11 años y María del Carmen quien pertenecía al Movimiento 19 de Abril (M-19).

3.- Bibliografía.

Libros:

Bicudo, Helio. *“Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”* Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Página 232. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/14.pdf>

Donaires Sánchez, Pedro. *“El Carácter Vinculante y la Ejecutabilidad de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.”* <http://www.derechocambiosocial.com/revista007/comision%20interamericana.htm>
Intervención del Defensor del Pueblo al 55 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Ginebra abril 21 de 1999.

Libertad sindical y derechos humanos en Colombia. Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo". <http://www.colectivodeabogados.org/nuestro-trabajo/D-E-S-C/Derecho-al-trabajo/libertad-sindical-y-derechos>.

Pardo, Rafael. Ministro del Trabajo. <http://www.mintrabajo.gov.co/blog-mintrabajo/derecho-de-los-trabajadores-a-la-asociacion-sindical>.

Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Informe Preliminar A/CONF.166/9 19 de abril de 1995. pág. 9.

Declaración Sobre Derecho al Desarrollo de Naciones Unidas aprobada en 1986 resolución 41-128 párrafo 2 del artículo 6.

CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. 2011 Párrafo 173.

CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. 2009, Párrafo 559.

CIDH. Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.124 Doc.rev.1 7 marzo 2006, Párrafo 76. <http://www.cidh.org/countryrep/defensores/defensoresindice.htm>

Leyes:

Código Sustantivo del Trabajo. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Jurisprudencia:

Sentencia del 8 de diciembre de 1995.

Sentencia No. C-110 de 1994.

Corte I.D.H. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.*

Sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C No. 121, Párrafo 76; *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, supra* nota 153, párr. 144 y *Caso Kawas Fernández vs Honduras, supra* nota 35, Párrafo 144.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caballero Delgado y Santana.

Cibergrafía:

www.eluniversal.com.co.

www.oas.org.

www.todolaboral.galeon.com.

***PARTE V: TRATADO DE PAZ, AMNISTÍA Y SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS.***

LEYES DE AMNISTÍA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO DE PAZ CON LAS FARC EN COLOMBIA.

Por: Jorge J. Redondo Collins y Andrés E. Barrios Alvarado.²²²

I.- Resumen. En este artículo se hará un análisis a la figura jurídica de la amnistía desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho interno de Colombia; el mismo parte de la identificación de casos en el sistema interamericano, en los que se han promulgado leyes de amnistía dentro de ordenamientos nacional. Posteriormente se revisa el tratamiento a partir del derecho interno colombiano. Este trabajo constituye una herramienta para revisar, desde la responsabilidad del Estado colombiano el tratamiento que se da a la figura de la amnistía en el actual Proceso de Paz con las FARC.

II.- Palabras Claves. Amnistía, Indulto, terrorismo, derecho internacional, derecho Interno, proceso de paz, Güerillas, Paramilitares, Estado.

III. - Abstract. This article will analyze the legal form of amnesty from the perspective of international law and domestic law in Colombia; the same part of the identification of cases in the American system, where laws have been enacted amnesty within national systems. Further treatment is reviewed from the Colombian domestic law. This work is a tool to review, from the Colombian State responsible treatment given to the figure on the amnesty in the current peace process with the FARC.

IV. - Key Word. Amnesty, pardon, terrorism, international law, domestic law, the peace process, guerillas, paramilitaries, State.

²²² Estudiantes de Cuarto año Nocturno, año 2014, participantes del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica.

1.- Introducción.

La facultad para la concesión de amnistías en Colombia, reposa en el Congreso de la República²²³ pues se trata de una decisión que involucra una limitación a la aplicación de la ley penal y por ello ninguna otra rama del poder público se halla habilitada para tomarla. La Amnistía es una institución de carácter general en cuanto se refiere de manera impersonal a las conductas punibles que son objeto de indulto y sólo procede por delitos políticos, quedando excluidos los delitos comunes. Finalmente, la amnistía extingue la acción penal pero la extinción de la acción civil queda supeditada a la decisión del legislador y de allí por qué el constituyente haya dispuesto que en caso que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a indemnizar.

En este artículo, empezaremos por la definición del concepto de Amnistía y luego con la identificación de casos de países suramericanos en donde se hayan dictado leyes de Amnistía, para luego continuar con el análisis de los pronunciamientos que se han hecho en Colombia como en distintos tribunales internacionales sobre la misma, lo que propone una aproximación que resulta pertinente para determinar la posición real y actual del derecho colombiano con respecto a la amnistía, y que permite establecer si se regula o se rechaza en el ordenamiento jurídico, así como los límites del ejercicio de esta facultad estatal frente al proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC que se discute en la Habana – Cuba.

Las leyes de amnistía muchas veces funcionan como una tapadera, que evita que se investiguen las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas a lo largo de los años de guerra civil, que han vivido muchos países de américa latina,

²²³ Sentencia C-695 de 2002. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 24 de noviembre de 2014.

concluyó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el máximo tribunal hemisférico en esa materia; por ejemplo, en la sentencia con la que condenó a El Salvador por las masacres de El Mozote de 1981, esta Corte ordenó al sistema judicial salvadoreño que no vuelva a poner la Ley de Amnistía como obstáculo para la procuración de justicia ni en el caso de El Mozote, ni en otros similares que pudieran haber ocurrido durante la guerra civil.²²⁴

A raíz del pronunciamiento de la Corte Interamericana, el Estado Salvadoreño debe remover todos los obstáculos que hasta la fecha han truncado indagaciones y procesos judiciales de casos como El Mozote, en Morazán, donde el Batallón de Infantería de Reacción Inmediata Atlacatl, asesinó a alrededor de mil campesinos desarmados y a sus hijos entre el 11 y el 13 diciembre de 1981. De ese total, y aunque ante la Corte Interamericana solo pudo verificar la identidad de 440 víctimas de ejecución, más de la mitad eran menores de edad, según los relatos de sobrevivientes. El desmontaje de la Ley de Amnistía, como lo ordena la Corte en su sentencia, supone que haya cambios en la manera en la que se han llevado adelante los procesos judiciales de violaciones a derechos fundamentales desde el fin de la guerra; lo anteriormente narrado, puede ocurrir en Colombia, de firmarse el tratado de Paz entre las FARC y el Estado colombiano, si este no toma todas las medidas de indagar uno a uno los delitos cometidos por los guerrilleros desmovilizados de este grupo armado que puedan ser amnistiados por el Estado colombiano; es decir una vez haya una Ley de Amnistía que cobije a los guerrilleros desmovilizados de las FARC si el Estado no estudio uno a uno su situación jurídica, las víctimas de este grupo armado que generó conflicto en Colombia pueden demandar a Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al legislador colombiano le asiste un amplio poder de configuración normativa en materia de amnistías e indultos, pues por constituir un foro democrático por

²²⁴ Corte I.D.H. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Sentencia el 23 de abril de 2012.

excelencia y, al tiempo, la más clara afirmación institucional de la soberanía popular, es la instancia adecuada para promover el debate encaminado a determinar si concurren o no los graves motivos de conveniencia pública a los que la Carta condiciona la viabilidad de tales beneficios. Es también evidente que en ejercicio de esa facultad el legislador puede excluir delitos de esos beneficios pero, desde luego, se trata de una facultad que debe respetar los límites delineados por el constituyente.²²⁵

La facultad para la concesión de indultos radica en el gobierno nacional pero debe ejercerse, con arreglo a la ley. En estricto sentido es una institución de carácter particular que cobija a las personas que han sido condenadas por delitos políticos y no por delitos comunes. Finalmente, el indulto extingue la pena pero no las consecuencias civiles que respecto de particulares se infieran de la declaración de responsabilidad penal.²²⁶

El Congreso colombiano tiene que dejar a salvo el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. Es claro que la amnistía extingue la acción penal y la pena y que el indulto extingue la pena. De allí que se trate de unos beneficios de naturaleza constitucional que involucran la terminación anormal de los procesos penales o de la ejecución de las penas impuestas. No obstante, la extinción de la acción civil como consecuencia de esos beneficios es una decisión que le incumbe a la instancia legislativa. De acuerdo con ello, si el Congreso no dispone la extinción de la obligación de reparar, los amnistiados o indultados quedan vinculados por la obligación de reparar el daño causado a los particulares que hayan sido víctimas de los delitos por ellos cometidos. Pero si el Congreso dispone también la extinción de la acción civil derivada de la acción penal, no puede desconocer que la obligación de reparar recae sobre el Estado y por lo tanto debe concebir los mecanismos con apego a los cuales las víctimas o

²²⁵ Sentencia C-695 de 2002. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 24 de noviembre de 2014.

²²⁶ *Ibidem*.

perjudicados con los delitos amnistiados o indultados han de ser indemnizados. Esta es una decisión compatible con los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación del daño que en el proceso penal de hoy se les reconoce a las víctimas de las conductas punibles.²²⁷

1.1.- La Amnistía.

La palabra amnistía proviene del griego *Amnos*, que significa Olvido. En su acepción general, esta voz hace alusión a una suerte de perdón general, que por motivos de alta política un gobierno, acuerda con unos culpables o presumidos tales, luego de una insurrección, revuelta o de otros actos de desobediencia, mediante un tratado o una ley, la cual declara que olvida el pasado, lo tiene por no ocurrido y promete no hacer otra investigación sobre el asunto.²²⁸

Aquí tenemos otro concepto. La palabra amnistía proviene de una raíz griega que significa olvido y, genéricamente hablando, el olvido del pasado. Aplicada a los delitos políticos, significa el olvido del hecho que se considera ha lesionado un interés jurídicamente protegido, razón por la cual, si el hecho desaparece, no hay lugar a la aplicación de una sanción. La amnistía se aplica en aquellos casos en los que aún no ha habido pronunciamiento por parte de las autoridades judiciales, es decir, no se ha pronunciado una sentencia condenatoria en contra del investigado. *"La amnistía es real, borra la criminalidad a que se refiera la norma legal concreta, es decir, el Estado renuncia circunstancialmente a su potestad penal, con el fin de atender requerimientos de interés público, en especial por motivación política, en búsqueda de ayudar a la concordia en comunidad. Aquí no sólo se anula la acción penal, sino también la pena, y surte sus efectos sobre el pasado: no sobre el futuro; o sea, que es ley transitoria. No le quita al hecho punible su esencia jurídico-penal, sino que lo anula-en tiempo concreto-para luego*

²²⁷ *Ibíd.*

²²⁸ Bohórquez Luis Fernando y otro. Diccionario Jurídico colombiano. Editora Jurídica nacional. Bogotá. 1999. Pp.68.

la tipología que fue materia de la amnistía volver a adquirir su antiguo y pleno valor político- jurídico".²²⁹

El indulto recae sobre sentencias ya proferidas, es decir, el investigado ya ha sido condenado y está sometido a cumplir una pena de prisión. Es personal; libra del cumplimiento de la pena a los sujetos en la ley respectiva. El Estado declara que el beneficiado no va a pagar la condena impuesta, con lo que extingue tal obligación. Dentro de los procesos de reinserción, la amnistía y el indulto guardan una estrecha relación con los acuerdos de paz, pues han sido su consecuencia más notoria y lógica. Mediante estas figuras jurídicos-políticas se ha buscado terminar con los alzamientos en armas de manera parcial y obtener el reintegro a la vida civil y el reconocimiento de los alzados en armas de la legitimidad del sistema. En diferentes momentos de nuestra historia nacional se han expedido estos beneficios jurídicos partiendo en primer lugar de un criterio de amplitud, hasta llegar en los últimos tiempos a otorgar el indulto sólo para quienes hayan realizado el alzamiento sin cometer ningún acto propio de la guerra, por cuanto si lo hacen se excluyen de estos beneficios.

Puede hablarse de Amnistía Propia o Impropia dependiendo de lo que esta figura extinga. La primera hace referencia a la extinción de la acción penal, mientras que la segunda extingue la pena impuesta. La doctrina ha equiparado el indulto con la Amnistía impropia.²³⁰

La amnistía es un beneficio otorgado por el gobierno de un Estado, que implica la extinción de la acción penal a través de una manifestación legislativa. Para algunos, como Jescheck, la figura denota una connotación negativa, al definirla

²²⁹ Eduardo Umaña Luna, Memorial por Colombia, "Dependencia, miseria, violencia: Plebiscito", p.96.

²³⁰ Mateus-Rugeles Andrea y otro. Aproximación al tratamiento de la Amnistía en el Derecho Internacional. Revista Socio jurídicos. Universidad del Rosario. Bogotá. Julio – Diciembre 2009.

como *“la concesión de la impunidad en virtud de una ley, para una multitud de casos de acuerdo con sus características generales”*.²³¹

Ramelli señala que *“la expedición de una ley de amnistía corresponde al ejercicio de un derecho del Estado a no ejercer el ius puniendi, de manera transitoria, contra determinados sujetos que o bien han atentado contra la existencia de aquel o, en cambio, en su calidad de servidores públicos han delinquido gravemente, so pretexto del ejercicio de la ‘legítima defensa’ de un orden establecido, sea democrático o autoritario”*.²³²

Velásquez, refiriendo lo señalado por Sobremonte Martínez, sostiene que la institución de la amnistía *“consiste en un acto de poder del soberano mediante el cual se borran, con el olvido total y absoluto, las infracciones a la ley penal catalogables como de carácter político, poniendo fin tanto a los procesos comenzados o por iniciarse, como a las condenas pronunciadas”*.²³³ En el mismo sentido, Velásquez afirma que la amnistía está ligada a una política estatal, a través de la cual los gobiernos decretan la nulidad de ciertas leyes con el fin de establecer *“la paz y la seguridad de las instituciones estatales, vitales para el ordenado funcionamiento de la organización social”*.²³⁴ El tratadista en comento señala como características de la amnistía, en primer lugar, su generalidad, esto es que a diferencia del indulto la amnistía se otorga de manera impersonal y no particular.

²³¹ Jescheck H. H. y T. Weigend, Tratado de Derecho penal general, Comares, Granada, 2002, p. 994.

²³² Ramelli Arteaga, Alejandro. La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 271.

²³³ Sobremonte Martínez, Indultos y amnistía, Citado por Fernando Velásquez en Derecho penal. Parte general, 3.ª ed., Temis, Bogotá, p. 727.

²³⁴ *Ibidem*. Pp. 728.

1.1.1.- Legislaciones de amnistía en el derecho comparado.

El tratamiento que en los Estados americanos ha tenido la amnistía en sus diferentes regímenes y estructuras normativas, ha sido signado por el interés nacional determinado por cada gobierno, muchas veces contrariando el derecho internacional. Veamos algunos casos:

a.- Perú.

En 1995 el Congreso peruano expide la Ley 26479, mediante la cual se otorga una amnistía general a los militares, policías y personal civil por todos los hechos ocurridos “*con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo*”.²³⁵

El 28 de junio del mismo año se expide la Ley 26492, la cual aclara el ámbito de aplicación de la Ley 26479 al establecer en su artículo 3.º que la amnistía se aplica para los hechos que “*con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo*”²³⁶ ocurrieron entre mayo de 1980 y el 14 de junio de 1995. Igualmente, mediante esta ley se cierra toda posibilidad de que la amnistía sea judicialmente revisada, al disponer que su otorgamiento es un “*derecho de gracia*”²³⁷ exclusivo del Congreso.²³⁸ Considerando esta declaración como omni-comprehensiva y suficiente, se afirma en el artículo 1.º de esta norma que la amnistía concedida mediante Ley 26479 no es violatoria de las obligaciones nacionales e internacionales del Estado peruano en relación con el respeto y garantía de los derechos humanos. En este caso, (que fue estudiado a fondo por la Corte IDH)²³⁹ se vislumbra una posición definida en el derecho internacional, específicamente en el sistema regional, frente a la amnistía, que determina la

²³⁵ Perú, Congreso de la República, Ley 26479 de 1995, artículo 1.º

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ Perú, Congreso de la República, Ley 26492 de 1995.

²³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos, cit.

prohibición en la concesión de este beneficio para casos de violaciones de derechos humanos.

b.- Argentina.

En el caso argentino, como resultado de la persecución contra los insurgentes, considerados por el establecimiento como grupos terroristas, se cometieron serias violaciones a la vida, a la integridad personal y a la libertad, entre otras. Estas violaciones se vieron materializadas en las torturas, desapariciones forzadas y muertes causadas durante el periodo comprendido entre 1976 y 1982.

En 1983, antes de dejar el poder, la Junta Militar expidió una ley de auto-amnistía denominada “*Ley de Pacificación Nacional*”²⁴⁰ la cual abarcaba los crímenes cometidos desde mayo 25 de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Sin embargo, el 27 de diciembre de 1983 esta ley fue revocada al ser declarada inconstitucional y nula. Posteriormente, durante el gobierno de Raúl Alfonsín, se expidieron dos leyes que en sus efectos otorgaron amnistía para los crímenes cometidos durante la lucha contra el terrorismo por miembros de la Fuerza Pública. La “*Ley de Punto Final*”, expedida en 1986,²⁴¹ cerró la posibilidad de llevar a juicio a los responsables de cometer conductas violatorias de derechos humanos durante el gobierno de la Junta Militar que no habían sido enjuiciados hasta ese momento.

Por otro lado, la “*Ley de Obediencia Debida*”²⁴² estableció una presunción de derecho que eximía de responsabilidad penal a todos aquellos oficiales que hubiesen cometido un crimen en cumplimiento de la orden de un superior. Esta norma, expedida en 1987, consagraba en su artículo 1.º que los crímenes cometidos por estos oficiales se habían llevado a cabo como consecuencia de una coacción, en subordinación a una autoridad superior y en cumplimiento de

²⁴⁰ Argentina, Congreso de la Nación. Ley 22924 de 1983 o Ley de Pacificación Nacional.

²⁴¹ Argentina, Congreso de la Nación. Ley 23492 de 1983 o Ley de Pacificación Nacional.

²⁴² Argentina, Congreso de la Nación, Ley 23521 de 1987.

órdenes, sin posibilidad de resistir o rehusarse a seguirlas y sin poder examinar su legalidad. Durante la vigencia de estas disposiciones se evidenció la intención en la República Argentina de evadir la responsabilidad penal de la Fuerza Pública en relación con los crímenes cometidos durante la dictadura militar.

c.- Chile.

El caso chileno resulta de interés en el periodo en que el gobierno es asumido por la Junta Militar.²⁴³ Durante este lapso se expiden y aplican leyes de amnistía que impiden el juzgamiento de los responsables de crímenes cometidos durante el “*Estado de sitio*” que tuvo lugar en el país desde septiembre de 1973 hasta marzo de 1978. De acuerdo con el artículo 2.º del Decreto Ley 2191 de 1978,²⁴⁴ la amnistía cobija también a quienes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley habían sido condenados por tribunales militares después del 11 de septiembre de 1973, y excluye de su ámbito de aplicación las conductas constitutivas de crímenes que en principio no suponen relación con el “*Estado de sitio*” o la violencia y lucha política y militar ocurrida durante el período mencionado. De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 2191, algunos de estos crímenes son el parricidio, el infanticidio, el manejo en estado de ebriedad, el incesto, el estupro, entre otros.²⁴⁵

d.- Colombia.

Debemos dar una mirada retrospectiva a los procesos de paz más relevantes en la historia colombiana; en donde la amnistía y el indulto ha sido la constante principal, veamos:

²⁴³ La junta inició tras el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, y duró hasta el 11 de marzo de 1990.

²⁴⁴ Chile, Junta Militar, Decreto Ley 2191 de 1978.

²⁴⁵ *Ibidem*. Artículos 1 a 3.

En octubre de 1953 se produjo una amnistía general a todos los miembros de las guerrillas liberales de los llanos orientales (aproximadamente 7.000), lideradas por Guadalupe Salcedo. Los llaneros se desarmaron a cambio de una “*amnistía nacional*”²⁴⁶ ofrecida por el general Gustavo Rojas Pinilla. A pesar de ello, muchos líderes de dicha guerrilla fueron asesinados, entre ellos Guadalupe Salcedo.

En 1982, Belisario Betancur sancionó la Ley 35 “*Por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz*”.²⁴⁷ En donde se otorgaba la amnistía general a los autores, cómplices o encubridores de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de su vigencia. En 1984 se crea, con el acuerdo de la Uribe, la Unión Patriótica, exterminado casi en su totalidad.

En 1985, el Gobierno expidió una ley de indulto con base en la facultad que le confería el artículo 119 de la Constitución de 1886 y que benefició a los integrantes del M-19 condenados en las cárceles del país. La ley concedía indulto a quienes habían sido condenados por “*rebelión, sedición y asonada*”²⁴⁸ y delitos conexos, con excepción del secuestro, la extorsión o “*el homicidio fuera de combate*”.²⁴⁹

Entre 1990 y 1991 se dieron varios procesos de paz con grupos guerrilleros: el M-19, el EPL, el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y el Movimiento Armado “Quintín Lame” (MAQL). Dichos procesos de paz tuvieron como marco jurídico la Ley 77 de 1989 y el decreto 213 que establecieron las condiciones para el indulto y la cesación de procesos de los integrantes de los grupos guerrilleros, solo para delitos políticos y conexos pero quedaron por fuera los atroces, como los homicidios fuera de combate o el terrorismo, así ellos tuviesen intencionalidad

²⁴⁶ Perafán. Leonardo González. Amnistía para la paz. Bogotá. Indepaz. 2013.

²⁴⁷ *Ibídem*.

²⁴⁸ *Ibídem*.

²⁴⁹ *Ibídem*.

política. Luego de la desmovilización de estos grupos muchos de sus integrantes fueron asesinados, entre otros el candidato a la presidencia Carlos Pizarro.

Estos son algunos de los ejemplos que han demostrado que en Colombia para hacer la paz es necesario hablar de amnistías e indultos; pero el problema que afrontamos es que el concepto de amnistía e indulto, según la Constitución del 91, está fuertemente ligado al delito político, es decir, a los actos de rebelión, sedición, asonada y conexos; por lo anterior es preciso pensar en que es el momento de no condicionar las amnistías y los indultos a aquellos actos que vayan más allá que los delitos políticos y conexos. Para ello sería necesario que la constitución acepte la posibilidad de las amnistías condicionadas, es decir, amnistías en las cuales exista la extinción de la acción penal para quienes han sido parte del conflicto y se han beneficiado de alguna manera del mismo; la condición para recibir el beneficio sería que se pueda conocer la verdad, aportar a la reconstrucción histórica de los hechos y a la reparación de las víctimas.

1.2.- La amnistía en los instrumentos internacionales.

En este acápite revisaremos las normas de Derecho Internacional relacionadas con la Amnistía.

1.2.1.- La Amnistía en el Sistema universal de la Organización de Naciones Unidas.

El artículo 55 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU), con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, establece en su literal c) el respeto universal a los derechos humanos y a las

libertades fundamentales, así como la efectividad de tales derechos y libertades sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

A partir de esta preceptiva, tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad han impulsado el desarrollo de resoluciones para determinar la responsabilidad penal por violaciones de derechos humanos. De dichas manifestaciones puede concluirse que son contrarios al objetivo y fin de la Carta de la ONU los actos unilaterales de sus miembros que busquen directa o indirectamente impedir la investigación y juzgamiento de responsables de violaciones a los derechos humanos.

En diciembre de 1992, mediante Resolución 47/133 de la Asamblea General, se aprueba la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. En ella se deja claro que los responsables de este delito deben ser investigados, procesados y juzgados (artículo 14).²⁵⁰ Por su parte, el numeral 3.º del artículo 1651 prohíbe el otorgamiento de privilegios, dispensas e inmunidades en los procesos llevados en contra de los responsables del delito de desaparición forzada. Más enfático aún es el artículo 18,52 que acaba con cualquier duda acerca de la posibilidad de conceder una amnistía para los responsables del delito de desaparición forzada, al establecer que los autores o presuntos autores de dicho delito no podrán beneficiarse “*de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal*”.²⁵¹

Si bien la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, a diferencia de la declaración anteriormente referenciada, no hace mención expresa de la prohibición de la amnistía para este tipo de delitos, sí puede considerarse que

²⁵⁰ Artículo 14, Resolución 47/133 de 1992.

²⁵¹ *Ibidem*.

implícitamente la rechaza. El artículo 1054 dispone que en caso de estar frente a una situación de tortura se deba iniciar proceso penal contra el supuesto culpable. De esta manera excluye las figuras que, como la amnistía, impiden la realización de un procedimiento penal.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵² niega la posibilidad de amnistiar a los responsables del delito de genocidio. El numeral 3.º del artículo 6.º⁵⁶ dispone que nada de lo establecido en dicho artículo eximirá a los Estados Parte de cumplir con las obligaciones contraídas en virtud de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esto es, que a pesar de que el numeral 4.º⁵⁷ habla de la posibilidad de conceder amnistía en cualquier caso en que la persona sea condenada a pena de muerte, esto no aplicará para los casos de personas responsables del delito de genocidio, de tentativa, instigación, asociación y complicidad en el genocidio, ya que en virtud de la mencionada Convención los Estados deben establecer sanciones penales eficaces y juzgar a los responsables de dichos delitos.

Esto no implica que no pueda concederse un indulto o conmutación de la pena, como dispone el mismo numeral 4.º del artículo 6.º del Pacto, por cuanto estos dos beneficios no niegan la existencia de un juicio y de una sanción –como sí ocurre con la amnistía– y por ende no se estaría incumpliendo con las obligaciones estipuladas en la Convención.

Algunos instrumentos internacionales, aunque no abordan la figura de la amnistía, contienen disposiciones que evidencian, si bien no un rechazo, sí la imposibilidad de su aplicación. Esto en virtud de que mientras la amnistía extingue la acción penal, hay tratados que establecen como obligación de los Estados Parte el deber de investigación, juzgamiento y sanción del penalmente responsable. Cuando se

²⁵² Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 2200 de 1966 o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

aplica la extinción de la acción penal, se desconocen obligaciones contraídas convencionalmente a partir de los tratados mencionados. Los siguientes son ejemplos de los instrumentos internacionales a los que hacemos referencia: La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes²⁵³ que dispone que los Estados Parte deben establecer como delitos dentro de su ordenamiento penal la tortura y la tentativa, la complicidad y la participación en esta conducta. Igualmente, en virtud del artículo 4.º⁵⁹ deben establecer una pena adecuada para dichos delitos. En esta misma línea que propende por la imposición de una sanción penal al responsable de los delitos.

1.2.2.- La Amnistía en el Sistema interamericano.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵⁴ consagra en su artículo 4.º, sobre el derecho a la vida, el derecho que tiene toda persona condenada a muerte a solicitar que le sea concedida una amnistía por el delito que ha cometido, sin importar de qué conducta típica se trate. En ningún otro artículo de la convención se habla de la posibilidad de conceder tal beneficio por violación a alguno de los derechos que consagra dicho instrumento internacional; de hecho, la Corte Interamericana, en aplicación de esta convención, ha establecido en diferentes pronunciamientos su incompatibilidad con las leyes de amnistía. Esto implica que en los Estados Parte en los que la pena de muerte esté prohibida o no se encuentre consagrada como sanción penal, la prohibición de una ley de amnistía aplicable a los responsables de cometer violaciones a los derechos humanos consagrados en aquella convención, no solo no se encuentra respaldada por la convención, sino que sería violatoria de sus preceptos.

²⁵³ Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 39/49 de 1984 o Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

²⁵⁴ Mateus-Rugeles Andrea y otro. Aproximación al tratamiento de la Amnistía en el Derecho Internacional. Revista Socio jurídicos. Universidad del Rosario. Bogotá. Julio – Diciembre 2009.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura contempla disposiciones que indican su posición de rechazo hacia la amnistía. Si bien expresamente no establece una prohibición al respecto, sí indica la necesidad de castigar a los responsables de cometer el crimen de tortura. Así, el artículo 1.º⁸⁸ establece la obligación de los Estados Parte no solamente de prevenir sino de sancionar ese crimen, y no de cualquier forma sino de la manera en que lo indica la convención. A partir de esta obligación surgen otras, por ejemplo la contemplada en el artículo 6.º,⁸⁹ que obliga a los Estados Parte a consagrar como delito dentro de su ordenamiento interno todo acto constitutivo de tortura o de tentativa de tortura, y a establecer “sanciones severas” para los responsables de dichas conductas. Así mismo, el artículo 8.º establece que las autoridades competentes de los Estados Parte deben iniciar de oficio y de manera inmediata una investigación así como un proceso penal, si es el caso, cuando se denuncie o existan razones de fondo para creer que ha ocurrido un acto de tortura. El artículo 1491 establece, en esta misma línea, la necesidad de investigar e iniciar proceso penal o de extraditar. En otras palabras, se consagra el principio de *aut dedere, aut judicare* del derecho internacional, que busca que se juzgue a los responsables de un delito bien sea en el Estado donde se encuentra o en otro Estado con el recurso de la extradición.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma la posición a favor de establecer la responsabilidad y sancionar a quienes cometan ese delito. En virtud del artículo 1.º los Estados Parte tienen la obligación de sancionar dentro de su jurisdicción a quienes cometan, en calidad de autor, cómplice o encubridor, el delito o la tentativa de desaparición forzada. Para hacer esto efectivo el artículo 3.º, en concordancia con el 4.º,⁹⁵ impone la obligación para los Estados Parte de establecer como delito, dentro de su ordenamiento interno, la desaparición forzada, así como de establecer una sanción adecuada para quien incurra en él. El artículo 4.º, que reafirma esta obligación de tipificación, establece los casos en que un Estado tendrá jurisdicción para conocer

un caso relacionado con dicho delito. El artículo 7.º, que contempla la posibilidad de la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena para el delito en cuestión, permite concluir que esta convención no contempla la opción de una amnistía para los responsables. Así, los Estados Parte no pueden, sin violar las obligaciones derivadas de esta convención, otorgar ese beneficio penal a los autores, cómplices o encubridores del delito de desaparición forzada.

En este mismo sentido se encuentran la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional (Convención sobre Actos de Terrorismo). La misma establece en su preámbulo la conveniencia de adoptar normas relacionadas con la cooperación internacional para la prevención y sanción de los actos de terrorismo. En el mismo sentido, el artículo 1.º establece como obligación de los Estados Parte el cooperar entre sí tomando medidas adecuadas para sancionar los actos terroristas, dentro de los que incluye el secuestro y el homicidio.

1.2.3.- Pronunciamientos de tribunales internacionales sobre la Amnistía Internacional.

Es importante revisar cual ha sido la postura de los tribunales internacionales sobre la Amnistía, por ello revisaremos los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema interamericano sobre la Amnistía.

1.2.3.1.- Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Sistema interamericano sobre la Amnistía.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH ha expresado en diferentes ocasiones su posición respecto a las leyes de amnistía, y ha señalado

la discordancia existente entre este tipo de leyes y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH considera incompatibles estas leyes con la obligación de prevenir, investigar y castigar a los responsables de cometer violaciones de derechos humanos, consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH.²⁵⁵

Desde el informe anual de 1985-1986, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH planteó su posición acerca de las leyes de amnistía, que si bien no era tan radical como la expresada en informes posteriores, sí denotaba su rechazo a las leyes de auto-amnistía. En dicha ocasión, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, fue enfática en afirmar que el llamado a determinar una ley de amnistía era el parlamento, democráticamente establecido, y no los beneficiarios de la ley; y que, en todo caso, era vital para la sociedad –lo calificaba como “derecho irrenunciable”– el conocer la verdad de lo ocurrido en relación con violaciones a derechos humanos, incluso cuando estas hubieran ocurrido bajo regímenes anteriores.²⁵⁶

En el informe realizado por el profesor Humberto Nogueira Alcalá, como perito de la CIDH ante la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano contra Chile,²⁵⁷ se expresó la oposición al Decreto Ley 2191 de 1978, de amnistía en Chile, con varias disposiciones de instrumentos internacionales que obligan al Estado chileno. Por ejemplo, de acuerdo con el peritazgo, el decreto de amnistía era contrario a disposiciones consagradas en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración), y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que establecen como compromiso de los Estados

²⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. Informe Anual 1992-1993. Informe Anual 1996. Reporte 28 de 1992, Caso Argentina. Reporte 29 de 1962 Caso Uruguay. Reporte 34 y 36 de 1996, Caso Chile.

²⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. Informe Anual 1985-1986.

²⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Almonacid Arrellano contra Chile, 26 de septiembre de 2006, serie C, No. 154.

Parte el adoptar medidas legislativas o de otro tipo que hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto y la Convención, y garantizar a toda persona cuyos derechos correspondientes hayan sido violados la interposición de un recurso efectivo y la solución de este a través de autoridad competente, cuya decisión tendrá efectivo cumplimiento.²⁵⁸Tales afirmaciones, aunque hacen referencia al caso chileno, pueden claramente aplicarse a cualquier ley de amnistía de un Estado que sea parte de estos instrumentos, y cuya ley impida el cumplimiento de estas obligaciones.

De acuerdo con el peritazgo mencionado, esta ley es igualmente violatoria del derecho consuetudinario y de los principios de *ius cogens*, que contemplan las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad como delitos de tal magnitud que no pueden quedar en la impunidad; por el contrario, se debe establecer la responsabilidad de sus autores y castigarlos, y se debe garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de las víctimas, entre ellos el derecho a la verdad.

El mismo Decreto Ley 2191 de 1978 o Ley de amnistía desconoce las obligaciones de los Estados Parte consagradas en los artículos 1.1111 y 8.º112 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH, así como en el artículo 14.1113 del PIDCP y en los Convenios de Ginebra. Estas obligaciones básicamente hacen referencia a la necesidad de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH y de garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna; y de garantizar el derecho que tiene toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, con el respeto a las debidas garantías y dentro de un plazo razonable.

²⁵⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.2 y 2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 2 y 25. Organización de Estados Americanos, Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del hombre. IX Conferencia Internacional Americana, Artículo XVIII.

Además, deben garantizarse los principios de inocencia, *non bis in ídem*, publicidad del proceso penal y garantías mínimas de un proceso judicial. En cuanto a los Convenios de Ginebra, el perito parece referirse a la obligación que recae sobre los Estados respecto a juzgar y establecer sanciones penales para los responsables de cometer violaciones graves contra sus disposiciones.

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, ha establecido posición respecto a las leyes de amnistía, al realizar reportes acerca de casos específicos de violaciones de derechos humanos que no han sido investigadas o sancionadas –en virtud de una ley de amnistía que obstaculiza los procesos– por el Estado sobre el que recae la jurisdicción. Por ejemplo, en el Reporte No. 61 de 2001,114 en relación con el caso del señor Samuel Alfonso Catalán Lincoleo contra Chile, esta Comisión manifestó que el Decreto Ley 2191 de 1978, por el cual se concedía una amnistía general que beneficiaba a los violadores de derechos humanos durante el régimen militar chileno de 1973 a 1990, era una “*continuación de la política de violación de derechos humanos perseguida por [dicho] régimen militar*”,²⁵⁹ y su aplicación era incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH y con las obligaciones derivadas de esta para los Estados Parte, al punto de generar responsabilidad internacional al Estado de Chile por denegar justicia con la aplicación del mencionado decreto.

Enfatizó además que ya en varias ocasiones ha sido clara en su posición respecto a la aplicación de leyes de amnistía en casos relacionados con serias violaciones a derechos humanos. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, las leyes de amnistía que impiden que uno de estos casos sea llevado ante un tribunal judicial y que los responsables reciban el castigo correspondiente, dejan sin efecto alguno la obligación de los Estados Parte de la convención, en

²⁵⁹ Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Report No. 61, 2001, Case 11.771, Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, Chile, April 16, 2001.

cuanto a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento, y a garantizar su pleno y libre ejercicio. Como consecuencia de esta imposibilidad de juzgar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, argumenta la Comisión que este tipo de leyes violan el derecho de acceso a la justicia y de protección judicial, consagrados en la convención.

b.- La Amnistía según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): Postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Ley de Amnistía en la Sentencia del Caso Masacre de El Mozote y Lugares Aledaños Vs El Salvador.

Justo 31 años después de ocurrida la matanza, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) condenó a El Salvador por la muerte de más de mil civiles desarmados -450 de ellos niños- a manos de los militares en 1981, en la peor masacre perpetrada durante la guerra civil que sufrió ese país centroamericano de 1980 a 1992. El tribunal, con sede en San José, declaró "*por unanimidad que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la propiedad privada*"²⁶⁰ en la matanza de El Mozote, según la sentencia difundida.

En el marco de la guerra civil salvadoreña, tropas del ahora batallón Atlacatl arremetieron, entre el 11 y el 13 de diciembre de 1981, contra los civiles de siete comunidades de El Mozote, unos 200 kilómetros al noreste de San Salvador, incluidos niños, mujeres y ancianos. La Corte declaró "*responsable al Estado por la violación al derecho a la vida y a los derechos del niño, en razón de las ejecuciones perpetradas*" y estableció "*que algunas mujeres fueron sometidas a violencia sexual, lo cual violó su derecho a la integridad personal y a la vida privada*",²⁶¹ según el fallo.

²⁶⁰ El Faro / Publicado el 10 de Diciembre de 2012. www.elfaro.net. Consultado el día 29 de octubre de 2014.

²⁶¹ *Ibidem*.

Con el fin de la guerra civil, una Comisión de la Verdad creada por la Organización de las Naciones Unidas responsabilizó en 1993 de la matanza a varios militares, algunos de los cuales murieron durante la guerra. No obstante, la masacre, que conmocionó a la comunidad internacional, quedó impune en virtud de una Ley de Amnistía de 1993, por lo que las víctimas, apoyadas por organizaciones civiles, recurrieron al tribunal del sistema interamericano.

La Corte señaló que *"la obligación de investigar persiste para el Estado hasta que se realice un juzgamiento adecuado y (...) se sancione a todos los responsables de las violaciones"*. El tribunal condenó al Estado salvadoreño por violación al derecho a la propiedad privada porque *"en la operación militar las víctimas fueron despojadas de sus pertenencias, les quemaron sus viviendas y sus cultivos, y mataron a sus animales"*. El organismo dijo que no se puede establecer con precisión la cantidad de víctimas de la matanza, aunque los demandantes, la oficina de Tutela Legal del Arzobispado y el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) contaban ya más de 950 personas hace un año.

Como medidas de reparación, la Corte ordenó investigar a fondo los hechos, concluir el censo sobre las víctimas -el número exacto se desconoce-, "asegurar" que la Ley de Amnistía no sea un "obstáculo" para la investigación, "realizar las exhumaciones necesarias", y la "identificación" y "entrega" de restos a los familiares. El tribunal dispuso además el pago de una indemnización a los familiares de las víctimas -cuyo monto no fue precisado en el informe- y programas de atención sanitaria en su favor, así como "implementar un programa permanente y obligatorio sobre derechos humanos dirigido a la Fuerza Armada salvadoreña", según el fallo.²⁶²

La sentencia menciona también que el Estado es responsable por la violación al derecho a la justicia que tienen las víctimas y sus parientes. Expone que tanto la actuación de un tribunal de San Francisco Gotera, en 1993, como la de la Corte

²⁶² *Ibidem*.

Suprema de Justicia salvadoreña, en el año 2000,²⁶³ constituyen denegatoria de acceso a la justicia. El juzgado de San Francisco Gotera es el que, una vez acabada la guerra, recibió denuncias de sobrevivientes y parientes de los asesinados, pero terminó sobreseyendo. Y la Corte Suprema declaró en 2000 que la Ley de Amnistía de 1993 es constitucional. *"La Corte estima pertinente reiterar que, con motivo de la denegación de justicia en perjuicio de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, como lo es una masacre, se presenta una diversidad de afectaciones tanto en la esfera individual como colectiva"*,²⁶⁴ dice la sentencia.

En un acto simbólico Mauricio Funes, primer presidente de izquierda en la historia de El Salvador, pidió perdón a los familiares de las víctimas de El Mozote por las violaciones a los derechos humanos cometidas por tropas gubernamentales. En esa ocasión, el presidente anunció que había instruido a la Fuerza Armada a dejar de honrar la memoria de violadores de derechos humanos al considerarlos héroes de guerra. Aunque no mencionó nombres, su alusión era clara al coronel Domingo Monterrosa, comandante del Batallón Atlacatl, quien murió años después producto de un atentado dinamitero de la guerrilla al helicóptero en que viajaba. Los militares consideran a Monterrosa un héroe de guerra, y en honor de él lleva su nombre la 3a. Brigada de Infantería, con sede en San Miguel. Otro de los responsables de la matanza, el mayor José Armando Azmitia,²⁶⁵ dio su nombre al Destacamento Militar en el departamento de La Unión. 11 meses después de la orden de Funes a los militares de dejar de llamar héroes a violadores de derechos humanos, esos cuarteles mantienen sus denominaciones.

Con actos culturales y religiosos, unos 500 salvadoreños iniciaron el sábado en El Mozote una jornada de cuatro días de conmemoración del 31 aniversario de la masacre, con la colocación de ofrendas florales en el monumento dedicado a las

²⁶³ *Ibídem.*

²⁶⁴ *Ibídem*

²⁶⁵ *Ibídem*

víctimas. El conflicto bélico que enfrentó a los gobiernos de extrema derecha y sus tropas contra la guerrilla del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), hoy en el poder, dejó unos 75 mil muertos y concluyó con la firma de acuerdos de paz en enero de 1992.

2.- Conclusión.

El derecho internacional reconoce la amnistía como un instrumento legítimo del Estado dentro de su política punitiva. Sin embargo, el establecimiento de los límites en el ejercicio de esta facultad no es un tema pacífico ni en la jurisprudencia de los tribunales internacionales ni en las legislaciones domésticas. En efecto, si se observan los casos emblemáticos presentados en este artículo, se concluye que los gobiernos utilizan la figura para solucionar situaciones de desmembramiento del Estado por conflictos internos, y conceden en algunos casos amnistía para toda clase de delitos. Desde esta perspectiva resulta de interés resaltar la presencia de casos en los cuales se promulgan leyes de amnistía para eximir de responsabilidad penal al accionar violatorio de derechos humanos de agentes del Estado; la amnistía se usa como un escudo en la llamada “lucha contra el terrorismo”. Así mismo, se pueden observar de manera excepcional casos en los que ha operado la figura de la amnistía para conductas constitutivas de actos terroristas, como en el caso Barbera, Messegú y Jabardo contra España, o tangencialmente en casos como Saadi contra Italia.

En los inicios del derecho internacional contemporáneo, predominaba la admisión de amnistías amplias, con pocas limitaciones. Sin embargo, al desarrollarse el sistema de protección de los derechos humanos se ha visto una creciente regulación en los diferentes sistemas regionales, encaminada al desarrollo de límites a la amnistía a través de decisiones de tribunales, así como de instrumentos internacionales.

Con la reivindicación de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, la promulgación y aplicación de leyes de amnistía, en especial de auto-amnistía y amnistía general que buscan la impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos, se ven claramente limitadas. Esta afirmación no es tan rotunda en algunos escenarios como el de la responsabilidad del individuo a nivel internacional, cuando la amnistía otorgada respeta los derechos de las víctimas y no busca la impunidad.

El papel de los tribunales internacionales resulta capital para determinar la recepción o rechazo de esta figura en el derecho internacional. Así, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen una posición clara y reiterativa acerca de la imposibilidad de conceder amnistía a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, postura que se deriva de las terribles consecuencias de las dictaduras militares de la región.

Es común que las sociedades en procesos de paz como la colombiana se encuentren con la dicotomía entre la justicia o la paz; y especialmente en estos tiempos en que la corte penal internacional es un permanente observador de las actuaciones de los estados en pro de la no impunidad. Factor que puede convertirse en una dificultad para realizar procesos de paz con grupos ilegales como las FARC en los que se les ofrezca beneficios jurídicos, amnistías, indultos y demás prebendas para que depongan las armas. La realidad es que las guerrillas colombianas están lejos de ser derrotadas militarmente y mientras esa correlación de fuerzas no cambie, lo más probable es que los combatientes de las guerrillas no dejen las armas para ser juzgados y encarcelados. La paz por vía militar podrá demorar más de lo que presupuesta el gobierno; mientras tanto las víctimas seguirán sumando.

Es sabido que la Corte Constitucional Colombiana para la Ley de Justicia y Paz, determinó que existe un pilar fundamental de la Constitución que consiste en el

compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. En virtud de este mandato, existe la obligación de: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad; e (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.²⁶⁶

Constató este Alto Tribunal que la reforma introducida mediante el Acto Legislativo que permitió la Ley de Justicia y Paz partió de la base de que para lograr una paz estable y duradera, es necesario adoptar medidas de justicia transicional. En ese sentido dispuso: (i) la creación de criterios de selección y priorización que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (ii) la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y; (iii) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento.

La Corte debía determinar también si los elementos de justicia transicional introducidos por el “Marco Jurídico para la Paz” eran incompatibles con el pilar esencial que exige respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, a través del cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; y verificar si el cambio implicaba una sustitución de la Constitución o de alguno de sus ejes fundamentales. Para llevar a cabo este análisis, la Sala Plena partió de reconocer la necesidad de efectuar una ponderación entre diferentes principios y valores como la paz y la reconciliación, y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de

²⁶⁶ Sentencia C-579 de 2013. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 24 de octubre de 2014.

no repetición. Consideró que para alcanzar una paz estable y duradera es legítimo adoptar medidas de justicia transicional, como los mecanismos de selección y priorización. La Sala examinó si la posibilidad de centrar esfuerzos en la investigación penal de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia. Concluyó que en virtud de los instrumentos de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y los pronunciamientos de sus intérpretes, es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán aquellos delitos. En cuanto a imputar los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte consideró que el Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: (i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macro estructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición.

También analizó este alto tribunal la renuncia condicionada a la persecución penal. Aclaró que la figura se encuentra limitada desde el propio Acto Legislativo, por cuanto no aplica para los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, conforme con los estándares internacionales. Sumado a ello, precisó que la renuncia se revocará de no cumplirse con los requisitos contemplados por la norma. Dentro de estas condiciones se encuentran, como mínimo, la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores. Finalmente, explicó que la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica al ponderar la obligación de

investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera.

La Corte determinó que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican, por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Finalmente, consideró necesario fijar los siguientes parámetros de interpretación del Acto Legislativo, para que estos sean observados por el Congreso de la República al expedir la Ley Estatutaria que desarrolle, el Marco Jurídico para la Paz.

El pilar esencial que impone al Estado el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, exige que todas ellas tengan, como mínimo, las siguientes garantías: (i) transparencia del proceso de selección y priorización; (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; (iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; (iv) asesoría especializada; (v) el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado, se garantice a través mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; (vi) el derecho a la reparación integral y; (vii) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares. Para que sea aplicable el Marco Jurídico para la Paz es necesario exigir la terminación del conflicto armado respecto del grupo desmovilizado colectivamente, la entrega de las armas y la no comisión de nuevos delitos en los casos de desmovilización individual. Tal como se señala en la Constitución, sin perjuicio del deber de investigar y

sancionar todas las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la ley estatutaria podrá determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, objetivo dentro del cual, para la selección de los casos, se tendrán en cuenta tanto la gravedad como la representatividad de los mismos. Dada su gravedad y representatividad, deberá priorizarse la investigación y sanción de los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. El articulado de la Ley Estatutaria deberá ser respetuoso de los compromisos internacionales contemplados en los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Dentro del diseño integral de los instrumentos de justicia transicional derivados del marco jurídico para la paz, la Ley Estatutaria deberá determinar los criterios de selección y priorización, sin perjuicio de la competencia que la propia Constitución atribuye a la Fiscalía para fijar, en desarrollo de la política criminal del Estado, los criterios de priorización. Para que procedan los criterios de selección y priorización, el grupo armado deberá contribuir de manera real y efectiva al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de todos los menores de edad. El mecanismo de suspensión total de ejecución de la pena, no puede operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Se debe garantizar la verdad y la revelación de todos los hechos constitutivos de graves violaciones a

los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a través de mecanismos judiciales o extrajudiciales como la Comisión de la Verdad.

3.- Bibliografía.

Libros:

Bohórquez Luis Fernando y otro. Diccionario Jurídico colombiano. Editora Jurídica nacional. Bogotá. 1999. Pp.68.

Jescheck H. H. y T. Weigend, Tratado de Derecho penal general, Comares, Granada, 2002, p. 994.

Mateus-Rugeles Andrea y otro. Aproximación al tratamiento de la Amnistía en el Derecho Internacional. Revista Socio jurídicos. Universidad del Rosario. Bogotá. Julio – Diciembre 2009.

Perafán. Leonardo González. Amnistía para la paz. Bogotá. Indepaz. 2013.

Perú, Congreso de la República, Ley 26479 de 1995, artículo 1.º

Perú, Congreso de la República, Ley 26492 de 1995.

Ramelli Arteaga, Alejandro. La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 271.

Sentencia C-579 de 2013. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 24 de octubre de 2014.

Sobremonte Martínez, Indultos y amnistía, Citado por Fernando Velásquez en Derecho penal. Parte general, 3.ª ed., Temis, Bogotá, p. 727.

Leyes:

Colombia. Constitución Política de 1886.

Colombia. Constitución Política de 1991.

Colombia. Ley 35 de 1982.

Colombia. Ley 77 de 1989.

Colombia. Decreto 213 de 1989.

Argentina, Congreso de la Nación. Ley 22924 de 1983 o Ley de Pacificación Nacional.

Argentina, Congreso de la Nación. Ley 23492 de 1983 o Ley de Pacificación Nacional.

Chile, Junta Militar, Decreto Ley 2191 de 1978.

Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 2200 de 1966 o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 39/49 de 1984 o Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Report No. 61, 2001, Case 11.771, Samuel Alfonso Catalán Lincoleo, Chile, Abril 16, 2001.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.2 y 2.3.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 2 y 25.

Organización de Estados Americanos, Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del hombre. IX Conferencia Internacional Americana, Artículo XVIII. Párrafo 114.

Jurisprudencias:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. Informe Anual 1992-1993. Informe Anual 1996. Reporte 28 de 1992, Caso Argentina. Reporte 29 de 1962 Caso Uruguay. Reporte 34 y 36 de 1996, Caso Chile.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. Informe Anual 1985-1986.

Corte I.D.H. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Sentencia el 23 de abril de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Barrios Altos, párrafos 41-43.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Almonacid Arrellano contra Chile, 26 de septiembre de 2006, serie C, No. 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de Interpretación de la Sentencia de Fondo Caso Barrios Altos contra Perú, 3 de septiembre de 2001, serie C, No. 83, párrafo 14.

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sentencia El Amparo contra Venezuela, 29 de julio de 1988, serie C, No. 4, párrafo 166.

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sentencia Godínez Cruz contra Honduras, 20 de enero de 1989, serie C, No. 5, párrafo 175.

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sentencia Velázquez Rodríguez contra Honduras, 29 de julio de 1988, serie C, No. 4, párrafo 166.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013.

Cibergrafía:

www.corteconstitucional.gov.co

www.elfaro.net.

***PARTE VI: PUEBLOS AMERINDIOS Y SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS.***

ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DEL PUEBLO AMERINDIO KANKUAMO POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO SEGÚN RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Por: Juan David Herrera, Álvaro Velándia Otero²⁶⁷

I.- Resumen.

El presente documento hace estricta referencia a la protección del pueblo amerindio Kankuamos interpuesto por la Corte Constitucional colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los Kankuamos es la manera como se conoce al pueblo amerindio de la familia chibcha en la región caribe de Colombia. Si bien su lengua ha estado en peligros de extinción, esfuerzos se hacen para mantenerla viva entre sus pobladores contemporáneos. El área geográfica de influencia de los Kankuamos es Atánquez, Chemesquemena, Guatapuri y La Mina, en la vertiente oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta, entre los ríos Badillo y Guatapuri en el departamento del Cesar. Sabemos que las reformas legales recientes socavan la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, y favorecen los intereses económicos de los inversores y de las compañías comerciales antes que los de comunidades que dependen de la tierra para su supervivencia física y cultural. Algunas de estas leyes son claramente inconstitucionales y van en contra de la Ley internacional de derechos humanos. La comprensión de las bases legales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas es necesaria para proteger sus territorios y recursos ancestrales de la explotación. La finalidad de este estudio es contribuir a este proceso de empoderamiento. El presente documento hace un análisis jurisprudencial que permite un recorrido del marco legal para los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a territorios y recursos naturales.

²⁶⁷ Estudiantes Universidad Libre, sede Cartagena, participantes del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica.

II.- Palabras Claves. Protección, derechos, inconstitucionalidad, indígenas, territorio.

III. - Abstract. This document makes reference to the strict protection of the Amerindian people Kankuamo filed by the Inter-American Court of Human Rights. The Kankuamo is how it knows the Amerindian village of the Chibcha family in Colombia's Caribbean region. While his tongue has been in danger of extinction, efforts are made to manetenerla settlers live among his contemporaries. The geographic area of influence of the Kankuamo is Atánquez, Chemesquemena, Guatapuri and La Mina, on the eastern slope of the Sierra Nevada de Santa Marta, between Badillo and Guatapurí rivers in the department of Cesar. We know that recent legal reforms undermine the sovereignty of indigenous peoples over their traditional lands, and promote the economic interests of investors and trade before those of communities who depend on land for their physical and cultural survival companies. Some of these laws are clearly unconstitutional and goes against international human rights law. Understanding the legal basis for the protection of the rights of indigenous peoples is necessary to protect their ancestral lands and resources exploitation. The purpose of this study is to contribute to this process of empowerment. This document makes a jurisprudential analysis that allows a tour of the legal framework for the fundamental rights of indigenous peoples to territories and natural resources.

IV.- Key Words. Protection, rights, constitutional, indigenous territory.

1. Introducción.

En el presente artículo, se hace un análisis a la protección de los Derechos de los Indígenas Kankuamos por parte del Estado colombiano los cuales a raíz del conflicto armado, les han sido violentados los Derechos Humanos. Aunque el Estado colombiano recientemente ha iniciado una protección colectiva e individual

de los pueblos indígenas en Colombia y esta es una de las principales características del Decreto-Ley 4633 de 2011²⁶⁸ a la hora de definir a qué clase de protección tienen derecho los pueblos y las comunidades indígenas. Según esta norma,²⁶⁹ el Estado debe garantizar la protección de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva e individual²⁷⁰ y, además, deberá prestar dicha protección en coordinación con las autoridades indígenas y consultando siempre a los beneficiarios directos de estas medidas²⁷¹. Esta protección se dio luego que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sacara la resolución de fecha 5 de Julio de 2004, en favor de este pueblo indígena en la cual requiere al Estado colombiano su protección; de allí se desprenden varios Autos que sacó la Corte Constitucional para proteger en el conflicto armado, este pueblo tribal. Veamos:

1.1.- Resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 5 de julio de 2004, en favor del pueblo indígena Kankuamos.

En el Caso Pueblo Indígena Kankuamos, en la Resolución de la Corte de 5 de julio de 2004, Corte I.D.H. (Ser. E) (2004), en la parte de los vistos este alto tribunal sobre Derechos Humanos, dijo sobre los pueblos Kankuamos:

VISTOS:

1. El escrito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) de 2 de julio de 2004, mediante el cual sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana”), de acuerdo con los artículos

²⁶⁸ <http://www.secretariasenado.gov.co>.

²⁶⁹ Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas.

²⁷⁰ *Ibidem*. Artículo 54.

²⁷¹ *Ibidem*. Artículo 55.

63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y 25 del Reglamento de la Corte, una solicitud de adopción de medidas provisionales a favor de los miembros del pueblo indígena Kankuamos (en adelante “el pueblo indígena Kankuamos”), respecto de la República de Colombia (en adelante “el Estado” o “Colombia”), con el propósito de que se proteja su vida, su integridad personal, su identidad cultural y su especial relación con el territorio ancestral, en relación con una petición presentada ante la Comisión por la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” y la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) (en adelante “los peticionarios”).²⁷²

2. Los argumentos de la Comisión se basan en los siguientes supuestos hechos:

- a) los pueblos indígenas Cogí, Arhuacos, Arsarios y Kankuamos, habitan en la Sierra Nevada de Santa Marta, ubicada en la región del Caribe de Colombia y comprende parte de los departamentos de Magdalena, La Guajira y Cesar;
- b) el pueblo indígena Kankuamos se encuentra localizado en la vertiente suroriental de la Sierra Nevada de Santa Marta y su población es de aproximadamente seis mil habitantes;
- c) el pueblo indígena Kankuamos, considerado como extinto en algún momento, ha tendido a un proceso de reconstrucción cultural y de recuperación de sus raíces lingüísticas, religiosas y sociales;

²⁷² Resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 5 de julio de 2004. Medidas provisionales solicitadas por la comisión interamericana de derechos humanos respecto de la república de Colombia. Caso pueblo indígena Kankuamos

d) el territorio Kankuamos fue reconocido legalmente por Colombia en el año 2003, a través de la resolución No. 012 de 10 de abril de 2003, emitida por el antiguo Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), mediante la cual se constituyó el Resguardo Indígena Kankuamos, con una extensión de 40.000 hectáreas. Dicho resguardo está compuesto por doce comunidades, las cuales son Atánquez, Chemesquemena, Guatapurí, Las Flores, Pontón, Mojado, Ramalito, Rancho de la Goya, Los Háticos, La Mina, Murillo y Rioseco;

e) el pueblo indígena Kankuamos considera su territorio como la base en la cual edifica su organización política, su desarrollo y su identidad étnica y cultural, para ellos la Sierra Nevada de Santa Marta es un lugar sagrado;

f) de acuerdo con información entregada por los peticionarios, la ubicación geográfica del pueblo indígena Kankuamos ha expuesto a sus miembros a constantes actos de violencia y amenazas por parte de grupos armados al margen de la ley que operan en la zona. Esto ha generado que los gobernadores y líderes de los cabildos indígenas de la región hayan sido víctimas de amenazas, atentados y asesinatos. Asimismo, numerosas familias han debido desplazarse con el fin de proteger su vida, padecen el bloqueo de alimentos y los jóvenes indígenas se ven expuestos al reclutamiento forzado por parte de estos grupos armados;

g) entre los años 1993 y 2003, habían sido asesinados por los grupos armados aproximadamente 166 indígenas Kankuamos. De dicha cifra, el número de víctimas a agosto de 2003 era de 44;

h) la Defensoría del Pueblo de la República de Colombia emitió la Resolución No. 24 de 18 de septiembre de 2002, mediante la cual se pronunció sobre las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, el control arbitrario sobre los territorios y el

desplazamiento forzado a los que las comunidades indígenas fueron sometidas en la Sierra Nevada de Santa Marta, por parte de los actores armados, lo cual afectaba directamente el desarrollo y tejido social de dichas comunidades. Asimismo, la Defensoría se refirió a la ejecución extrajudicial y a los tratos crueles que estaban padeciendo los integrantes de dichas comunidades;

i) el 24 de septiembre de 2003 la Comisión solicitó a Colombia que adoptara medidas cautelares a favor del pueblo indígena Kankuamo, en el sentido de que adoptara todas las medidas necesarias para preservar la vida e integridad personal de los miembros del pueblo indígena Kankuamo; adoptara las medidas necesarias para brindar atención de emergencia a las víctimas de desplazamiento forzado; concertara las medidas de protección colectiva, incluyendo la presencia de un defensor comunitario, con los beneficiarios de las medidas a través de sus organizaciones representativas; e investigara los hechos de violencia y las amenazas proferidas en contra de la comunidad beneficiaria;

j) los peticionarios informaron a la Comisión, mediante escritos de 27 de octubre y 6 de noviembre de 2003 que, no obstante que existían medidas cautelares por parte de ésta, se habían cometido nuevos crímenes en contra de los integrantes del pueblo indígena Kankuamos. Los peticionarios denunciaron el asesinato de María Isabel Minllola ocurrido el 15 de octubre de 2003, presuntamente efectuado por miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia. Igualmente, los peticionarios denunciaron la ejecución extrajudicial de los siguientes miembros de la comunidad indígena: Dixon Alfredo Arias Arias (16 de octubre de 2003); Cristóbal Montero, Pedro Arias y Néstor Montero (17 de octubre de 2003); Carlos Arias Martínez (20 de octubre de 2003); Freider

Caballero Martínez (24 de octubre de 2003) por responsables sin identificar y Hob Martínez Borbón (29 de octubre de 2003). Según información aportada por los peticionarios estas ejecuciones fueron cometidas presuntamente por miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia. Por último, informaron sobre la presencia de “escuadrones paramilitares” en las localidades de Badillo, Río Seco, Patillal, La Mesa, Los Corazones, Guacoche, Guacochito, Las Raíces, Alto de la Vuelta y en la capital del departamento del Cesar, la ciudad de Valledupar. Según los peticionarios, dichos grupos operan con la aquiescencia o colaboración de los miembros del Ejército de Colombia vinculados al Batallón de Artillería No. 2 “La Popa” y al batallón adscrito al municipio del Patillal;

k) el 28 de noviembre de 2003 los peticionarios informaron a la Comisión que el señor Rafael Arias Maestre había desaparecido desde el 23 de noviembre de 2003 sin conocer su paradero hasta la fecha, e indicaron que dicha desaparición fue obra de los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia. Asimismo, los peticionarios informaron en la referida fecha que el señor William Pacheco Arias, había sido degollado el 27 de noviembre de 2003, en una zona de influencia de las Autodefensas Unidas de Colombia;

l) el 3 de diciembre de 2003 el Estado presentó un informe a la Comisión, relativo a la implementación de las medidas cautelares, en el cual señaló que se había informado de la situación al Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, a la Fiscalía General de la Nación, al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Procuraduría General de la Nación, al Departamento Administrativo de Seguridad, al Ministerio de Defensa y a la Policía Nacional, y que había

solicitado a los peticionarios que formularan una propuesta sobre las medidas necesarias para atender dicha situación. Asimismo, el Estado informó que de manera previa a las medidas cautelares había realizado gestiones tales como “el envío de un listado de víctimas del pueblo Kankuamo a la Comisión de Constatación de Cese de hostilidades”; se había celebrado una reunión entre diferentes autoridades estatales junto a los gobernadores de los cabildos indígenas de los pueblos Wiwas, Yukpas y Kankuamo, en la cual se había acordado realizar una mesa de apoyo a los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y, por último, Colombia indicó que se había mantenido a un representante de la Defensoría del Pueblo en la zona;

m) el 15 de diciembre de 2003 la Comisión manifestó al Estado su preocupación por que se continuaba atentando en contra de los miembros de la comunidad que integran el pueblo indígena Kankuamos pese a la existencia de las medidas cautelares, y lo instó a realizar los esfuerzos necesarios para prevenir dicha situación;

n) el 17 de febrero de 2004 los peticionarios presentaron información sobre la falta de implementación de las medidas cautelares e indicaron que el 6 de febrero de 2004 agentes del Comando Operativo No. 7 del ejército de Colombia acompañados de una persona encapuchada, habrían detenido al señor Juan Eneñas Daza Carrillo, cuyo cuerpo sin vida fue encontrado con posterioridad. Los peticionarios señalaron a su vez que el 7 de febrero de 2004 el Comandante del Batallón del Ejército “La Popa” había declarado que dicho señor había sido dado de baja en un combate con miembros del grupo armado Ejército de Liberación Nacional (ELN);

o) el 2 de marzo de 2004, durante el 119º período ordinario de sesiones de la Comisión, se celebró una audiencia para tratar cuestiones relativas a las medidas cautelares. Durante la audiencia, los peticionarios y el Estado presentaron un informe conjunto sobre los compromisos adquiridos para la implementación de las medidas, en el cual se hizo referencia a la realización de 2 visitas al Resguardo Indígena Kankuamos, en las cuales estuvieron presentes agentes del Estado y representantes de los peticionarios, con el fin de que se hiciera un proceso de consulta interna en el pueblo indígena Kankuamos y de concertar las medidas por adoptar;

p) el 4 de marzo de 2004 los peticionarios informaron sobre amenazas realizadas a los líderes del pueblo indígena Kankuamos que se encontraban en una situación de desplazamiento forzado en Bogotá, en especial sobre actos de agresión llevados a cabo por un grupo de 6 hombres armados que dispararon contra la residencia del líder indígena Gilberto Arlanth Arlza, ubicada en la ciudad de Bogotá;

q) la Comisión tomó conocimiento de la ejecución del señor Ildomar Montero, ocurrida el 8 de marzo de 2004, ejecución que fue presentada como resultado de los combates entre las Autodefensas Unidas de Colombia y el Ejército de Colombia;

r) la Comisión tomó conocimiento de la ejecución del señor Oscar Enrique Montero Arias, ocurrida el 14 de abril de 2004;

s) la Comisión tomó conocimiento de la detención y posterior ejecución del señor Néstor Oñate Arias, quien se alega había sido detenido de manera ilegal por efectivos del Comando Operativo No. 7 del Ejército de Colombia el 16 de abril de 2004, y su cuerpo sin vida fue encontrado al día siguiente en el corregimiento de Antaquez; y

t) la Comisión tomó conocimiento de la ejecución del señor Romelio Antonio Pacheco, ocurrida el 26 de junio de 2004.

3. Las consideraciones de la Comisión en las cuales señaló que el conjunto de los hechos alegados constituye una situación de extrema gravedad y urgencia que podría ocasionar daños irreparables a los miembros del pueblo indígena Kankuamos. Asimismo, la Comisión afirmó que las medidas cautelares que ordenó en este caso no han sido cumplidas por el Estado.

A la luz de lo anterior, la Comisión solicitó que la Corte requiera que el Estado de Colombia:

1. [p]rotej[a] la vida e integridad personal de los miembros del pueblo indígena [K]ankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta, respet[e] su identidad cultural y su especial relación con el territorio ancestral [;]

2. [i]nvestig[ue] los hechos que motivan la solicitud de medidas provisionales, con el fin de identificar y juzgar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes[;]

3. [a]segur[e] que los beneficiarios puedan continuar habitando su territorio ancestral sin ningún tipo de coacción o amenaza y [les] brind[e] ayuda humanitaria toda vez que resulte necesaria [; y]

4. [g]aranti[ce] las condiciones de seguridad para el retorno al territorio ancestral de los miembros del pueblo indígena [K]ankuamo que se hayan visto forzados a desplazarse.

Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que “orden [ara] al Estado que las medidas provisionales que decret[ara] sean acordadas de común acuerdo entre el Estado, los beneficiarios y sus representantes y [que], en vista de la grave y delicada situación, [fueran] implementadas con urgencia”.

Esta parte de vistos, llevó a los siguientes considerandos:

CONSIDERANDOS:

1. *Que el Estado ratificó la Convención Americana el 31 de julio de 1973 y, de acuerdo con el artículo 62 de la Convención, reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985.*

2. *Que el artículo 63.2 de la Convención Americana dispone que, “[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.”*

3. *Que el artículo 25.1 del Reglamento de la Corte dispone que, “[e]n cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.”*

4. *Que el artículo 1.1 de la Convención consagra el deber que tienen los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ese tratado y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.*

5. *Que el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, pendiente lite.*

6. Que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas urgentes y provisionales sirven, además, para proteger derechos humanos fundamentales y evitar daños irreparables a las personas.

7. Que los antecedentes presentados por la Comisión en este caso revelan prima facie una amenaza a la vida e integridad personal de los miembros del pueblo indígena Kankuamo. El estándar de apreciación prima facie en un caso y la aplicación de presunciones ante las necesidades de protección han llevado a la Corte a ordenar medidas provisionales en distintas ocasiones.

8. Que la Comisión Interamericana ha adoptado medidas cautelares que no han producido los efectos requeridos y, por el contrario, los hechos ocurridos recientemente hacen presumir que los miembros del pueblo indígena Kankuamo se encuentran en una situación de grave riesgo.

9. Que la Corte ha ordenado la protección de una pluralidad de personas que no han sido previamente nominadas, pero que sí son identificables y determinables y se encuentran en una situación de grave peligro en razón de su pertenencia a una comunidad. En este caso, según lo indicado por la Comisión, se desprende que el pueblo indígena Kankuamo, integrado por aproximadamente 6.000 personas, constituyen comunidades organizadas, ubicadas en un lugar geográfico determinado cuyos centros poblacionales son Atánquez, Chemesquemena, Guatapurí, Las Flores, Pontón, Mojado, Ramalito, Rancho de la Goya, Los Háticos, La Mina, Murillo y Rioseco, en la vertiente suroriental de la Sierra Nevada de Santa Marta, y comprende parte de los departamentos de Magdalena, Guajira y Cesar, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dichas comunidades del pueblo

indígena Kankuamo, todos se encuentran en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión contra su integridad personal y su vida, así como verse desplazados forzadamente de su territorio . Por ello, esta Corte considera conveniente dictar medidas provisionales de protección a favor de todos los miembros de las comunidades del pueblo indígena Kankuamo.

10. Que la situación que vive el pueblo indígena Kankuamo, según lo descrito por la Comisión, ha afectado la libre circulación de sus miembros y los ha obligado a desplazarse a otras regiones, por lo que es necesario que el Estado asegure que las personas beneficiadas con las presentes medidas puedan seguir viviendo en su residencia habitual y brinde las condiciones necesarias para que las personas desplazadas de dicha comunidad regresen a sus hogares.

11. Que para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación, erga omnes, de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Esto significa, como lo ha dicho la Corte, que tal obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares, inclusive grupos armados irregulares de cualquier naturaleza. La Corte observa que dadas las características especiales del presente caso, y las condiciones generales del conflicto armado en el Estado colombiano, es necesaria la protección, a través de medidas provisionales, de todos los miembros del pueblo indígena Kankuamo, de conformidad con lo dispuesto en la Convención Americana, leída a la luz del Derecho Internacional Humanitario.

12. Que cabe recordar lo establecido por el Tribunal en el sentido de que:

[e]l derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

13. Que el caso al que se refiere la solicitud de la Comisión no se encuentra en conocimiento de la Corte en cuanto al fondo y, por lo tanto, la adopción de medidas provisionales no implica una decisión sobre el fondo de la controversia existente entre los peticionarios y el Estado. Al adoptar medidas provisionales, esta Corte está garantizando únicamente que el Tribunal pueda ejercer fielmente su mandato conforme a la Convención en casos de extrema gravedad y urgencia que requieren medidas de protección para evitar daños irreparables a las personas.

POR TANTO: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25 del Reglamento, RESUELVE:

1. Requerir al Estado que adopte, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de

todos los miembros de las comunidades que integran el pueblo indígena Kankuamo.

2. Requerir al Estado que investigue los hechos que motivan la adopción de estas medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes.

3. Requerir al Estado que garantice las condiciones de seguridad necesarias para que se respete el derecho a la libre circulación de las personas del pueblo indígena Kankuamo, así como que quienes se hayan visto forzadas a desplazarse a otras regiones, puedan regresar a sus hogares si lo desean.

4. Requerir al Estado que dé participación a los beneficiarios de estas medidas en la planificación e implementación de las mismas y que, en general, les mantenga informados sobre el avance de la ejecución de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. Requerir al Estado que informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente Resolución, sobre las medidas provisionales que haya adoptado en cumplimiento de la misma.

6. Requerir a los representantes de los beneficiarios de estas medidas, que presenten sus observaciones dentro de un plazo de cinco días, contados a partir de la notificación del informe del Estado.

7. Requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones dentro de un plazo de siete días, contados a partir de la notificación del informe del Estado.

8. Requerir al Estado que, con posterioridad a su primera comunicación (supra punto resolutivo 5), continúe informando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada dos meses sobre las medidas provisionales adoptadas, y requerir a los

representantes de los beneficiarios de estas medidas que presenten sus observaciones a dichos informes del Estado dentro de un plazo de un mes contado a partir de la notificación de los respectivos informes del Estado y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones a dichos informes del Estado dentro de un plazo de seis semanas contadas a partir de su notificación.

Los Jueces García Ramírez y Cançado Trindade hicieron conocer a la Corte su Voto Razonado Concurrente, los cuales acompañan a la presente Resolución.

Sergio García Ramírez

Presidente

*Alirio Abreu Burelli; Oliver Jackman; Antônio A. Cançado Trindade
Cecilia Medina Quiroga; Manuel E. Ventura Robles Diego García-
Sayán; Magistrados de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos.*

Pablo Saavedra Alessandri; Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Con base en la resolución anterior la Corte Constitucional colombiana, creó una serie de Autos con los que controlaba la protección de este pueblo tribal, a raíz del conflicto armado. Veamos:

1.2.- Línea de argumentación jurídica sobre los derechos humanos de los indígenas Kankuamos por la corte constitucional colombiana.

Los indígenas Kankuamos habitan desde tiempos remotos la Sierra Nevada de Santa Marta, comparten en este gran territorio, la historia ancestral y la cosmovisión del mundo con los pueblos indígenas Kogui, Arahucos y Wiwa. Los

cuatro pueblos estamos comprometidos con guardar el equilibrio natural de la Sierra Nevada y la tradición de nuestros pueblos, por esto nuestra tradición oral nos dice que *“los Kankuamos somos los guardianes de la Sierra y los otros tres pueblos: Kogui, Arhuacos y Wiwa representan los guardianes de la tradición”*.²⁷³

Según la cosmovisión indígena, la Sierra Nevada es vista como una gran mesa, donde cada pueblo indígena es una pata; si llegase a faltar una se desequilibra la Sierra. Esta concepción posee una fuerte dimensión espiritual y ancestral, ya que los mamos de los otros pueblos indígenas de la Sierra Nevada reconocen a los Kankuamos como la pata faltante para el equilibrio de la Sierra: “miren ser Kankuamos, eso es la pata que falta, y esa pata tenemos que restituirla.

El mito de origen reconoce los cuatro pueblos indígenas: Arhuacos, Wiwa, Kogui y Kankuamos. Serankua dejó cuatro cuidanderos, cuatro fincas y en cada finca colocó un pueblo, a estos les delegó la responsabilidad de cuidar la Sierra Nevada de Santa Marta, de no destrozarla ni de acabar lo que existe, porque esta es la madre y el padre que alimenta a los padres, hijos y nietos.

Con el proceso de colonización y aculturación los Kankuamos empezaron a olvidar su compromiso de cuidar la Sierra y de mantener la tradición, por esta razón los mamos Kankuamos entregaron su sabiduría y la máscara de oro de bailar cansamaria a los Kogui, como una forma de resistencia, siendo estos los guardianes de la tradición Kankuamos, tradición que sería guardada y transmitida de mamo a mamo cinco generaciones, sólo hasta ese momento sería que el Kankuamos iría a renacer, el Kankuamos iba volver a surgir.

Seis son las medidas de protección al Gobierno Propio, a la autonomía y a la autodeterminación de los pueblos indígenas que podrá adoptar el Estado, entre las que se destacan: reconocer y respetar el ejercicio del control territorial que

²⁷³ <http://cabildokankuamo.org/>. Consultada el día 8 de mayo de 2015.

ejercen los pueblos y las comunidades indígenas en sus territorios, sin perjuicio de las funciones constitucionales de la Fuerza Pública; garantizar la protección general, especial y diferencial que confiere la Constitución Política y las normas internacionales a los pueblos indígenas; garantizar la presencia del Ministerio Público en las zonas de mayor vulnerabilidad de los pueblos y las comunidades indígenas por causa del conflicto armado para escuchar quejas y recibir información de la vulneración de sus derechos fundamentales y humanos, colectiva e individualmente considerados; y respetar y reconocer el derecho de las autoridades indígenas a proteger su derecho a la vida, la autonomía y los derechos territoriales.

Estado colombiano reconoce y protege la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos de los pueblos indígenas, de conformidad con el principio constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y reconoce también el carácter de entidad de derecho público especial de los cabildos y autoridades tradicionales indígenas. Así mismo el Estado colombiano ha adoptado, suscrito y ratificado declaraciones, convenios y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, que reconocen los derechos humanos y protegen los derechos de los pueblos indígenas de Colombia.

Hay que tener en cuenta que la Corte Constitucional en los Autos de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004²⁷⁴ ha señalado que las condiciones históricas de violaciones graves y manifiestas de los derechos de los pueblos indígenas han facilitado que el conflicto armado produzca un impacto o afectación diferencial en estos grupos poblacionales de especial protección constitucional, de manera que es obligación del Estado atender de manera prioritaria *“el mayor riesgo que se cierne sobre los pueblos indígenas, en especial, el del exterminio de algunos pueblos, sea desde el punto de vista cultural en razón al desplazamiento y*

²⁷⁴ Disponible en línea: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/Sentencia_T-025-04.htm

dispersión de sus integrantes como desde el punto de vista físico debido a la muerte natural o violenta de sus integrantes”.

La sentencia T-025 de 2004, en su apartado 9 decantó una serie de mínimos prestacionales que el Estado debe garantizar en todo momento a personas en condición de desplazamiento y ordenó al CNAIPD en un término perentorio garantizar ese mínimo de protección. Con base en lo anterior, la presente providencia, enunció cuatro niveles de cumplimiento que podrían servir para examinar la información remitida por el gobierno. Tales niveles (incumplimiento y cumplimiento bajo, medio y alto) hacen referencia tanto al avance en la superación de las falencias señaladas como al goce efectivo de los derechos de la población desplazada. De otro lado, la Sala llamó la atención sobre la necesidad de información puntual sobre ciertas acciones realizadas en materia de protección de los derechos de la población víctima.

a.- Auto 177 del 29 de agosto de 2005.

En la presente decisión, la Sala declaró que a pesar de las acciones adelantadas, algunos de los factores del retraso en el avance en la superación del estado de cosas inconstitucional, consisten en la precaria e insuficiente coordinación de los esfuerzos presupuestales de las entidades territoriales y de la capacidad institucional nacional para evaluar los resultados alcanzados por ellas. En este sentido, encontró tres dificultades en la labor de coordinación en cabeza del Ministerio del Interior, por lo cual ordenó la implementación de una estrategia de promoción y coordinación Nación - territorio, que solucione los factores reseñados anteriormente, garantice los derechos y la atención a la población víctima, y permita avanzar a un ritmo más acelerado y sostenido.

b.- Auto 178 del 29 de agosto de 2005.

La sentencia T-025 de 2004, dictó una serie de órdenes complejas encaminadas a superar el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado por la violencia, igualmente fijó para su cumplimiento plazos que posteriormente fueron ampliados. El presente auto realizó una evaluación de la situación y encontró un incumplimiento, en distintos niveles por parte de los entes responsables, principalmente por falta de criterios de diferenciación de la población desplazada y población vulnerable; insuficiencia de recursos y; falta de desarrollo de capacidades administrativas, de coordinación y de seguimiento. En consecuencia, ordena una serie de acciones las cuales deben ser adelantadas, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, por los entes responsables de la atención a la población víctima; y por consiguiente fija nuevos plazos para su cumplimiento.

c.- Auto 200 del 13 de agosto de 2007.

En este auto la Corte analizó la existencia del grave riesgo en el que se encontraban los líderes y representantes de la población desplazada, encontrando que la respuesta de las autoridades ante esta grave y preocupante situación no ha sido adecuada. Por lo cual indicó que dichos sujetos gozan de una presunción de riesgo, que sólo podría ser desvirtuada por las autoridades luego de estudios técnicos de seguridad (los que también servirán para encontrar qué medida resulta idónea). Dicha presunción una vez activada genera en cabeza de la autoridad competente la obligación de adoptar medidas de protección, que en todo caso deben ser eficaces, oportunas, idóneas y tanto fáctica como temporalmente adecuadas para la protección de la vida, seguridad e integridad del solicitante y de su familia. De otro lado, la misma providencia ordenó medidas de protección para los casos identificados y denunciados ante la Corte.

d.- Auto 098 del 21 de mayo de 2013.

A través del auto 098 de 2013, la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional, ordena a las autoridades estatales que tienen a su cargo la protección y atención a las mujeres desplazadas líderes y miembros de organizaciones, a cumplir de manera cabal sus obligaciones constitucionales, luego de encontrar que el riesgo derivado del liderazgo y el trabajo cívico, comunitario y social impulsado por estas mujeres se ha agravado de forma alarmante a partir del año 2009 y que tal agravamiento ha aparejado la vulneración de múltiples de sus derechos fundamentales.

e.- Auto 099 del 21 de mayo de 2013.

En esta providencia la Sala Especial hace seguimiento a las acciones adelantadas por el Gobierno Nacional para la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante la sentencia T-025 de 2004, en materia de ayuda humanitaria en sus distintas fases, inmediata, de emergencia y de transición, en el nuevo marco institucional de la ley 1448 de 2011, y adopta las medidas correspondientes.

f.- Auto 073 de 27 de marzo de 2014.

En este auto la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 declaró que los derechos individuales y colectivos de las personas y comunidades afrodescendientes ubicadas en los municipios de la región pacífica de Nariño, víctimas de desplazamiento forzado, confinamiento y resistencia, continúan siendo masiva y sistemáticamente desconocidos, y que las órdenes dadas en el auto 005 de 2009, no han sido cumplidas cabalmente por las autoridades públicas del Departamento de Nariño.

g.- Auto 009 del 27 de enero de 2015.

Por medio de la presente decisión, en virtud de la cual se hace seguimiento a la orden segunda y tercera del auto 092 de 2008, luego de observar la persistencia de la violencia sexual como un riesgo de género para las mujeres desplazadas, y de las falencias en la respuesta estatal, la Sala de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, presidida por el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, adopta medidas para garantizar la atención, protección y el acceso a la justicia de las sobrevivientes de estos delitos.

Es por lo anterior que es obligación del Estado dignificar a los pueblos indígenas a través del reconocimiento de las afectaciones e injusticias históricas y territoriales y, garantizar sus derechos ancestrales, humanos y constitucionales, mediante medidas y acciones que les garanticen sus derechos colectivos e individuales, principalmente sus derechos territoriales, a la identidad, la autonomía, la autodeterminación, buen vivir y su estrategia de vida para la permanencia cultural y pervivencia como pueblos. Asimismo, garantizar y difundir la comprensión histórica y cultural propia que sobre estos derechos tienen los pueblos indígenas. El Estado debe responder efectivamente a los derechos de los pueblos indígenas a la reparación integral, a la protección, a la atención integral y a la restitución de sus derechos territoriales, vulnerados como consecuencia del conflicto armado y sus factores subyacentes y vinculados y, en consecuencia, garantizar que los pueblos indígenas puedan asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, de desarrollo económico y hacer efectivo el goce efectivo de sus derechos humanos y fundamentales, en especial a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición. Los pueblos indígenas, en su condición de víctimas permanentes de las graves y manifiestas violaciones a sus derechos ancestrales, humanos y fundamentales y a las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el marco del conflicto armado colombiano, expresaron su solidaridad con todas las demás víctimas y, consecuentemente,

expresaron su rechazo a iniciativas que dilataran, obstaculizaran e impidieran la expedición de una ley que dictara medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado.

Dado el interés de los pueblos indígenas en la expedición de una normatividad que beneficie a todas las víctimas de la nación, indígenas y no indígenas, pero de manera respetuosa del derecho fundamental a la consulta previa, propusieron al Gobierno Nacional, en el marco de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, una alternativa única y excepcional que permitiera la continuación del trámite legislativo de dicho proyecto, pero garantizando simultáneamente la efectiva, pronta y consultada expedición de una normatividad diferenciada para pueblos indígenas. En atención a lo anterior, la Ley 1448 de 2011²⁷⁵ prevé en el artículo 205, que el Presidente de la República cuenta con precisas facultades extraordinarias para expedir por medio de decretos con fuerza de ley, la regulación de los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a los pueblos indígenas; por lo que se hizo necesario definir un marco normativo especial y diferenciado para la política pública de atención, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales de las víctimas individuales y colectivas de los pueblos y comunidades indígenas.

En la nueva Constitución aprobada en 1991²⁷⁶ han quedado reconocidos una serie de derechos de las comunidades indígenas:

- a. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (artículo 7²⁷⁷) y es obligación del Estado proteger las riquezas culturales (artículo 8²⁷⁸).

²⁷⁵ Disponible en línea en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043>

²⁷⁶ Disponible en línea en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ *Ibidem*.

- b. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios, y en las comunidades con tradición lingüística propia la educación será bilingüe. (artículo 10²⁷⁹). Su formación deberá respetar y desarrollar su identidad cultural (artículo 68²⁸⁰).
- c. Las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63²⁸¹).
- d. Se reconoce que los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica tienen derechos especiales sobre esos patrimonios culturales, que deben ser reglamentados por ley (artículo 72²⁸²).

- e. Reconoce como nacionales colombianos a los indígenas que compartieron territorios fronterizos, a condición de reciprocidad (artículo 96²⁸³).
- f. Crea cargos de senadores y un número a reglamentarse de hasta cinco representantes a elegirse en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (artículo 176²⁸⁴).
- g. Establece que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes (artículo 246²⁸⁵).

Según palabras del Ministro de Gobierno, el conjunto de la política del Estado para las comunidades indígenas no sólo está basado en las normas de la Nueva Constitución Nacional sino en aquellas de la Ley 21 de 1991, que ratifica y hace

²⁷⁹ *Ibidem.*

²⁸⁰ *Ibidem.*

²⁸¹ *Ibidem.*

²⁸² *Ibidem.*

²⁸³ *Ibidem.*

²⁸⁴ *Ibidem.*

²⁸⁵ *Ibidem.*

Ley Colombiana al Convenio 169 de la OIT "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes"²⁸⁶.

Las medidas de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales para pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y para sus integrantes individualmente considerados, serán acordes con los valores culturales de cada pueblo y garantizarán el derecho a la identidad cultural, a la autonomía, a las instituciones propias, a sus territorios, a sus sistemas jurídicos propios, a la igualdad material y a la pervivencia física y cultural, de conformidad con la dignidad humana, el principio constitucional del pluralismo étnico y cultural y el respeto de la diferencia. Veamos algunos derechos consagrados en el Decreto-Ley 4633 de 2011.

1.3. Derechos de los pueblos tribales indígenas en Colombia según el decreto-ley 4633 de 2011: caso Kankuamos.

Las disposiciones contenidas en el Decreto-Ley 4633 parte del reconocimiento de la condición de víctimas de los pueblos y comunidades indígenas, en tanto víctimas individuales y colectivas de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario, comprendidas y reconstruidas desde la memoria histórica y ancestral de los pueblos indígenas.

El decreto mencionado tiene por objeto generar el marco legal e institucional de la política pública de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales para los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y a sus integrantes individualmente considerados, de conformidad con

²⁸⁶ Ley 21 de 4 de marzo de 1991. Convenio 169 OIT. Ministerio de Gobierno. Asuntos Indígenas, Santafé de Bogotá, Colombia, 1992.

la Constitución Política, la Ley de Origen, la Ley Natural, el Derecho Mayor o el Derecho Propio, y tomando en consideración los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, las leyes, la jurisprudencia, los principios internacionales a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, respetando su cultura, existencia material e incluyendo sus derechos como víctimas de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario y dignificar a los pueblos indígenas a través de sus derechos ancestrales. Algunos de los derechos consagrados en el Decreto-Ley 4633 de 2011 para los Indios Kankuamos, son:

a.- Derechos relativos a la participación política.

Estos derechos se ejercen en organismos nacionales de gobierno, como en órganos de auto gobierno local. En el plano nacional existen dos cargos de Senadores y hasta cinco cargos de Representantes al Congreso Nacional reservados por la Constitución para representantes de los indígenas. En la elección para la última Asamblea Constituyente resultaron elegidos por votación popular dos líderes indígenas. También existe a nivel nacional, y dentro de la Procuraduría Presidencial para los Derechos Humanos, un Comité de Política Indigenista con amplia participación indígena.

En el plano local, los indígenas integran los Consejos Municipales de Rehabilitación y los "Cabildos Indígenas". Por Decreto 2001 de 1988²⁸⁷ se reconoció que los "cabildos indígenas" son "entidades públicas de carácter especial", encargadas de gobernar a los indígenas y administrar sus territorios.

La Constitución Política de 1991 desarrolla el concepto de "territorios indígenas", a los que considera entidades territoriales así como lo son los departamentos,

²⁸⁷

Disponible en:
https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_2001_1988.htm

distritos y municipios. Los territorios indígenas representan otra modalidad regional cuya jurisdicción puede estar incluida en un departamento o en varios (art. 329). Sus relaciones con los departamentos y sobre todo con los municipios que coincidan con el respectivo territorio indígena no están definidas en la Carta, dejando que la ley respectiva defina esa relación.

Sin embargo, los territorios indígenas gozan constitucionalmente de autonomía para la gestión de sus intereses, pueden gobernarse por autoridades propias, administrar recursos y establecer tributos y participar en las rentas nacionales (art. 287). Los territorios indígenas estarán gobernados por Consejos según sus usos y costumbres, que tendrán a su cargo velar por el cumplimiento de las leyes, diseñar políticas, planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, promover y supervisar las inversiones públicas, percibir y distribuir sus recursos, velar por los recursos naturales, coordinar programas y proyectos, y colaborar en el mantenimiento del orden público (art. 330). Algunos comentaristas consideran que estas atribuciones sólo les dan capacidad de control, cooperación, promoción y coordinación, pero no de autoridad ejecutiva directa; y que en ese carácter serían más bien instancias que podrían ser utilizadas por los municipios o departamentos para el desarrollo de las tareas que a éstos corresponden²⁸⁸.

Los miembros de cada Cabildo (entre 5 y 12, según los casos) son elegidos por cada comunidad por un año, sin remuneración ni privilegios, y eligen entre ellos un Gobernador. Aunque la Ley 89 les asigna amplios poderes internos en lo administrativo, ejecutivo y policial, su autoridad sobre la comunidad no es decisiva vinculante, sino moral. Esto refuerza su compromiso democrático, pero lo debilita frente a desafíos o ataques de otras instituciones estatales con las que su poder se superpone o es paralela. Esto lleva a una práctica sistemática de ignorar o

²⁸⁸ Moncayo Víctor Manuel. "El Régimen Territorial en la Constitución de 1991" en Política, Universidad Nacional de Colombia, No 8, diciembre 1991.

desechar su poder por instituciones estatales, inclusive la justicia, la policía y las instituciones municipales.

A su vez, esta propia debilidad e indefinición reglamentaria de los Cabildos lleva a que los Gobernadores de cada Cabildo asuman en ciertos casos prácticas autoritarias y poderes contractuales excesivos en detrimento de sus comunidades, las que a su vez reaccionan en general a través de la desobediencia civil.

De otra parte, el artículo 246 de la Constitución de Política de Colombia establece que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no contraríen la Constitución y las leyes de la República. Esta posibilidad resulta de gran importancia para el desarrollo de la independencia y autonomía de las minorías étnicas, porque de esa manera se pueden obviar las dificultades que se han presentado para el juzgamiento de miembros de las comunidades indígenas por parte de autoridades, que en algunos casos no tienen en cuenta los valores culturales de esas minorías. Los entendidos en esta materia, sin embargo, han señalado su preocupación en relación con las normas reglamentarias que posteriormente se dicten restringiendo esa autonomía jurisdiccional, no permitiendo un pleno desarrollo jurídico de las comunidades indígenas.

b.- Derecho de propiedad y territorios indígenas.

El Gobierno está poniendo en práctica un sistema de Parques Nacionales y Resguardos indígenas, con el fin de *"reconocer el derecho de las comunidades indígenas sobre los territorios tradicionalmente ocupados; adoptar programas para el manejo, preservación, reposición y aprovechamiento de los recursos naturales; sanear los Resguardos adquiriendo las mejoras de terceros que allí se encuentren y adjudicarlas en forma gratuita a comunidades indígenas, y dotar de tierras a las*

*comunidades indígenas que carezcan de ella ampliando Resguardos de tipo colonial, mediante la adquisición de nuevos predios".*²⁸⁹ Ese sistema actualmente tiene su mayor presencia en el área de la Cuenca Amazónica.

Existen actualmente 302 Resguardos, por un total de 26 millones de hectáreas que favorecen a 310.000 indígenas. Sesenta y tres de esos Resguardos, que comprenden aproximadamente la mitad de dichos 26 millones de hectáreas y favorecen a 28.000 personas, fueron constituidos por INCORA (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria) entre 1986 y 1989. Existen también 19 reservas indígenas que favorecen a 1.535 familias. La legislación en materia de Resguardos está fundamentalmente integrada por la Ley 135 de 1961, la Ley 31 de 1967 (aprobatoria del convenio de la OIT de 1957) y la Ley de Nueva Reforma Agraria. La legislación colombiana garantiza a las comunidades indígenas su derecho al usufructo de los recursos naturales renovables de esos territorios, y con la participación y acuerdo de cada comunidad desde 1987 se han nombrado inspectores indígenas de los recursos naturales de los Resguardos. El Gobierno informa haber invertido en mejoramiento económico para comunidades indígenas un monto total de unos 14 millones de dólares (21 mil millones de pesos colombianos) en el cuatrienio 1986-1990²⁹⁰.

c.- Respeto a los derechos culturales de los indígenas

Distintas medidas estatales tienden al respeto de las prácticas y culturas indígenas: la resolución 10.013 de 1981²⁹¹, del Ministerio de Salud Pública, establece que ésta debe prestarse teniendo en cuenta las características culturales de cada comunidad; el Decreto 1142/78²⁹² sobre Educación reconoce el

²⁸⁹ Talco Arias, Josaimo (1995) *Un pueblo indígena en reconstrucción*. Bogotá: Onic.

²⁹⁰ Colombia, Información sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de las Poblaciones Indígenas presentada por el Gobierno. (Publicada en UN.E/CN.4/Sub.2/AC.4/1991/4).

²⁹¹ Disponible en:

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_2001_1988.htm

²⁹² Disponible en: www.iadb.org/Research/legislacionindigena/.../CO-Decreto-1142-78.doc

pluralismo étnico y el derecho de las comunidades indígenas a recibir la educación de acuerdo con sus particularidades socioculturales y económicas, fortaleciendo su capacidad social de decisión sobre su propio destino.

Asimismo, el Decreto 2230/86 crea el Comité Nacional de Lingüística Aborigen, para asesorar al Gobierno en la formulación de políticas relacionadas con las lenguas amerindias existentes en el territorio.

También reconoce la nueva Constitución en su artículo 92.2.c. la nacionalidad colombiana por adopción a "los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos" reconociendo así los derechos que surgen para indígenas que comparten territorios pertenecientes a varios Estados, la existencia de localización ancestral. Este reconocimiento de nacionalidad por adopción está sujeto por el mismo artículo a la aplicación de tratados de reciprocidad, como el Acuerdo de Cooperación Amazónica con Ecuador (1980) y el Tratado de Cooperación Amazónica con Perú (1979), el de Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu con Venezuela (1990).

d.- Vigencia real de los derechos humanos de los indígenas

La estructura gubernamental colombiana ha creado una serie de organismos estatales destinados a aplicar en forma integrada y en distintos frentes de acción las políticas indígenas y a hacer efectivos sus derechos. Ellos y sus responsabilidades al respecto son:

- h. La Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, con responsabilidad por políticas y programas;
- i. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para reconocer la plena propiedad a las comunidades indígenas que carezcan de títulos sobre sus territorios tradicionales;

- j. El Ministerio de Educación, para la etno enseñanza y la vigilancia al respeto por la educación común de los valores indígenas;
- k. El Ministerio de Salud, en programas para salud de los indígenas y la formación de promotores indígenas de salud;
- l. La Unidad de Asuntos Indígenas de la Procuraduría General de la Nación, que vela porque las entidades públicas cumplan sus responsabilidades y se garanticen los derechos indígenas;
- m. El Defensor del Pueblo, nueva institución que en este campo vigila, además, la conducta oficial de los funcionarios públicos, y busca generar valores de tolerancia y aceptación de la diversidad;
- n. El Instituto Colombiano de Antropología -ICAN- para el estudio de las culturas indígenas pasadas y presentes, y que coordina el Comité de Lingüística Aborigen;
- o. Las Oficinas Departamentales de Asuntos Indígenas;
- p. Las Corporaciones Regionales de Desarrollo, buscando impulsar el desarrollo productivo de las comunidades indígenas;
- q. El Programa Indígena del Plan Nacional de Rehabilitación y los Consejos Municipales de Rehabilitación y los Comités de Autoridades Tradicionales, especialmente en zonas que están rehabilitándose luego de situaciones de conflicto, y
- r. El Programa de Desarrollo Institucional Municipal, con funciones de capacitación municipal para la administración de las Entidades Territoriales Indígenas.

La Consejería Presidencial para los Derechos Humanos señala algunas de las principales dificultades para la vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas²⁹³: Hay un gran desconocimiento entre los funcionarios oficiales sobre la Legislación Indígena y las leyes que benefician los derechos y territorialidades de

²⁹³ Colombia, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. "Derechos Humanos, Reflexión y Acción 3", Bogotá, septiembre 1991.

los grupos indígenas. Esto lleva a que sus autoridades legítimas sean desconocidas y desplazadas por un sinnúmero de instituciones del Estado.

Los títulos sobre sus resguardos en la mayoría de los casos no gozan del reconocimiento por parte de los funcionarios oficiales. Algunas instituciones y órganos de poder en las regiones... no ven con buenos ojos la conformación de organizaciones zonales y regionales con voceros de varias comunidades... empeñados en defender sus derechos étnicos y a sus territorios.

El derecho a la autonomía... no es reconocido por los grupos y organizaciones políticas de todos los colores.

Un ejemplo de esa incompreensión --que no sólo existe en agentes del Estado sino también en la sociedad civil no indígena-- y de cómo es posible superarla, ha sido la difícil negociación y puesta en marcha de un acuerdo respecto a las explotaciones salineras de la Guajira, acuerdo finalmente logrado entre la comunidad Wayuu, con el apoyo de ciertas instituciones oficiales como el Inderena, la Oficina de Asuntos Indígenas y la Procuraduría, y por otra parte, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, representando a instituciones del Estado y privadas. Este acuerdo, firmado el 27 de julio de 1991 en Manaure, Departamento de la Guajira, para la explotación de ese ecosistema y el mercado regional de la sal, respetando los derechos y la participación indígena, evitó una confrontación mayor entre la población indígena y otros sectores interesados en la explotación salinera²⁹⁴.

Al conflicto de intereses sobre la propiedad de la tierra entre los propietarios de grandes extensiones y las comunidades indígenas, se agrega la contradicción entre los intereses de pequeños campesinos y sus organizaciones como la

²⁹⁴ Raquel Rojas. "El Palpitar de los Wayuu" en Colombia Hoy Informa, No 96, Santafé de Bogotá, noviembre 1991.

Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), que desean la propiedad individual de terrenos, y los intereses de las comunidades indígenas que luchan por la propiedad comunal de las mismas.

Como en tantos otros aspectos de la situación de los derechos humanos en Colombia, todos estos factores hacen muy compleja la acción del Estado para garantizar y promover los derechos humanos de los indígenas, lo que no disminuye su responsabilidad como Estado para ejercer una intervención permanente y activa como equilibrante de los distintos intereses legítimos y para contrarrestar y anular la acción de fuerzas violentas, tanto las que actúan con la complacencia o apoyo de las fuerzas de seguridad y judiciales, como las que actúan en contra de ellas.

2.- Conclusiones.

Colombia tiene uno de los sistemas más avanzados del mundo para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Tristemente, la realidad es bien diferente. La abundancia de recursos naturales en las tierras indígenas se convierte en detonante de la violación de sus derechos fundamentales tanto por parte del Estado como de grupos armados ilegales y empresas privadas en busca de beneficio económico. Los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y sus integrantes individualmente considerados tienen derecho a ser reparados de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva. La ayuda y asistencia humanitaria, así como la prestación de los servicios sociales del Estado, no constituyen medidas de reparación integral.

El acceso prioritario, especial y preferente de las víctimas a los servicios sociales del Estado, conforme a la Ley 418 de 1997, hace parte de la asistencia humanitaria. En consecuencia, el valor de estas medidas no podrá descontarse

del valor de la reparación integral, administrativa o judicial, a la que tienen derecho las víctimas.

De manera excepcional, cuando se establezcan específicamente prestaciones sociales para las víctimas que sean notoriamente superiores a las previstas en la política social general, que respondan a las características y elementos particulares de las necesidades específicas de las víctimas individual y colectivamente consideradas, y su otorgamiento se encuentre acompañado de formas de reparación simbólica y del reconocimiento del daño, estas podrán considerarse como prestaciones complementarias a las medidas generales de reparación integral.

La protección colectiva a los pueblos y las comunidades indígenas incluye las medidas de protección a la autonomía, a los derechos territoriales, al territorio indígena y a los pueblos y las comunidades que perviven en él. Y, además, cobijan a los territorios indígenas de ocupación ancestral, constituidos en resguardo, en proceso de ampliación o saneamiento. Estas medidas buscan proteger el carácter sagrado y ancestral de los territorios indígenas, la pervivencia física y cultural de los pueblos y las comunidades y evitar el genocidio cultural y territorial teniendo en cuenta que los daños ocasionados a los pueblos indígenas son un menoscabo al patrimonio cultural de la humanidad.

3.- Bibliografía.

Libros.

Celedón, Rafael (1890) "Vocabulario de la lengua de Atanques". P Actas del 8° Congreso Internacional de Americanistas, Paris 1890: 591-599.

Dussán de Reichel Alicia (1960) "La mochila de fique. Aspectos tecnológicos, socioeconómicos y etnológicos". Revista Colombiana de Folklore II (4): 138-156.

Reichel-Dolmatoff, Gerardo y Alicia Dussan (1961), The People of Aritama: The Cultural Personality of a Colombian Mestizo Village Chicago: University of Chicago Press.

Talco Arias, Josaimo (1995) Un pueblo indígena en reconstrucción. Bogotá: Onic.
Vega Araujo, Leila Luz (1998) "Crónicas de mi infancia". Valledupar: Onic.

Colombia, Información sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de las Poblaciones Indígenas presentada por el Gobierno (publicada en UN.E/CN.4/Sub.2/AC.4/1991/4). Colombia, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. "Derechos Humanos, Reflexión y Acción 3", Bogotá, septiembre 1991.

Ley 21 de 4 de marzo de 1991. Convenio 169 OIT. Ministerio de Gobierno. Asuntos Indígenas, Santafé de Bogotá, Colombia, 1992.

Víctor Manuel Moncayo. "El Régimen Territorial en la Constitución de 1991" en Política, Universidad Nacional de Colombia, N° 8, diciembre 1991.

Fernando Rojas, "Providing Legal Services to Indigenous Communities. A case study of the Coyaima Clinic" en Beyond Law, Instituto de Servicios Legales Alternativos.

Colombia, Información sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de las Poblaciones Indígenas presentada por el Gobierno. (Publicada en UN.E/CN.4/Sub.2/AC.4/1991/4).

Colombia, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. "Derechos Humanos, Reflexión y Acción 3", Bogotá, septiembre 1991.

Raquel Rojas. "El Palpitar de los Wayuu" en Colombia Hoy Informa, N° 96, Santafé de Bogotá, noviembre 1991.

Fernando Rojas, "Providing Legal Services to Indigenous Communities. A case study of the Coyaima Clinic" en Beyond Law, Instituto de Servicios Legales Alternativos.

Leyes:

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 1448 de 2011.

Decreto 1397 de 1996

Jurisprudencia:

Sentencia T-025 de 2004

Auto 009 del 27 de enero de 2015

Auto 173 de 06 de junio de 2014

Auto 073 de 27 de marzo de 2014

Auto 234 de 22 de octubre de 2013

Auto 234 de 22 de octubre de 2013

Auto 119 de 24 de junio de 2013

Auto 099 del 21 de mayo de 2013

Auto 098 del 21 de mayo de 2013

Auto 299 del 18 de diciembre de 2012

Auto 173 del 23 de julio de 2012

Auto 116A del 24 de mayo de 2012

Auto 112 del 18 de mayo de 2012
Auto 045 del 7 de marzo 2012
Auto 219 del 13 de octubre de 2011
Auto 174 del 9 de agosto de 2011
Auto 005 del 26 de enero de 2009
Auto 004 del 26 de enero de 2009
Auto 251 del 6 de octubre de 2008

Cibergrafía:

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_2001_1988.htm

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_2001_1988.htm

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043>

<http://www.cidh.org/countryrep/Colombia93sp/cap.11.htm>

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4633_2011.html

<http://es.wikipedia.org/wiki/Kankuamos>

<http://cabildokankuamo.org/derechos-humanos/>

<http://hrev.org/proyectos/marco-legal-para-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-colombia/>

***PARTE VII: DISCRIMINACIÓN SEXUAL Y SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS.***

LA DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN A LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LOS DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS DEL CASO DE SERGIO URREGO COMO VÍCTIMA DE BULLYING.

Por: Julieth P. Barrios Parra, Sharon M. Barrios Olano y Jenny Cárcamo Torres.²⁹⁵

I.- Resumen: En este trabajo presentamos un estudio crítico de la discriminación por orientación sexual y los Derechos Humanos, desde el punto de vista constitucional, realizaremos un recorrido por el derecho a la igualdad, tomando la discriminación en razón a la orientación sexual para explicar la forma de protección del Bullying o matoneo en nuestras escuelas. Analizamos en especial el caso de Sergio Urrego el joven de 16 años que se suicidó meses pasados como consecuencia de la discriminación por su opción sexual en la escuela. Se trata de una investigación básicamente jurídica, a nivel dogmático teórico; por lo que se ha empleado un método bibliográfico de investigación, consistente en la recopilación, sistematización y análisis de las leyes, la incipiente Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la constitucional en Colombia y de la doctrina existente sobre la materia.

II.- Palabras Claves: Discriminación, orientación sexual, homosexualidad, acción de tutela, Matoneo o Bullying.

III.- Abstract: We present a critical study of discrimination based on sexual orientation and human rights, from the constitutional point of view, for which we tour for the equality rights, taking discrimination based on sexual orientation explain how protection Bullying or Manoteo in our schools. We analyze in particular the case of Sergio Urrego the 16-year-old committed suicide last month as a result of discrimination based on sexual orientation in school. This is basically a legal

²⁹⁵ Estudiantes de Cuarto año Nocturno, año 2014, participantes del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica.

investigation, dogmatic theoretical level; so it has been used a bibliographic research method involving the collection, organization and analysis of legislation, the emerging jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and constitutional in Colombia and the existing literature on the subject.

IV.- Key Words: Discrimination, sexual orientation, homosexuality, actions for protection, Bullying.

1.- Introducción.

El artículo 13 de la Carta Constitucional colombiana, sigue una línea similar a la de los demás países de América Latina, en la primera parte de la norma expresa *“todas la personas nacen libres e iguales ante la ley”*.²⁹⁶ La Corte Constitucional ha considerado que con base en lo dispuesto en este artículo la igualdad se *“constituye en un derecho constitucional fundamental, así como en un valor fundante del Estado social de derecho y de la concepción dignificante del ser humano que caracteriza nuestro ordenamiento superior”*.²⁹⁷

La consagración expresa de la igualdad está contemplada en el título segundo – bajo el epígrafe de los derechos, las garantías y deberes constitucionales–, capítulo primero –contentivo de los Derechos Fundamentales–, y ubicado justo después de los derechos fundamentales a la vida (art. 11) y a la integridad personal (art. 12).²⁹⁸ Es decir, que a la luz de la Constitución colombiana la igualdad, además del carácter de principio fundamental, tiene la consideración de derecho fundamental de las personas, entendido éste como un derecho subjetivo susceptible de ser amparado a través de la interposición de la acción de tutela (art. 86 Superior). Más aún, de conformidad con lo dispuesto en el art. 85 de la

²⁹⁶ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

²⁹⁷ Sentencia No. C-033 de 1996. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

²⁹⁸ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

Constitución,²⁹⁹ el de la igualdad es uno de los derechos fundamentales de aplicación inmediata, es decir, que para su ejercicio no requiere de desarrollo legislativo alguno y es susceptible de ser aplicado directamente por los operadores jurídicos.

Las principales causas históricas de discriminación son en razón de: la raza, la religión, la edad y el sexo u orientación sexual; en este trabajo analizaremos desde el punto de vista doctrinal como opera la discriminación en razón a la orientación sexual desde el punto de vista de los Derechos Humanos para lo cual hemos tomado como ejemplo el caso de Sergio Urrego un estudiante colombiano que se suicidó el 4 de agosto de 2014 a los 16 años, luego de una presunta³⁰⁰ discriminación sistemática sufrida por su orientación sexual por las directivas y docentes del colegio Gimnasio Castillo Campestre.

La orientación sexuales independiente del sexo biológico o de la identidad de género; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas. Existen tres grandes tipologías de orientación sexual:

- **La Heterosexualidad:** Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

²⁹⁹ *Ibídem.*

³⁰⁰ Decimos “presunta” pues el caso se encuentra en juicio.

- **La Homosexualidad:** Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Se utiliza generalmente el término lesbiana para referirse a la homosexualidad femenina y gay para referirse a la homosexualidad masculina.
- **La Bisexualidad:** Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo o también de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

1.1.- El principio de no discriminación.

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra en la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos, es un principio de orden transversal y se encuentra consagrado en los diversos instrumentos internacionales desde la Carta de las Naciones Unidas hasta los principales tratados de derechos humanos entre ellos , la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su artículo primero que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.³⁰¹

El principio de igualdad exige que los derechos enunciados en los distintos instrumentos se reconozcan a todas personas sin discriminación alguna y que los Estados velen por que sus leyes, políticas y programas no sean discriminatorios. Asimismo, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecen la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin

³⁰¹www.acnudh.org. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

discriminación alguna por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Además, en virtud del artículo 26 del PIDCP, todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley y en consecuencia se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No 18 precisó que el término Discriminación tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

En igual sentido el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales ha afirmado que *“Los Estado Parte (en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) deberían asegurarse de que la orientación sexual de una persona no sea una barrera para alcanzar los derechos del Pacto... Además, la identidad de género está reconocida como parte de los motivos prohibidos de discriminación”*.³⁰²

³⁰² *Ibíd.*

1.2.- La igualdad y el Principio de No discriminación en la Constitución Política de Colombia.

El inciso 1º del art. 13 consagra la cláusula general de igualdad y no discriminación al establecer: *“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 ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*.³⁰³ Adicional e independiente a esta norma de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Carta, la Constitución reconoce expresamente este principio, prohibiendo de manera categórica cualquier forma de discriminación. Lo anterior, a efecto de que *“no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a una persona o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada”*.³⁰⁴

Con respecto a la prohibición de discriminación la Corte en sentencia T -340 señaló: *“El examen de igualdad presenta también algunas particularidades cuando se examina una eventual violación a la prohibición de discriminación. Básicamente, una discriminación se presenta cuando las autoridades adoptan tratos diferenciados entre personas o grupos en situaciones similares, sin que exista para ello una razón legítima. Además, la prohibición de discriminación ha sido desarrollada tanto en el artículo 13 de la Carta Política, como en otras cláusulas del Texto Superior y en diversos instrumentos del DIDH que señalan grupos, colectivos, o situaciones en las que la discriminación sigue un patrón de exclusión histórico crónico, razón por la cual la carga de la prueba sobre la legitimidad de la medida (razonabilidad) se traslada a la autoridad.”*³⁰⁵

³⁰³ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

³⁰⁴ Ibídem.

³⁰⁵ Sentencia T -340 de 2010. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

En consecuencia, cada uno de los pasos del examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida se hace más estricto, pues las medidas de diferenciación basadas en tales criterios se presumen inconstitucionales. En la sentencia C-371 de 2000, señaló la Corte: *“El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos.(...) Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr. Mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.”*³⁰⁶

En la sentencia C-481 de 1998, esta Corporación sostuvo que los criterios sospechosos son *“Categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”*³⁰⁷

En la sentencia T-1090 de 2005,³⁰⁸ al estudiar si la conducta de los dueños de unas discotecas de Cartagena, orientada a prohibir la entrada de afrodescendientes a sus instalaciones constituía una actitud discriminatoria, la Corporación señaló que, a pesar de la importancia del principio de no discriminación, el concepto no había sido definido con claridad por la

³⁰⁶ Sentencia C-371 de 2000. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³⁰⁷ Sentencia C-481 de 1998. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³⁰⁸ Sentencia T-1090 de 2005. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

jurisprudencia constitucional. Con el fin de llenar ese vacío, la Corte reiteró lo dicho en la sentencia T-098 de 1994.³⁰⁹ A partir de esto, señaló este Tribunal que cuando se presenta un acto de ese tipo corresponde al juez de tutela efectuar un análisis jurídico riguroso para establecer sus causas y definir las medidas necesarias para “*enmendar la irregularidad*”³¹⁰ razón por la cual la acción de tutela es procedente en Colombia para otorgar protección a quienes han sido víctimas de actos discriminatorios.

Alrededor de estos supuestos jurídicos, sociales y económicos se plantea nuestro problema jurídico de la protección constitucional por actos discriminatorios en razón a la orientación sexual; especialmente en lo que respecta el Bullying o Matoneo en las escuelas colombianas.

1.3.- La orientación sexual, como base para discriminación.

La homosexualidad y otras opciones eróticas afines han sido históricamente tratadas de múltiples formas: ha pasado de la aceptación (desde Mesopotamia hasta Grecia), la tolerancia (en Roma), hasta la condena absoluta (en muchas culturas occidentales).³¹¹ Hoy, gracias a los múltiples movimientos sociales activistas y otras organizaciones, se ha conquistado el reconocimiento de derechos a los integrantes de la comunidad de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales (LGBTI).³¹² Uno de los logros producto de estas batallas contra el fanatismo es el reconocimiento de su unión matrimonial o civil por parte del Derecho.

³⁰⁹ Sentencia T-098 de 1994. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³¹⁰ Aarnio, Aulis, (1991) *Lo Racional como Razonable* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), centro de estudios constitucionales, Madrid.

³¹¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, (1990) tomo XIV, DRISKILL S.A., Buenos Aires.

³¹² LGBTI es un acrónimo que se usa como término colectivo para referirse a las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans (el término trans se refiere a travestis, transexuales y transgéneros) e Intersexuales.

La homosexualidad y otras conductas semejantes son tan antiguas como el mismo ser humano: la actitud de la sociedad hacia estas formas eróticas a lo largo de la historia ha oscilado entre la aceptación, la tolerancia y la condena absoluta. Desde la antigüedad los seres humanos dotados de razón han tenido la posibilidad de escoger sus preferencias sexuales, paralelo al desarrollo de las culturas se da el fenómeno de la homosexualidad y esta jamás había sido considerada una aberración hasta el advenimiento de las culturas monoteístas.

En la antigua Grecia³¹³ este fenómeno se dio como normal entre el alumno y el maestro puesto que este era el encargado de enseñarle las artes amatorias a su alumno, mas era visto como una aberración luego cuando el joven alcanzaba la edad adulta; del mismo modo, estas prácticas eran bien vistas en la aristocracia de la época, y dicha práctica no sustituía el matrimonio heterosexual, sino que al contrario, lo complementaba. Gracias a la práctica de la pederastia homosexual masculina las clases altas transmitían sus valores.

Roma³¹⁴ varió el criterio frente a la práctica homosexual. En época de la República, la homosexualidad estaba penada con la muerte mediante la *Lex Scantinia*, la cual la consideraba una conducta desviada de los griegos. Ya en la primera época del Imperio se convirtió en una conducta totalmente aceptada, practicada incluso por los emperadores. Durante el imperio romano se produjeron los primeros casos de matrimonio entre dos hombres. El emperador Nerón -por ejemplo- se casó con tres hombres sucesivamente, y con dos mujeres.

Solo hasta que los hebreos³¹⁵ pueblo nómada semita profesara el monoteísmo renunciando a su etapa politeísta en la cual denominaban a sus dioses, Elohím apareció la discriminación y la persecución contra los homosexuales. Para llegar a

³¹³ Zanotti, Paolo. La identidad homosexual de Platón a Marlene Dietrich. Fondo de Cultura Económica. 2010.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ *Ibidem*.

esta etapa monoteísta, pasan previamente por: una etapa de Totemismo, de adoración de animales; luego a la del Fetichismo, adoración de objetos materiales o y por último, la monolatría.

Los textos sagrados hebreos son la Torá, textos que contienen las normas de comportamiento de dicho pueblo. El libro de Levítico 18:22 *“Tú, varón, “no te acostarás con un varón como si fuera una mujer: es una abominación”*. (Levítico 20:13) añade el castigo: *“Si un hombre se acuesta con otro hombre como si fuera una mujer, los dos cometen una cosa abominable; por eso serán castigados con la muerte y su sangre caerá sobre ellos”*.³¹⁶ Es pues esta tradición la castigadora y la represiva de la sexualidad de la humanidad.

Más nunca fue tan represiva otra religión contra el homosexualismo como lo fue el cristianismo quien se difundió a todos los pueblos a través del mensaje de Saulo de Tarso quien en su primera epístola a los Corintios, 6:9-10, dice: *¿No sabéis que los malvados no tendrán parte en el Reino de Dios? No os dejéis engañar, pues en el reino de Dios no tendrán parte los que cometen inmoralidades sexuales, ni los idólatras, ni los que cometen adulterio, ni los afeminados, ni los homosexuales, ni los ladrones, ni los avaros, ni los borrachos, ni los difamadores, ni los tramposos.*³¹⁷ Es pues contundente esta frase ya que hasta el día de hoy retumba en las mentes de los más extremistas conservadores y en el discurso represivo y absolutista de las elites católicas, quienes condenan al suplicio eterno a una persona por el simple hecho de no compartir su condición sexual.

Siguiendo la tradición de Pablo quien es considerado el padre de la iglesia y quien se impuso una vida ascética hasta llegar al punto de castrarse para no pecar, firme defensor del dogma que pone al cuerpo como prisión del alma. Dio en el

³¹⁶Nácar Fuster Eloino y Colunga Cueto Alberto. Sagrada Biblia. Madrid. 1969.

³¹⁷ Ibídem.

200 D.C³¹⁸ el primer paso para la integración del pensamiento cristiano con el helenismo. Luego en el Concilio de Nicea 313 D.C bajo el mandato de Constantino hijo de Constancio Cloro y Santa Elena se aprobaría el más nefasto compendio que producirá hasta nuestros días los más crueles derramamientos de sangre en nombre del dogma “Fe” que sería establecida como única en el imperio romano en el edicto de Tesalónica en el 389 EC donde Teodosio impone el cristianismo como religión única y hace de roma un estado confesional.

Continuando en las enseñanzas de Pablo, se cometieron las más graves atrocidades como la persecución a homosexuales en la Inquisición y la persecución de estos por parte de los regímenes totalitaristas como el de franco y el de Hitler benditos por los arzobispos fascistas y por un clero que vio en los regímenes fascistas la oportunidad de acabar con el comunismo ateo y el liberalismo protestante. Entre tantos atropellos a los derechos de los LGBT en el régimen NAZI resaltamos la marca que imponían a los homosexuales esta consistía en un triángulo rosa apuntando hacia abajo para poder reconocerlos.³¹⁹

En Colombia el conflicto se ve en su punto más crítico gracias a una herencia de cientos de años de influencia católica, aumentando su punto de calor gracias a una última década gobernada por una elite católica donde el presidente mismo se declara seguidor de la virgen y de sus santos, frente a una nueva generación de jóvenes que luchan por los principios y valores constitucionales liberales.

La primera agrupación homosexual en Colombia se denominó los “FELIPITOS”³²⁰ esta era secreta y apareció en los años 40 un momento político en el que se imponían los liberales para lograr un espacio para socializar, solo hasta hace tres décadas en una sociedad dominada por los conceptos papales y fiel a las disposiciones de las elites clericales dos personas se atrevieron abiertamente

³¹⁸ Ibídem.

³¹⁹ Varios Autores. Filosofía I. Editorial Santillana S.A. Año 2006.

³²⁰ Ibídem.

defender los derechos homosexuales en Colombia: el pionero fue León Zuleta quien crea el grupo de estudio de la cuestión homosexual "GRECO" profesor de la Universidad de Medellín de tendencia marxista quien sería asesinado; y el segundo, Manuel Velandia, sociólogo, sicólogo, sexólogo e investigador de la Universidad Nacional, quien ha tenido una acción destacada en lo referente a temas como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y que aún hoy sigue en la lucha por el reconocimiento a los derechos de los LGBTI.

Manuel Velandia junto con León Zuleta crea un grupo llamado Movimiento por la Libertad Homosexual. Estos organizan como la primera marcha orgullo gay. Y crean la primera revista gay en Colombia: "Ventana Gay" de la cual circularon 21 números. En 1994 mismo año en que fue asesinado Zuleta, Juan Pablo Ordóñez, colombiano residente en Washington, ganó el premio Felipa de Souza otorgado por la Human Rights Award, International Gay Lesbian Human Rights Commission (IGLHRC). A principios de los 90 frente a un proceso de secularización en la sociedad Colombiana producto de años y años de luchas fratricidas por intereses totalitarios de dos bandos que nunca promovieron nada diferente a sufrimiento, llanto e ira. La población colombiana deposita sus sueños en una séptima papeleta que daría paso a la Constitución Política,³²¹ que acabaría con los problemas sociales y económicos del país. Busca esta nueva Constitución de aire liberal establecer una igualdad material entre los ciudadanos garantizando el goce pleno e igualitario de los derechos fundamentales. Sin embargo este sueño cayó en el umbral de las ilusiones sin esperanza ya que la Constitución no cambió a los factores reales del poder convirtiéndose en una Revolución de Derecha.

Dichos factores aprovechándose del desespero de una nación acongojada, triste y resentida por una Guerra despiadada donde la izquierda mostró cada vez más un lado desalmado produjo un giro hacia la derecha (o más bien hacia la extrema

³²¹ Esguerra Portocarrero Juan Carlos (2010), La protección constitucional del ciudadano. Editorial Legis S.A. Colombia - Bogotá.

derecha) constituyendo lo que se denomina en ciencia política el fenómeno de la Bóveda de Hierro, donde quien no apoye al Uribismo es guerrillero, quien defienda los derechos humanos es terrorista y quien defiende los derechos de las lesbianas, los gays, los bisexuales y los transgeneristas es un hereje y un enfermo que atenta contra la “voluntad de Dios”. Es en esta balanza de ambivalencias de sueños y de dogmas es donde hoy día la Corte Constitucional tiene que cargar el duro peso de decidir sobre derechos como la unión o la adopción de homosexuales. En un país donde el Procurador General de la Nación Dr. Ordoñez pide a gritos que la Fiscalía investigue y denuncie a las uniones LGBTI que de facto tienen bajo su custodia a hijos.

Respecto a lo dicho, el ex Magistrado de la Corte Constitucional Carlos Gaviria Díaz, en una entrevista en la Revista Semana en el año 1995 aseveró: *“Como creo que son las características morales, intelectuales y sociales las que deben tomarse en cuenta al conceder la adopción, pienso que la homosexualidad no puede invocarse como obstáculo”*.³²² la homosexualidad no es un concepto moral y este solo hace referencia a personas que tiene atracción sexual por personas de su mismo sexo y tampoco es un desequilibrio mental.

En la actualidad el matrimonio homosexual es legal en Holanda, Bélgica, Canadá, España, Reino Unido, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Nueva Zelanda, Uruguay y Francia; en Estados Unidos solo en algunos estados (Connecticut, Delaware, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, New Hampshire, Nueva York, Rhode Island, Vermont y Washington). Para el caso de la adopción sólo es viable en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Islandia, Noruega, Holanda, Reino Unido, Suecia y España. Para el caso de este último país, se hizo viable el matrimonio y la adopción por parte de la comunidad LGBTI gracias a la modificación al Código Civil de las expresiones “marido y

³²² Revista Semana. 1995. <http://www.semana.com/nacion/articulo/sergio-urrego-se-habria-suicidado-por-la-discriminacion-sexual-en-su-colegio/402016-3>(Revisado 24 de octubre de 2014)

mujer” por “cónyuges”, y “padre y madre” por “progenitores”. La academia jurídica colombiana, teniendo en cuenta los anteriores pronunciamientos, no ha izado las banderas de la investigación en este tema y ha dejado que las religiones sean las que permeen estas discusiones en las cuales se ponen de manifiesto una fuerte carga emocional y dogmática.

La Corte Constitucional a lo largo de sus fallos le ha dado un trato no discriminatorio a los homosexuales: en la sentencia T-301 de 2004³²³ se tutelaron ciertos derechos a algunos homosexuales que se encontraban en múltiples oportunidades en el Camellón de la Bahía de Santa Marta y que la policía del Magdalena, en virtud de una misiva que los comerciantes del sector de la Bahía solicitándoles fueren despejados del área porque cada una de sus actuaciones afectaban la “moral y buenas costumbres” tanto de turistas como de los ciudadanos samarios, fueron sacados del sector, afectándoles su derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la libre circulación, entre otros.

Para resolver ese conflicto que hemos denominado “libre desarrollo de la personalidad versus moralidad pública con filamentos teológicos” la Corte se valió de aquellos postulados de la Crítica de la Razón Práctica kantiana y de ese modelo estándar de moral que deben seguir los Tribunales Constitucionales del presente siglo: en cada decisión que tome ante un conflicto, siempre se debe ir a favor del criterio PRO LIBERTATE; dice la Corte en este fallo en su parte considerativa:³²⁴ Si bien la estructura normativa de las prescripciones en el ámbito de la razón práctica general puede funcionar como argumento válido en contextos jurídicos, el examen que es necesario hacer a este tipo de razones debe tomar en consideración si acuden al derrotero fijado por las orientaciones valorativas

³²³ Sentencia T-301 de 2004. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³²⁴ López Medida, Diego, (2004) El derecho de los Jueces, Ediciones Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

seguidas por la mayoría, con el posible menoscabo de las garantías fundamentales de las minorías. En ese sentido, no puede el juez constitucional olvidar que muchas veces las razones de tipo moral, aunque están de acuerdo con la opinión preeminente en algún momento, pueden vulnerar el derecho a la autonomía de los sujetos cuyo plan de vida no está en consonancia con los proyectos vitales aceptados por la generalidad de los ciudadanos.³²⁵

Hay que tener en cuenta que los homosexuales han sido estereotipados, con bases religiosas, fanáticas y prejuiciadas, como enfermos mentales³²⁶, enfermos orgánicos, enfermos contagiosos; en cuanto a las “buenas costumbres” se ha manifestado en contra de su integridad que son amantes del vicio, de la depravación, pecaminosos, que su accionar va en contra de la naturaleza humana, entre muchos otros arquetipos.

1.4.- El *bullying* o matoneo por la orientación sexual.

Dentro del marco anteriormente explicado sobre la discriminación por orientación sexual, el más preocupante es quizás el *Bullying* o Matoneo ya que este fenómeno se presenta entre los menores de edad, en las escuelas primaria o secundaria. El *Bullying* consiste en el acoso sistemático de uno o un grupo de estudiantes en contra de un compañero en razón a su raza, algún defecto físico, su sexo u orientación sexual entre otras. El término *bullying* fue acuñado por Dan Olweus,³²⁷ investigador noruego que en la década del 70' fue encargado por el gobierno de su país para hacer frente a un aumento explosivo de casos de violencia escolar (el trabajo de Olweus ha sido replicado en diversos países con resultados

³²⁵ Sentencia T-301 de 2004. Magistrado Ponente; Dr. Eduardo Montealegre Lynett. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³²⁶ Vale decir que en el año 1973 la Asociación Psiquiátrica de los Estados Unidos borra de su lista de enfermedades mentales a la homosexualidad y seguidamente del Manual de Clasificación de las Enfermedades Mentales de la Organización Mundial de la Salud.

³²⁷ Zagrebelsky, Gustavo, (2006) Jueces constitucionales (trad. de Miguel Carbonell); publicado en la Revista Ibero Americana de Derecho Procesal Constitucional N° 6. Editorial Porrúa, SA de CV, México.

disparos). *Bullying* viene del vocablo inglés “*bull*” que significa toro. En este sentido, *bullyinges* la actitud de actuar como un toro en el sentido de pasar por sobre otros u otros sin contemplaciones (Olweus, 1978). Las traducciones más comunes del *bullying* al español son matoneo, acoso, hostigamiento. En Colombia solo hasta el año pasado se promovió y promulgó una ley para evitar el Acoso estudiantil, esta es la ley 1620 del 2013.

Según la Ley 1620 del 2013 estableció en su artículo 2º establece que “*Acoso escolar o bullying: Conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado.*”³²⁸ También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes. Ante la indiferencia o complicidad de su entorno. El acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar del establecimiento educativo.

Es necesario entender que cuando se habla de *Bullying* o Matoneo, es pertinente recordar que se trata de derechos de los menores, de allí la relevancia del asunto, pues se trata de niños abusando niños, lo cual es aterrador teniendo en cuenta que estos serán los hombres del país. Si queremos conseguir una verdadera paz debemos, educar una generación sin resentimientos, ni odios y tolerante. Es por ello que la acción de tutela se erige como el medio jurídico para proteger los derechos de los menores que son víctimas de las conductas de agresión, intimidación, humillación, ridiculización entre otras. La Corte Constitucional ha explicado que “*Asegurar la efectiva prestación y protección de los eventos*

³²⁸ Ley 1620 del 2013. www.senado.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

*enunciados y de la filosofía del proceso del proceso de educación inclusiva contribuiría enormemente en la transformación de la concepción de las prácticas educativas de las instituciones educativas tanto públicas como privadas, lo cual irremediablemente apuesta por transformar la cultura y la forma misma de concebir el derecho a la educación, como debe ser, como un todo.*³²⁹ A diferencia del proceso anterior, se explora porque la enseñanza se adapte a los alumnos y no éstos a la enseñanza.

Desde la anterior óptica, la atención de las personas con necesidades educativas especiales se proyecta en la atención a la diversidad y el respeto a la diferencia, ya que así como del proceso social hacen parte los disminuidos o limitados y los que no, los planteles educativos deben ser reflejo de la sociedad. Ello sin olvidar que por su condición especial, reconocida constitucionalmente, las personas en situación de discapacidad demandan ayudas especiales para optimizar su proceso de aprendizaje y desarrollar plenamente sus potencialidades. Así, las personas con cualquier tipo de diferencia física o psicológica tienen derecho a que las instituciones educativas les procuren un trato acorde con sus especiales características, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad. La omisión de este deber de atención por parte de la institución educativa es por sí misma contraria a las ideas y valores que inspiran el derecho a la educación y conexos.³³⁰

En sentencia T-905 del 2011 la Corte constitucional anotó que aunque *“no existe una pauta clara para definir en qué consiste la práctica del hostigamiento escolar o el “matoneo”, existen criterios para identificarlo, a saber: i) cuando hay un desequilibrio en el poder entre estudiantes; ii) se presentan actos de censura y rechazo ilegítimo e inconstitucional sobre aspectos personales de alumnos; y iii)*

³²⁹ Sentencia T-301 de 2004. Magistrado Ponente; Dr. Eduardo Montealegre Lynett. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³³⁰ Sentencia T-390 del 2011. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

*se vulnera la dignidad del estudiante víctima a través de actos humillantes.*³³¹ Por último, este año la Corte Constitucional mediante sentencia T-562 del 2014 estableció que“(…) *el acoso escolar entre otras conductas se presenta con el hostigamiento, intimidación, maltrato, violencia, exclusión social y discriminación que sufre un niño en el entorno escolar por parte de uno o varios compañeros. De este modo, el acoso puede provenir la violencia física, verbal, simbólica y en particular emocional, que atenta contra la dignidad del menor de edad y ocurre de manera i) intencional ii) reiterada y iii) continúa. Sin duda, los menores de edad, tienen derecho a que se les proteja del acoso escolar, por constituir una forma expandida de afectación de la honra y dignidad, y una conducta que impacta negativamente en el desarrollo integral de la comunidad estudiantil*”^{332 333}.

Como podemos observar de las sentencias anteriormente citadas, la jurisprudencia Constitucional ha empezado a interesarse por esta temática, de igual forma la prensa y la sociedad en general ha pasado de un estado de indiferencia frente a las conductas agresivas a una concientización de la sociedad que denuncia los casos.

1.5.- La discriminación en razón a la orientación sexual según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile.

Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R.³³⁴ en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación

³³¹ Sentencia T-905 del 2011. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³³² Sentencia T-713 del 8 de septiembre de 2010. M. P. María Victoria Calle Correa. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³³³ Corte Constitucional Sentencia T-562 del 2014. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³³⁴ Los nombres de los niños fue cambiado por orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por seguridad de los mismos.

sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica.

De este modo, la Corte Interamericana precisó que no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”, razón por la cual no le correspondía establecer si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, valorar prueba para ese propósito específico, o resolver sobre la tuición de las niñas M., V. y R., aspectos que se encuentran fuera del objeto del presente caso.

En la Sentencia la Corte declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; ii) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1. (Obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.; iii) el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el artículo 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; iv) los artículos 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.; v) el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y

garantía) de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., y vi) la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo. Por otra parte, la Corte declaró que el Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales) de la Convención Americana, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica.

1.5.1.-Síntesis de los hechos principales.

En el marco del proceso de tuición, el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó, entre otras, dos decisiones. La primera de ellas se concentró en decidir sobre una tuición provisional solicitada por el padre. El 2 de mayo de 2003 dicho Juzgado concedió la tuición provisional al padre aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En dicha decisión, el Juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos: i) *“que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”,* y ii) *“que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia”*.³³⁵

³³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile resumen oficial de la sentencia de 24 de febrero de 2012 (*fondo, reparaciones y costas*).

El 29 de octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó una segunda decisión en la que rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Dicha decisión fue apelada. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia.³³⁶

Posteriormente, el padre de las niñas presentó un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre. En dicha sentencia, la Corte Suprema indicó que “*en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres*”.³³⁷

Además, la Corte Suprema fundamentó su decisión en los siguientes argumentos: i) “*se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho*”; ii) “*el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja*”; iii) la señora Atala “*ha antepuesto sus propios*

³³⁶ Ibídem.

³³⁷ Ibídem.

*intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”;*³³⁸ iv) *“la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas”,* y v) *“es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”.* Por tanto, la Corte Suprema de Chile, consideró que las condiciones descritas constituían “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba *“un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración”.*³³⁹

1.5.2.-Conclusiones y determinaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a.- Conclusiones en relación con las controversias respecto al proceso de tuición: Igualdad y no discriminación y la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

La Corte reiteró que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidas “sin discriminación alguna”.

³³⁸ *Ibídem.*

³³⁹ *Ibídem.*

Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

b.- El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo.

La Corte Interamericana resaltó que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En el mismo sentido, indicó que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.³⁴⁰

Igualmente, la Corte Interamericana constató que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones

³⁴⁰ Convención Americana de Derechos Humanos.

generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

La Corte observó que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

El Tribunal agregó que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

c.- Presunta discriminación social.

La Corte consideró que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la

nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

El Tribunal constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte consideró que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resaltó que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual. Por tanto, la Corte concluyó que el argumento de la posible discriminación

social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R.

d.- Alegada confusión de roles.

Frente a la alegada confusión de roles en las tres niñas que podría generar la convivencia de la señora Atala con su pareja, el Tribunal consideró que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. El Tribunal observó que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia no falló con base en un análisis *in abstracto* del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas. Por tanto, el Tribunal concluyó que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo.

e.- Alegado privilegio de intereses.

Respecto al alegado privilegio de los intereses de la señora Atala, la Corte indicó que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su

expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. La Corte precisó que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad.

En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, *“[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”*.³⁴¹

Al respecto, el Tribunal consideró que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente” que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.

En consecuencia, la Corte consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, el Tribunal manifestó que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala

³⁴¹ *Ibidem*.

tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.

f.- Alegado derecho a una familia “normal y tradicional”

Finalmente, ante el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia “normal y tradicional”, la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. En el presente caso, este Tribunal constató que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).

1.6.- Análisis del caso Sergio David Urrego Reyes.

Por último analizaremos desde el punto de vista jurídico, el caso de discriminación y posterior suicidio de Sergio Urrego que ha ocupado las primeras páginas de periódicos de Colombia, ha despertado participación masiva en redes sociales y ha desatado un debate sobre la todavía existente discriminación a homosexuales en planteles educativos del país. El Quid del asunto, consiste en establecer como el *Bullying* del que fue víctima Sergio lo llevo a la terrible conclusión del suicidio. Según fuentes de prensa nacional, con sus 16 años de edad decidió lanzarse del centro comercial Titán Plaza, en el noroccidente de Bogotá. Estaba agotado del matoneo que le hacían las directivas del colegio Gimnasio Castillo Campestre sólo por ser homosexual.

Sergio estudió todo el bachillerato en esa institución católica, ubicada en Tenjo, Cundinamarca, y le faltaban unos cuantos meses para graduarse. Pero las presiones ejercidas especialmente por la rectora, Amanda Azucena Castillo Cortés, hicieron que el menor de edad dejara el colegio. Como lo denunció el periódico El Espectador,³⁴² los problemas para Sergio comenzaron en mayo de este año cuando el docente Mauricio Ospina le quitó un celular que mostraba una foto en la que se daba un beso con su novio, Danilo Pinzón, también estudiante del grado 11.³⁴³

Desde ese momento, las directivas se hicieron cargo del asunto, tratando una relación entre dos jóvenes como un problema psicológico. Incluso citaron a los padres de los menores de edad, todo porque en su manual de convivencia se prohíben “*las manifestaciones de amor obscenas, grotescas o vulgares*” dentro y fuera del colegio.”³⁴⁴

Como podemos observar el caso de Urrego, consistió en un acoso de parte de la misma institución en razón a su orientación sexual, el profesor cuando encontró que tenía una fotografía con otro hombre seguramente se escandalizó, como si se tratara de un fenómeno, y empezó la persecución. La primera decisión fue no dejarlo asistir a clase hasta que llegara su papá, Robert Urrego. Luego, cuando ambos padres respondieron por su hijo y lo apoyaron en sus gustos personales, el colegio continuó con los obstáculos. Para dejar entrar a Sergio a la institución, le pidieron informes de acompañamiento psicológico. Al presentarlos, le respondieron que no cumplía los “parámetros requeridos”. Después, denunciaron a la señora Reyes por abandono familiar, puesto que viajaba frecuentemente a Cali, sin embargo, el ICBF descartó posteriormente que ese fuera el caso, según

³⁴² www.elespectador.com. Consultada el día 28 de octubre de 2014.

³⁴³ *Ibíd.*

³⁴⁴ [Http://www.semana.com/nacion/articulo/sergio-urrego-se-habria-suicidado-por-la-discriminacion-sexual-en-su-colegio/402016-3](http://www.semana.com/nacion/articulo/sergio-urrego-se-habria-suicidado-por-la-discriminacion-sexual-en-su-colegio/402016-3)

reportó El Espectador. Pero el peor golpe para Sergio fue la denuncia por acoso sexual que interpusieron los padres de su pareja.

A pesar de que sus padres lo cambiaron de institución educativa, Sergio cargaba constantemente con la agonía de ser señalado de abusar sexualmente a un joven con el que tenía una relación consensuada. Así quiso demostrarlo antes de muerte, cuando les dejó a sus padres todas las pruebas de ellos, como pantallazos de sus conversaciones.”³⁴⁵

Sin duda alguna, el caso de este joven consistió en una serie de circunstancias que lo llevaron a un sentimiento de dolor tan insoportable que no encontró mejor salida que el suicidio. Creemos que ni siquiera el mismo Sergio se imaginó que su muerte iba a ser objeto de tan diversas opiniones e investigaciones, a tal punto que la misma ministra de educación Gina Parody es quien se encuentra liderando personalmente la investigación en contra del colegio Gimnasio Castillo Campestre.

La madre de Sergio Urrego, señora Alba Lucia Reyes Arenas interpuso una acción de tutela contra la secretaria de educación de Cundinamarca, el Instituto colombiano de bienestar familiar, Gimnasio Castillo Campestre, Fiscalía General de la Nación y Comisaria Decima de Familia de Engativá II. Mediante sentencia del 23 de septiembre del 2014 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección Segunda Sub-Sección “A” con ponencia del Dr. JOSE MARÍA ARMENTA FUENTES resolvió: “PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la dignidad, buen nombre, intimidad y honra familiar; en consecuencia, se ordena que por intermedio de la rectora del colegio Gimnasio Castillo Campestre, se prevenga al cuerpo docente y directivo de dicha institución para que en adelante tratándose de casos análogos o de aquellos en los que se involucren los derechos fundamentales de los estudiantes, las respuestas ante las conductas de los alumnos sean racionales y proporcionales a la gravedad de la falta, respetando el

³⁴⁵ Ibídem.

derecho a la intimidad y buen nombre de los educandos y sin incurrir en actos discriminatorios. SEGUNDO: NEGAR el amparo constitucional impetrado por alba lucia reyes arenas, respecto de los derechos al debido proceso, verdad, justicia y reparación, de conformidad con las razones expuestas en este proveído.”³⁴⁶. En verdad que este fallo constituye un verdadero saludo a la bandera, pues no se tomó una medida de fondo que resarciera los derechos de los actos discriminatorios futuros. A nuestro juicio se debió imponer una sanción representativa a efectos evitar acciones venideras. En la *ratio decidendi* de la sentencia en comento se estableció que los medios empleados por la rectora del colegio para solucionar de los adolescentes “un beso” que fue considerado una “manifestación de amor obscena grotesca o vulgar” censurable, fueron inapropiados desde el punto de vista constitucional, contrario a alcanzar una finalidad formadora solo se trató de una censura social que efectivamente desconoció los derechos fundamentales a la dignidad, buen nombre del menor y ahora honra de su familia.”³⁴⁷

En contra punto más adelante explica el tribunal “en cuanto hace relación a la investigación que cursaba en contra del fallecido SERGIO URREGO (q.e.p.d.), se observa que el juez constitucional no puede entrometerse en asuntos que escapan a su competencia, ya que la indagación preliminar corresponde por expresa disposición de la constitución nacional, al ente acusador esto es, la fiscalía general de la nación, por intermedio de los fiscales delegados para la infancia y adolescencia, quienes ejercen esta función ante los jueces de Garantía y Conocimiento y son ellos, los llamados a establecer en un comienzo si hay lugar o no, a la imputación de una conducta punible”³⁴⁸

³⁴⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección Segunda Sub-Sección “A”, sentencia del 23 de septiembre del 2014

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ *Ibidem*

Observamos entonces una incongruencia en esta sentencia, pues mientras por un lado reconocen la flagrante violación a los derechos fundamentales de SERGIO URREGO en virtud del hostigamiento al que fue sometido por su orientación sexual, por otra parte se lava las manos como Pilatos, diciendo que eso le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, siendo que está es precisamente una de las entidades en tuteladas. A pesar del impacto mediático, nos falta mucha cultura ciudadana y tolerancia con las diferencias, la sociedad de juristas colombianos a penas se están interesando en este fenómeno. Esperamos que la sentencia de segunda instancia cuando salga, este mejor fundamentada y se tomen las medidas de fondo, ejemplarizantes para evitar el matoneo en nuestras escuelas.

2.- Conclusiones.

Desde siempre han existido acosadores y acosados, se trata de un instinto animal que tenemos todos los seres humanos. El *bullying* es una forma específica de violencia escolar que responde a diversas características y factores que se articulan en la institución educativa puede venir desde los otros estudiantes o por parte de los funcionarios y docentes del colegio. La forma más efectiva de proteger a nuestros niños de este fenómeno es el acompañamiento de los padres en la formación, y de ser necesario ayuda psicológica, que le permita al menor establecer límites en la relación con sus compañeros y aprenda a respetar la diversidad de enfoques y perspectivas para ver el mundo. La identificación de los actos discriminatorios y el uso de los Test de igualdad son la herramienta de la acción de tutela para combatir este fenómeno, sin embargo se requiere mayor difusión y una postura jurídica coherente por parte de los jueces y magistrados de nuestro país a efectos de lograr una tesis jurídica usada en los casos de *Bullying* o matoneo en las escuelas del país.

El caso de Sergio Urrego es el caso más recientemente más sonado en Colombia, donde este joven fue llevado al suicidio, por el acoso de sus profesores y amigos quienes lo estigmatizaron como Homosexual. Cabe destacar que cada miembro de la comunidad educativa puede estar actuando desde un paradigma diferente, por lo que favorecer una reflexión compartida respecto de que tipo de convivencia queremos generarla inquietud crítica frente a estos casos.

La homosexualidad como criterio de discriminación en el mundo y sobre todo en nuestras escuelas, ha sido un flagelo desde hace mucho tiempo, por lo que las luchas de las comunidades LGTBI se encuentran fundadas en una realidad histórica. Debemos aceptar la realidad y entender que por el hecho de relegarlos, maltratarlos y hasta llevarlos al suicidio, estos no van a desaparecer. La Homosexualidad no es una enfermedad es una opción sexual, que le costó a Sergio Urrego la honra, sufrimientos y la vida misma. La responsabilidad por la muerte de Urrego, es una representación de la necesidad de dejar de lado los tabúes sociales y dar un paso a la nueva civilización más tolerante e incluyente.

Podemos concluir que en materia de Derechos Humanos, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA)³⁴⁹ durante los tres últimos años ha aprobado sendas resoluciones con relación al tema de los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género. La primera de ellas fue la resolución AG/RES.2435 (XXXVIII-O/08), aprobada en Medellín, Colombia, durante su 38 período ordinario de sesiones de junio de 2008; la segunda fue la resolución AG/RES.2504 (XXXIX-O/09), aprobada en San Pedro Sula, Honduras, durante su 39 período ordinario de sesiones en junio de 2009; y la tercera fue la resolución

³⁴⁹ La Asamblea General de la OEA es el Órgano supremo de la Organización de los Estados Americanos, se reúne en períodos ordinarios de sesiones todos los años en el mes de junio y decide la acción y la política generales de la Organización. Está compuesta por delegaciones de todos los Estados miembros de la Organización. El Jefe de cada delegación es generalmente el Ministro de Relaciones Exteriores del respectivo país. La Asamblea General adopta resoluciones, declaraciones y recomendaciones, pero también puede adoptar en algunos casos tratados internacionales.

AG/RES.2600 (XL-O/10), aprobada en Lima, Perú,³⁵⁰ durante su 40 período ordinario de sesiones en junio de 2010. De manera clara, la Asamblea General expresa en estas tres resoluciones su preocupación y condena por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y alienta a los Estados miembros a que tomen las medidas necesarias para asegurar que no se cometan dichos actos y violaciones contra estas personas y asegurar el acceso a la justicia, en condiciones de igualdad, a las víctimas de estas acciones. Este Órgano también urge a los Estados a investigar dichos actos y violaciones y que los responsables enfrenten las consecuencias por su comisión ante la justicia, tal como ocurrió con el caso de Sergio Urrego.

Vale la pena resaltar que Colombia se ha quedado corta con los lineamientos jurisprudenciales para proteger y respaldar a las personas que son discriminadas por su orientación sexual, mientras que la jurisprudencia internacional ha sido fuerte y enfática en sus argumentos y decisiones sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación por las inclinaciones sexuales de las personas, han ratificado en cada pronunciamiento que siempre debe prevalecer la libertad de género y la igualdad ante la ley y la sociedad, que los derechos colectivos jamás deberán sobrepasar la autonomía de una persona y la posibilidad de acceder a los derechos fundamentales que Colombia ha ratificado en sus diferentes pactos internacionales; no es posible que en Colombia y entre sus legisladores todavía existan debates sobre a qué derechos o no pueden acceder las personas con una orientación sexual diferente a la moralmente aceptada por la sociedad.

Por otro lado, la Asamblea General de la OEA alienta a los Estados miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra estas personas y los insta a asegurar una protección adecuada a los defensores de derechos

³⁵⁰ Dante M. Negro Alvarado. Orientación sexual, identidad y expresión de género en el Sistema Interamericano. Agenda Internacional Año XVII, N° 28, 2010, pp. 153-175.

humanos que trabajan en temas relacionados. Dentro de un marco de acción más general, la Asamblea también solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los demás órganos del Sistema Interamericano que sigan prestando la adecuada atención al tema, y en particular a la primera, que considere la posibilidad de realizar un estudio temático a nivel hemisférico sobre el tema. Finalmente, y aún más importante, solicitó también a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente que incluya el tema en su agenda de trabajo, teniendo en cuenta que es en el seno de esta Comisión donde generalmente se aprueban los nuevos estándares sobre protección de los derechos humanos en el hemisferio.

3.- Bibliografía.

Libros:

Aarnio, Aulis, (1991) Lo Racional como Razonable (trad. de Ernesto Garzón Valdés), centro de estudios constitucionales, Madrid.

Dante M. Negro Alvarado. Orientación sexual, identidad y expresión de género en el Sistema Interamericano. Agenda Internacional Año XVII, N° 28, 2010, pp. 153-175.

Enciclopedia Jurídica Omeba, (1990) tomo XIV, DRISKILL S.A., Buenos Aires.

Esguerra Portocarrero Juan Carlos (2010), La protección constitucional del ciudadano. Editorial Legis S.A. Colombia - Bogotá.

Zagrebelsky, Gustavo, (2006) Jueces constitucionales (trad. de Miguel Carbonell); publicado en la Revista Ibero Americana de Derecho Procesal Constitucional N° 6. Editorial Porrúa, SA de CV, México.

Zanotti, Paolo. La identidad homosexual de Platón a Marlene Dietrich. Fondo de Cultura Económica. 2010.

López Medida, Diego, (2004) El derecho de los Jueces, Ediciones Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Nácar Fuster Eloino y Colunga Cueto Alberto. Sagrada Biblia. Madrid. 1969.

Varios Autores. Filosofía I. Editorial SANTILLANA S.A. Año 2006.

Leyes:

Convención Americana de Derechos Humanos.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

Ley 1620 del 2013.

Jurisprudencias:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso AtalaRiffo y niñas vs. Chile. Resumen oficial de la sentencia de 24 de febrero de 2012 (*fondo, reparaciones y costas*).

Sentencia T-562 del 2014.

Sentencia C-371 de 2000.

Sentencia C-481 de 1998.

Sentencia No. C-033 de 1996.

Sentencia T -340 de 2010.

Sentencia T-098 de 1994.

Sentencia T-1090 de 2005.

Sentencia T-301 de 2004.

Sentencia T-301 de 2004.

Sentencia T-301 de 2004.

Sentencia T-390 del 2011.

Sentencia T-713 del 8 de septiembre de 2010.

Sentencia T-905 del 2011.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección Segunda Sub-Sección "A",
sentencia del 23 de septiembre del 2014

Cibergrafía:

www.corteconstitucional.gov.co.

www.senado.gov.co.

www.acnudh.org.

www.semana.com.

www.elespectador.com.

LA VIOLENCIA SEXUAL COMO FORMA DE TORTURA.

Por: Yujad Cabarcas Puello y Cristian Lorduy Payares.

I.- Resumen. En este artículo estudiaremos la composición del concepto de tortura y su manifestación en el sistema interamericano de derechos humanos, analizando los elementos que conllevan a tipificar la violencia sexual como forma de tortura. Y resaltando las características que tipifican la tortura según el sistema internacional y el ordenamiento jurídico interno.

II.- Palabras Claves: Tortura, SIDH, Violencia Sexual, sexualidad, historia, Marqués de Sade.

III.- Abstract. In this article we will study the composition of the concept of torture and its manifestation in the inter-American human rights system, analyzing the elements that lead to criminalize sexual violence as torture. And highlighting the features that characterize torture under international system and domestic law.

IV.- Key Words: Torture, ISHR, Sexual Violence, sexuality, history, Marquis de Sade.

1.- Introducción.

Este artículo tiene como propósito analizar cuáles son los elementos que tipifican la tortura de acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos y lo contemplado en el ordenamiento jurídico interno.

Estableciendo el siguiente orden a nuestro estudio: I) Síntesis histórica de los conceptos de violencia sexual y tortura (origen), II) Revisión conceptual a partir de

la doctrina y la jurisprudencia, III) Análisis conceptual del sujeto activo en la tortura y su manifestación en el conflicto armado interno IV) Revisión del tipo penal de tortura en el ordenamiento jurídico colombiano e incidencia del SIDH.

Es necesario para nuestra investigación establecer aparte de los conceptos de cada estructura típica, como se ha desarrollado cada uno a lo largo de la historia y desde cuándo se presentan manifestaciones relacionadas a estos. Iniciando desde la propia actividad sexual de la antigua roma en la cual se era permanente la conducta de violación y aún más durante el arte de la guerra a mujeres de los bandos enemigos como muestra de poder y forma de sometimiento de aquel adversario.

Estudiaremos en la parte histórica de las conceptualizaciones aquellas cuestiones que surge sobre la moralidad contenida en aquellas obras del controvertido Marqués de Sade quien con su trabajo dio lugar a la construcción base de la definición de violencia sexual y tortura desde la perspectiva literaria, haciendo un aporte esencial a los conceptos que hoy día conocemos.

Nuestro objetivo específico se centra en establecer aquellos elementos que tipifican a la tortura y a la violencia sexual como parte de ella desde su desarrollo histórico hasta la existencia de estos elementos en el sistema interamericano de derechos humanos, el análisis general se hará también tomando en cuenta también las diferentes doctrinas que definen cada tipificación y la composición de cada una.

1.1.- Violencia Sexual y Tortura: Síntesis histórica.

1.1.1.- En el Mundo Antiguo.

La violencia sexual no es una conducta nueva o determinante del siglo XX, desde antaño existen registros de comportamientos que se categorizan dentro del concepto de violencia sexual. Como punto de partida podemos tomar la vida sexual que se desplegaba en la antigua roma y todo lo referente al trato con los esclavos y las mujeres, los esclavos eran tratados en calidad de “RES” (cosa)³⁵¹ por tanto el amo disponía sobre ellos con libre albedrío.

Las mujeres eran consideradas un sexo débil que debía ser sometido y que disfrutaba de dicho sometimiento, por tanto la violación en la antigua roma fue un acto cotidiano en el desempeño normal de la vida sexual demostrando como supuesto que quien dominaba mantenía poder y era invencible y exponiendo a la mayor vergüenza al sometido.

La violación fue la práctica por definición para establecer victoria en el arte de la guerra de la antigua roma la mujer era por regla el trofeo que representaba la victoria en la época griega estableciendo en ese entonces el precepto de que: “La victoria supone la obtención de las cautivas en propiedad”³⁵².

En la era antigua existía la modalidad de llegar a la guerra con el simple propósito de obtener mujeres, y de esta prevalecía la ley que establecía el precepto “que

³⁵¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Sexualidad_en_la_Roma_antigua

³⁵² E. Carney, Alexander and Persian Women, *AJPh* 117, 1996, 563. Como señala Carney, en las imágenes de las vencidas o cautivas suelen representarse casi exclusivamente mujeres, obviando a otros grupos sociales cuya situación en caso de derrota sería similar, como por ejemplo los niños, por ser la mujer una imagen mucho más persuasiva y convincente para el público del mundo antiguo.

cuando una ciudad fuere tomada por las armas pasaban a pertenecer a los conquistadores tanto las personas habitantes de la ciudad como las riquezas”³⁵³

A razón de la violación como practica demostrativa de triunfo frente a la conquista de una ciudad, la violencia sexual adquiere protagonismo como ingrediente consecuente de las batallas y por tanto la violencia sobre las mujeres tomadas por la fuerza se inicia desde el instante en que se establece la victoria. Esta humillación nos conlleva a entender la violación como victoria y la conquista asimilada a la unión sexual forzada.³⁵⁴

1.2.- El Marqués de Sade y la violencia sexual.

También encontramos como fuente determinante de manifestación de esta violencia sexual al famosísimo Marques de Sade quien con un supuesto pensamiento bastante controvertido sobre la moral contenida en los actos sexuales de la época fue criticado por el alto tono de hechos torturantes durante las conductas sexuales en sus obras y aparentemente se vio personalmente inmiscuidos en hechos de moral sexual reprochables.

Ahora bien, a Sade se le prejuzga principalmente por la connotación de sus obras al querer determinar que lo plasmado en sus libros es como tal el pensamiento crudo del autor, es necesario para este estudio de antecedentes donde encontramos situaciones de violencia sexual desprender su obra de su ideología personal.

³⁵³ Borja Antela-Bernandez. Vencidas, Violadas y Vendidas: Mujeres griegas y violencia sexual en asedios romanos

³⁵⁴ La violencia sexual adquiere un valor específico dentro de las consecuencias de la batalla y no deja de ser ilustrativo que la violencia sobre las cautivas comiencen el momento en que se adquiere la victoria - Vencidas, Violadas y Vendidas: Mujeres griegas y violencia sexual en asedios romanos

Sade planteaba que el hombre tenía muy en su interior unos deseos infames, oscuros y ansiosos los cuales debían ser satisfechos y que no importaba el medio que requirieran, lo esencial era satisfacer esos demonios hambrientos de placeres particularmente “inaceptables” para la moral de la sociedad de esa época y surge el gradiente de violencia sexual a raíz de su particular ideología nominándolo las personas como SADISMO.

El sadismo contiene fuertes esquemas de violencia sexual dentro de su definición, el sadismo es un comportamiento que consiste en la obtención del placer sexual (cuando recae sobre lo sexual) a través de infligir daño físico y psicológico y mantener en constante humillación a una persona por tanto no solo se maneja la violencia sexual como tal sino esta también se observa desde la panorámica torturante.

1.3. Tortura.

1.3.1 Edad Antigua.

A pesar que la tortura se encuentra abolida en la gran totalidad de países, en tiempo anterior era uno de los métodos más efectivo para procesos judiciales y obtención de testimonios “verídicos”. Esta actividad da inicio en Grecia al incluir de manera esencial los BASANOS, que era la nominación que se le daban a los procesos en los cuales se hacía uso de la tortura.

Esencialmente quienes eran sujetos a la tortura durante el tiempo de la antigua Grecia eran esclavos y algunos ciudadanos foráneos, era llevada a cabo la actividad con el propósito de obtener la verdad. Existía excepciones en el trato de los ciudadanos nacidos libres, sin embargo quien existía bajo la calidad de esclavo no tenía lugar a que sus derechos se vieran garantizados por ninguna excepción puesto que eran considerados como “RES O COSA”.

Estos esclavos no eran poseedores de dinero ni honor así que no contaban con poder alguno para lograr demostrar su inocencia de un proceso donde se llevara a cabo la tortura.

Los BASANOS eran procesos mediante los cuales un ciudadano acusado de algún delito solicitaba que los esclavos de su posesión presentaran testimonios con el objetivo de probar su inocencia, en la antigua Grecia según los historiadores estos procesos eran utilizados primordialmente para asuntos de carácter político.

Al igual que Grecia en roma solo se permitía la ejecución de la tortura sobre esclavos, sin embargo, en la república se presentaba mayor regulación respecto a la práctica de esta, se prohíbe el hecho de torturar a esclavos con el fin de conseguir pruebas en contra de su amo.

Principalmente solo se torturaba a los esclavos excluyendo a los ciudadanos nacidos libres luego en el primer siglo del imperio se presenta la inclusión de la tortura judicial y la tortura extrajudicial en crímenes de la traición a dictamen del emperador. Se inicia a partir del siglo II d.c la practica en una categoría de los hombres libres, aquellos denominados inferiores generando esto que la tortura sea llevada a cabo solamente sobre sujetos de cierta calidad ***“solo deben recurrir a ella (la tortura) cuando el rango de las personas involucradas justifica tal acción”***³⁵⁵. Se despojan de honor y todo lo que se pueda a los hombres libres inferiores a tal grado de que sean sometidos a la tortura de forma igual que los esclavos quedando establecido así que para que su testimonio fuera valido ante el tribunal era un requerimiento haber sido torturado.³⁵⁶

³⁵⁵ Rescripto de inicios de siglo XV de los emperadores DIOCLECANO y MAXIMILIANO

³⁵⁶ Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_tortura.

1.3.2.- Edad Media (Alta).

1.3.2.1.- Las Tortura y las Ordalías.

En el lapso de la edad media se representa el derecho penal como un derecho privado, principalmente en los siglos IX y XII. En este lapso de la época no existía ese carácter obligatorio o necesario de llevar a cabo una búsqueda investigativa de los crímenes por parte de la autoridad pública, ya que solo se tomaba en cuenta como requisito la intervención de dicha autoridad a petición de la persona que se encontraba en calidad de “víctima” quien luego dentro del “proceso” pasara a llamarse acusador.

No existía un control que permitiera una garantía sobre el acusado en realidad, solo era necesario que se encontraran ante un tribunal que fuera competente para ambas partes para que la víctima presentara su acusación formal bajo juramento otorgando con este la validez a ella. Luego hacia el llamado a la parte acusada para que este demostrase si era responsable de tal acusación o no.

En algunos casos bastaba con el hecho de que el acusado bajo juramento declarara que tal acusación era falsa a pesar de eso a veces se requerían testimonios de otros hombres libres que aunque no hubieren sido testigos del supuesto delito prestaran declaración bajo juramento que también era falsa la acusación y en esos términos acaba el proceso.

Pero existieron otros medios para probar la verdad sobre la inocencia de un acusado, entre ellos las llamadas ordalías que eran instituciones jurídicas que tenían como propósito la invocación e interpretación de los juicios de la divinidad a través de medios ritualizados o sensibles de los cuales se podía inferir “claramente” la inocencia o la culpabilidad de un acusado a raíz del carácter divino

que le otorgaron a estos procedimientos de comprobación se les conoció también como juicios de Dios.

Se afirmaba que a través de estos mecanismos quien acompañaba a los acusados para demostrar su responsabilidad era Dios dictaminando su voluntad sobre el destino de este. Ya que era un hecho establecido que Dios se presentaba como un ser omnipotente, omnipresente y autoritario por tanto era conocedor de todo.

Durante la edad media el derecho penal se vio inmiscuido íntimamente con la iglesia de ahí que se desprenda el planteamiento de que manejaban de forma secreta las ordalías de “Dios como juez y verdugo” entonces a raíz de los mecanismos sumamente torturantes que se utilizaban con el fin de la demostración de inocencia del acusado era casi imposible que surgiera la posibilidad de probar su inocencia durante dichos procedimientos.

El cuerpo humano maneja cierto límite y es sumamente vulnerable ante esos tipos de herramientas y medios por los cuales se realizaban los insoportables juicios de Dios u ordalía. Dentro de las ordalías que más se pueden resaltar encontramos:

- *El juicio de la Eucaristía estaba destinado a los eclesiásticos, habiendo sido sustituido por el juramento en el concilio de Tribur o Trebur (?) (Alemania), pero más de una vez se usó con los seglares.*
- *El Juicio del Espíritu Santo está sacado de la historia eclesiástica. Tenemos un ejemplo notable de esta prueba de cómo el Espíritu Santo presidía el examen de la verdad.*
- *El Juicio de la Cruz se realizaba del siguiente modo: delante de un altar se colocaban dos personas en pie, inmóviles con los pies juntos y los brazos abiertos en la actitud de un crucificado.*

- *El Juicio del corsned consistía en una prueba que se hacía con un pedazo de pan o queso. Estos alimentos se bendecían. Se consagraban con ciertas fórmulas y se hacía sobre ellos la señal de la cruz. Si el acusado era culpable, sus dientes no llegarían a masticarlo o sus entrañas serían devoradas por un fuego interior, sufriendo todos los efectos de la oración sacramental: “Fac eum qui reus erit, Domine, in visceribus angustiari, ejusque guttur concludere.” “³⁵⁷*

Además de hacer uso de las famosas ordalías la edad media durante sus procesos también lograba llevar a cabo algo el combate judicial que podríamos definir en era actual como un cara a cara, este particular mecanismo tenía como objetivo el hecho de enfrentar a acusado y acusador en la situación frente a una inexistencia de testigos o de una confesión.

Era llevado a cabo a través de combate singular y se tomaba como hecho que quien que ganaba el combate era quien profería la verdad frente a los argumentos presentados durante el proceso. Si bien las partes no participaban directamente del combate judicial sino que escogían personas designadas estas cargaban la responsabilidad del destino de cada una de ellas ya que quien salía en calidad de vencido le esperaba solo la pena de muerte.

Estos métodos utilizados durante la alta edad media han sido característicos por incluir el aspecto de la divinidad en ellos manteniendo el presupuesto que dios solo permitiría salir favorable a aquella persona que lograra superar los obstáculos impuestos a los excéntricos castigos probando así su misericordia y retribución con ella.

³⁵⁷ Que él que sea culpable, oh Señor, con la boca cerrada, sus entrañas angustiari.

1.3.2.2.- En el Siglo XII y Siglo XVIII: Edad dorada de la tortura.

Se denomina como edad dorada de la tortura por adquirir esta la máxima utilización para la obtención de la “Regina probatum” conocida como la confesión.

Con la revolución en derecho y la cultura jurídica que se llevó a cabo durante la finalización del siglo XI e inicios del XII se llegó a cuestionar constantemente la efectividad de las ordalías, los combates judiciales y las declaraciones bajo juramento, estableciendo así que la única prueba que podía dar lugar a un dictamen efectivo y certero era la confesión y para que se diera habría que recurrir en medida desesperada a la tortura.

Ahora bien, la tortura no se incluyó en el sistema de proceso judicial de forma desmedida se regulo con ciertos límites que “permitían” al acusado la leve garantía de defenderse siempre y cuando confesara la verdad sobre el delito, antes de llegar al término de la tortura en el proceso era necesario la existencia de dos testigos oculares del hecho como mínimo impulsando así al acusado.

La presión que se ejercía sobre el acusado de haber sido observado por dos personas que coincidieran en sus testimonios no dejaba otra opción más que confesar. Sin embargo habían casos en los cuales solo se tenía un testigo o uno de los dos no era testigos confiable (a estos también se les aplicaba tortura para corroborar la veracidad de su testimonio).

En tanto había que dirigirse directamente a la tortura pero antes de ir de forma predeterminada lo que hacían era manejar a presión al acusado haciéndole mirar las herramientas con las cuales iban a practicar la tortura y así también obligarlo a que confesara la verdad sobre el delito en cuestión.

Algunos juristas de la época afirmaban que no había método más efectivo para obtener la confesión que por medio de la tortura y esto se debió a que esta se

tomó como prueba reina no admitiendo la posibilidad de error en ella sin embargo bajo presión de ser torturado lo más lógico era que una persona se confesase culpable aun sin tener relación alguna con el delito que se le imputaba.

1.4.- Revisión conceptual a partir de la doctrina y la jurisprudencia.

1.4.1.- Violencia Sexual: Definición.

La CIDH en el caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (de noviembre de 2006), se ha atrevido a establecer una definición de violencia sexual con base en instrumentos internacionales. Es así como ha considerado que “la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”³⁵⁸

La violencia sexual no se reduce solo al acto coercitivo de infligir daño psicológico o físico a una persona con el fin de llevar a cabo alguna conducta sexual determinada y he aquí la amplitud doctrinal de esta definición.

También observamos que se considera violencia sexual aquellos comentarios o insinuaciones sexuales no deseados. También la violencia de género o la violencia contra la mujer se toman como parte dentro de la violencia sexual y más aun considerando la situación de riesgo que vive como tal el género femenino.

En Colombia a raíz del conflicto armado interno. El concepto de Violencia sexual es cambiante según la perspectiva desde la cual se analice: Jurídica, Psicológica,

³⁵⁸.CIDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 119. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 306.” La violencia como forma de tortura en el derecho internacional de los derechos humanos”

tipo de sociedad y creencias culturales. Hace unos años, el estudio de las agresiones sexuales se centraba en el delito y en los violadores, pero actualmente se centra en los efectos y en las víctimas.

La conceptualización más común considera la violencia sexual hacia las mujeres como un acto de poder, agresión y degradación, además del componente sexual por parte del hombre hacia la mujer.

Es necesario que al referirnos a la violencia sexual no se remita solo al acto de violación o sometimiento físico o psicológico de una persona (principalmente a la mujer en la violación de género como violencia sexual).

Dentro de su definición la violencia sexual abarca más que el solo hecho violatorio. También se toma como aquella violencia llevada a cabo en el círculo de los cuerpos sexualizados de las mujeres ya que la finalidad de esta extendiéndose a la violencia de género tiene por propósito la acción de desligar a la mujer de su autonomía, dignidad y del ejercicio del placer y del deseo logrando así que “la fémina pierda todo poder que puede ejercer de forma “dañina” sobre el aparentemente sexo dominante masculino”

1.4.2.- Tipos de Violencia Sexual.

1.4.2.1.- Abuso Sexual.

Consiste en el aprovechamiento que se da por medio del agresor sobre circunstancias que lo ubican en posición de ventaja frente a la víctima, usando así la calidad de esta para obtener provecho sexual.

Dentro de este tipo se desprende también el denominado **acoso sexual** definido como la conducta en que una persona con status de superioridad referente a autoridad o poder, edad, posición laboral, social, etc. Hace uso de ella para así hostigar o asediar física/verbalmente con fines sexuales no consentidos a otra persona.

1.4.2.1.- Explotación Sexual.

Es el que se centra en la situación del victimario que comercializa y obtiene remuneración económica sobre servicios ofrecidos a terceros.

a.- Trata de Personas con fines de Explotación sexual.

Aquella situación en la que el agresor atrae a la víctima con la intención de trasladarla a otro lugar para luego comercializarla y explotarla sexualmente, aunque la víctima consintiere no se exonerara de responsabilidad al victimario.

b.- Violencia sexual dentro del conflicto armado.

- *Acceso Carnal violento en persona protegida;* El agresor perteneciente al conflicto armado incurre en acceso carnal violento cuando la víctima fuere integrante de la población civil o no participa en el conflicto, está herida o puesta fuera de combate.
- *Actos Sexuales violentos con persona protegida;* El agresor perteneciente al conflicto armado que arremete contra la población civil realizando actos sexuales con alto contenido de violencia incurrente en el ámbito sexual distinto al acceso carnal violento.

c.- Esclavitud Sexual.

Ejercicio de propiedad del victimario sobre las víctimas como objetos obligándolos a que realicen actos de naturaleza sexual, logrando así obtener beneficios tanto de satisfacción personal como monetización de la víctima.

1.- Según el sujeto.

Se puede identificar que este tipo de conducta no escatima de forma general contra quien se lleva a cabo, encontramos ya sean mujeres u hombre, personas pertenecientes a la comunidad LGBTI³⁵⁹ cualificando un poco más a las víctimas, personas pertenecientes a la comunidad afrodescendiente.

Sin embargo es visto de manera alarmante que se presenta mayormente en contra de las mujeres, supuesto ya anteriormente por el hecho que en el ámbito histórico nunca han sido vistas como un sujeto de derechos y han tenido un alto grado de dificultad al ir transformando esa ideología que fue instalada como argumento fuerte en la sociedad de antaño.

Por tanto en la convención de Belem se ha identificado a la mujer como víctima de protección especial como reacción a la reincidencia de este tipo de conducta en versus de integrantes del género femenino.

Las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI y a las comunidades AFROS también han ido adquiriendo calidad de víctimas con protección especializada por

³⁵⁹ PAPER. La violencia sexual como forma de tortura en el Derecho internacional de los Derechos Humanos- Tipos de Violencia sexual “Como se puede apreciar de las definiciones, no se distingue sexo u orientación sexual, lo cual implica que la violencia sexual es aplicable tanto a hombres como a mujeres así como a miembros de las comunidades LGBT”

medio de vía jurisprudencial tanto a nivel colombiano como en el SIDH podemos encontrar de manera positivada tal investidura de victimización que se les otorga. Esta calidad se ha ido estableciendo a medida que los hechos han sido presentados, era necesario para los miembros de la comunidad LGBTI tener tal condición y poseer un medio defensivo con mayor grado de garantía como propuesta de resultado a todos esos hechos denigrantes violatorios de la integridad personal y sexual en que se han visto envueltos los miembros que hacen parte de esta comunidad.

2.- Según las circunstancias.

Es una clasificación dirigida exactamente a las mujeres, ya que como tal es más amplia la diversidad de situaciones en que estas son víctimas de la violencia sexual. Se puede presentar (i) El matrimonio o dentro de una pareja sentimental (ii) La violencia sexual accionada por desconocidos (iii) Violencia sexual manifestada a raíz del conflicto armado (iv) La prostitución Forzada o trata de personas.

- **Tortura.**

- a.- Concepto.**

La tortura es descrita como el acto de infligir dolor físico o psicológico por parte de una autoridad pública o de alguien amparado por ella, con el fin de obtener información o de la obtención de pruebas para esclarecer un delito.

Dentro del concepto de tortura existen varios puntos de análisis que surgen bajo la concepción de diversos autores tales como las clases que definen a esta. Algunos proponen la existencia de una distinción entre tortura judicial; aquella que se ejerce durante el proceso penal para determinar la culpabilidad del acusado.

Esta fue abolida en Europa y América a principios del siglo XIX y la tortura extrajudicial; aquella que ejerce la autoridad gubernativa fuera del ámbito judicial propiamente dicho, especialmente cuando se trata de delitos políticos.

“Tortura significa todo acto por el cual se inflige intencionadamente un intenso dolor o sufrimiento, físico o mental, por, o a instigación de, un funcionario público, a una persona para fines tales como obtener de ella o de una tercera persona una información o confesión, castigarla por un acto que ha cometido o intimidarla, a ella o a otras personas”³⁶⁰

De esta definición se desprenden dos observaciones planteadas por el autor PAUL VALADIER, exponiendo en primer lugar que existen maneras sutiles de desequilibrar la psique de una persona y en segundo lugar, que no se debe restringir la tortura al estado, ya que esta puede existir en las diversas relaciones humanas.

- **Análisis conceptual del sujeto activo en la tortura y su manifestación en el conflicto armado interno (Colombia/ Cuba).**

En Colombia los grupos al margen de la ley han llevado a cabo crímenes innumerables pero existe la observación que no encajan en la cualidad de sujeto activo que minuciosamente ha presentado la ONU en la definición del acto de tortura.

“todo acto por el cual se inflige intencionadamente un intenso dolor o sufrimiento, físico o mental, por, o a instigación de, un funcionario público, a una persona para fines tales como obtener de ella o de una tercera persona una información o

³⁶⁰ Definición de tortura según la ONU ART1. Declaración contra la tortura de 1975

confesión, castigarla por un acto que ha cometido o intimidarla, a ella o a otras personas” – Concepto universal establecido por la ONU.

Actualmente afirmar que no se llevan a cabo este tipo de prácticas sería mentir, de hecho la comisión interamericana de derecho humanos se ha tenido que ver obligada a decretar medidas cautelares en el caso de “las damas de blanco”. Una organización que es activista en pro de los derechos humanos en cuba conformada por esposas de presos políticos.

- **Acoso u Hostigamiento.**

La violencia sexual no solo se representa por medio del acto sexual abusivo o por la ejecución de la violencia de género, también se presenta en el ambiente laboral en figura de acoso que no conlleva en todos los casos a concluir con una víctima abusada sexualmente sino hostigada, perseguida o acosada.

Este tipo de acción se lleva a cabo con la intención de obtener a manera retributiva no consensuada algún “beneficio” de la persona acosada de índole sexual. No solo se puede presentar este tipo de violencia en el ámbito laboral se vive mucho en el ambiente del activismo en pro de los derechos humanos, las personas que actúan como defensoras de los derechos humanos muchas veces se ven perseguidas a causa de su aporte al avance de estos.

La situación en cuba es un poco compleja al momento de intervenir debido a que el estado no ha ratificado la convención en contra de la tortura. Estas personas sin embargo al llevar el caso ante el sistema interamericano a razón de sufrir hostigamientos y actos de violencia en su contra sin justificación alguna y viendo sus vidas en peligro solicitan que se decreten medidas cautelares para la

protección de los miembros que están siendo “cazados” por agentes del estado por el hecho de ser activistas en pro de los derechos humanos.

Sin embargo, la comisión interviene planteando que los derechos de los solicitantes se encuentran en grave peligro de ser totalmente vulnerados y verse en situación irreparable por tanto la comisión hace solicitud al estado cubano que por favor.³⁶¹

- a) Adopte las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de las integrantes de la organización Damas de Blanco;
- b) Concierte las medidas a adoptarse con las beneficiarias y sus representantes; e
- c) Informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de la presente medida cautelar y así evitar su repetición.

Se realiza en calidad de solicitud ya que cuba no ha ratificado la autoridad como tal de la comisión para intervenir con carácter obligatorio o imperativo dentro del estado.

Tomando como punto de partida no solo los conceptos básicos de cada tipo como tal sino también aquellos hechos que contienen en ellos la presencia de ambos llegaríamos al punto de considerar la violencia sexual como una forma de la tortura teniendo lamentablemente ejemplo de ello en Colombia. Un país que ha se ha visto golpeado por la constante actividad delictiva de los grupos al margen de la ley llevando a cabo actos de desplazamiento, homicidios, violaciones, etc.

“El 6 de octubre de 1999 el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en contra de la República de

³⁶¹ Medida Cautelar No 264-13/ asunto DAMAS DE BLANCO respecto a la republica de cuba Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 de octubre de 2013

Colombia en la cual se alega que entre el 15 y el 20 de julio de 1997 aproximadamente un centenar de miembros del grupo paramilitar conocido como “Autodefensas Unidas de Colombia” privaron de la libertad, torturaron y masacraron a aproximadamente 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos a las aguas del río Guaviare, en el municipio de Mapiripán, Departamento del Meta, con la colaboración, por acción y omisión, de miembros del Ejército Nacional colombiano.³⁶²

En esta caso, podemos estudiar como incurre el sujeto activo en calidad particular a la definición otorgada por la ONU y su relación con el sujeto cualificado por el concepto, ya que por una parte según la posición de los peticionarios se establece que la tortura y masacre de estas personas fue llevada a cabo por las AUC en coordinación con el ejército Colombia que sería una autoridad amparada por el estado.

Por tanto vemos como el conflicto armado ha generado la presentación de numerosos casos de tortura a causa de la misma calidad de la actividad delictiva que ejercen estos sujetos, y como ha hecho el estado lo posible por incluirlo dentro de las cualidades que requieren el sujeto activo de este tipo penal codificando en la ley penal el tipo del ART 137 del CP “Tortura en persona protegida”.

Como tipo penal, la violencia sexual se presenta de formas diversas, una de las más consistentes es a través de la violencia de género en relación a la mujer, tomando como base un caso³⁶³ colombiano. En el cual la corte dicta medidas cautelares. Resaltamos los tipos de violencia que se generan contra la mujer, estos también son componentes de la violencia sexual y en la superficialidad del

³⁶² Informe No 34-01 Caso 12.250 Masacre Mapiripán. Colombia/ 22 de febrero de 2001.

³⁶³ Caso YC. GM y Núcleo familiar contra Colombia Resolución No. 18/2014 20 de junio (medida cautelar) comisión interamericana de derechos humanos

caso planteado podemos resaltar claramente cómo se presenta la violencia en sexual en modelo de violencia de género hacia la víctima.

“Tipos de violencia de género contra las mujeres Los tipos de violencia de género contra las mujeres se pueden clasificar de muchas maneras. Una de ellas es el ámbito donde se produce, así:

- *Violencia en el ámbito de la pareja (y expareja): Violencia física, psicológica, sexual o económica ejercida sobre las mujeres y realizada por parte del hombre que es o ha sido su cónyuge o persona atada por relaciones similares de afectividad.*
- *Violencia en el ámbito familiar: Violencia física, sexual, psicológica o económica, ejercida sobre las mujeres tanto mayores como menores de edad, que se da en el seno de la familia, perpetrada por parte de miembros de la misma familia y determinada por el marco de las relaciones afectivas y los vínculos del entorno familiar.*
- *Violencia en el ámbito laboral. Violencia física, sexual o psicológica, que se puede producir tanto en el centro de trabajo y durante la jornada de trabajo, como fuera del centro y de las horas de trabajo, siempre que tengan relación con el trabajo.*
- *Violencia en el ámbito social o comunitario: Comprende las agresiones sexuales, el acoso sexual, el tráfico y explotación sexual de mujeres y niñas, la mutilación genital femenina o el riesgo de sufrirla, los matrimonios forzados, aquella derivada de los conflictos armados, y la violencia contra los Derechos Sexuales y Reproductivos de las mujeres.*
- *Violencia contra los Derechos Sexuales y Reproductivos de las mujeres. La violencia sexual es la vulneración de los Derechos Sexuales. Los abusos sexuales, las violaciones; pero también los abortos selectivos, el aborto penalizado, las esterilizaciones forzadas, matrimonios forzados, abusos sexuales, coacción y coerción para mantener algún tipo de relación sexual,*

o para no utilizar métodos de prevención (condones,...), la realización de mantener relaciones con terceras personas o intercambio de parejas con elementos de coacción, la homofobia, lesbofobia y transfobia.

- *Violencia derivada de los conflictos armados: Incluye todas las formas de violencia contra las mujeres que se producen en estas situaciones, como el asesinato, la violación, la esclavitud sexual, el embarazo, el aborto y la esterilización forzada, la infección intencionada de enfermedades (ITS), la tortura o los abusos sexuales.*
- *Otra clasificación está determinada por las diferentes manifestaciones de la violencia de género o machista en la pareja:*
- *Violencia económica: La privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y la limitación en la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja. Violencia física.*

Cualquier acto u omisión contra el cuerpo de una mujer con el resultado o el riesgo de producirle una lesión física o un daño.

- *Violencia psicológica: Toda conducta u omisión intencional que produzca en una mujer una desvalorización o un padecimiento, por medio de amenazas, también será Violencia de género contra las mujeres.*

La accionante relata en los hechos que ha sido víctima de abusos sexuales en dos ocasiones la principal el abuso sexual se presenta de forma general mientras que la consecuente explica que los agresores tuvieron como motivo el hecho de ella ser mujer y además ser activista de derechos humanos en especial de aquellos actos que vulneran la integridad personal, la integridad sexual y la dignidad de una persona.

Como mecanismo de reparación y conservación de derechos en lugar de prevención, la comisión ordena medidas cautelares que han sido solicitadas a raíz que existe una latente vulneración al derecho de la integridad tanto física como personal de la accionante y su vida se encuentra en peligro.

7. Dentro del marco de análisis del presente requisito, la Comisión observa que la información aportada por los solicitantes sería consistente con información, de carácter general, que la CIDH ha recibido sobre las situaciones de riesgo particular que enfrentan las defensoras de derechos humanos, debido a su trabajo. En particular, sobre la situación de defensoras de derechos humanos en Colombia, a través del informe sobre "Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia"³, el "Segundo Informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas"⁴, audiencias públicas⁵ y la visita *in loco* realizada a Colombia en diciembre de 2012, la CIDH ha tomado conocimiento sobre otros tipos de violencia, incluyendo la violencia sexual, que sufren las mujeres, en especial cuando son defensoras de derechos humanos⁶. En este contexto, la CIDH constantemente ha señalado, en general, que los Estados deben garantizar especialmente la "seguridad de las mujeres defensoras de derechos humanos toda vez que corran el riesgo de ser atacadas mediante mecanismos específicos en razón de su género"⁷.

En este caso observamos como la corte infiere la certeza de los hechos presentados debido a la situación que se presenta en Colombia según los informes realizados durante las visitas In Loco, dejando como probado que no existe la necesidad urgente de probar algo que se viene presentando con frecuencia en este país y que se torna aún más grave cuando la víctima tiene la calidad de defensor de los derechos humanos y su género es femenino, por tanto la comisión solicita en "prima facie" que se adopte las medidas cautelares necesarias para la protección de los derechos en riesgo de la solicitante y sus familiares.

La comisión también solicita al estado colombiano la presentación de un informe en el plazo de 15 días después de la fecha en que se presenta comunicación de la solicitud para verificar el proceso de adopción de las medidas cautelares.

Revisión del tipo penal de tortura en el ordenamiento jurídico colombiano e incidencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Dentro de nuestra constitución encontramos que en el bloque de constitucionalidad existen normas que se derivan del sistema interamericano de derechos humanos tomando con base la convención interamericana para la prevención y sanción de la tortura, dejándonos como resultados los siguientes artículos que componen las normas internacionales dentro de nuestro ordenamiento:

“Artículo 137. *Tortura en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.*

Artículo 138. *Acceso carnal violento en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Artículo 139. *Actos sexuales violentos en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acto sexual diverso al acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de cuatro (4) a*

*nueve (9) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*³⁶⁴

En estos artículos observamos expresamente los tipos penales estudiados, sin embargo en la tortura se hace énfasis en “persona protegida” como así mismo en los tipos siguientes y en los arts. 145 y 146 del CP de los cuales sus descripciones también encajan en el concepto que nuestro ordenamiento nos brinda a deducir.

Con la frase de “persona protegida” el ordenamiento interno tomo en cuenta la situación que se presentaba a nivel territorial con relación al conflicto interno y amplio el sujeto activo a “todo aquel que con ocasión y desarrollo del conflicto armado” con el fin de no solo limitar a agentes del estado, funcionarios o apoderados de este e incluye entonces a todos esos grupos al margen de la ley que llevan a cabo actos de barbarie contra la integridad de los ciudadanos y la libertad de los mismos.

En estos artículos vemos reflejada la incidencia del derecho internacional humanitario al enfatizar sobre aquellas personas protegidas que en realidad son las vulnerables a vivir estas situaciones, aunque ninguna estamos excelsos de ello.

¿Ahora bien internamente en nuestra constitución existe dicha tipificación de tortura sin el énfasis sobre derechos humanos y que no haga parte de nuestro bloque de constitucionalidad?

Si, el artículo 178 del CP regula el tipo penal de tortura sobre cualquier persona que inflige daño alguno sobre otra con el fin de obtener ya se una confesión u otra

³⁶⁴ Ley 599 del 2000/ Código Penal Colombiano

cosa de la víctima y establece unas circunstancias agravantes sobre el tipo siendo las siguientes:

*“1. Cuando el agente sea integrante del grupo familiar de la víctima. **Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.***

2. Cuando el agente sea un servidor público o un particular que actúe bajo la determinación o con la aquiescencia de aquel.

3. Cuando se cometa en persona discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.

*4. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. **Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.***

5. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.”³⁶⁵

³⁶⁵ Artículo 179/ ley 599 del 2000

2.- Conclusiones.

La tortura se presenta abolida durante los siglos XVIII y XIX inicialmente en la gran mayoría de países europeos luego con la inclusión de los ideales humanistas y racionales de la ilustración se fue extendiendo la anhelada prohibición de la tortura hacia el resto del mundo pero ¿Ha quedado erradicada la tortura? O solo ¿Cambiaron sus formas de manifestación?

Estos interrogante importantes nos obligan a llegar a respuestas argumentativas con base en hechos de la realidad actual ya que a pesar de estar abolida y aun cuando existe en el sistema interamericano una normativa en contra de la práctica de tortura, aún existen estados que la llevan a cabo o alguna vez retomaron la práctica.

Durante los siglos XX y XXI resurgió la práctica, con el tema de las guerras mundiales países como Italia, Alemania, Rusia hicieron parte de sus sistemas de derecho la práctica de esta denigrante y fuera de todo ideal humanístico con el fin de capturar a espías o delincuentes de guerra de otros países o con el objetivo de obtener información sobre estrategias de guerra y esto solo reducido al ámbito jurídico durante el lapso de estos siglos.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la tortura no solo se reduce al ámbito jurídico de la obtención de información por medio de un acto que inflige dolor físico o mental a una persona por medio de un agente del estado, sino que un sujeto cualquiera lleva a cabo actos que encajan dentro de esta tipología contra un civil sin el propósito de obtener ninguna información?

Es cierto que actualmente está prohibido todo acto torturante en contra de cualquier persona por cualquier motivo, pero ¿cómo se regula la manifestación de esta cuando encaja dentro de ella también un acto con grado victimizante como lo

es la violencia sexual? y he aquí donde se materializa la tipificación conjunta de dos tipos aparentemente independientes como un efecto que conlleva a otro. ¿Cuál se pondera y como se regula y controla?

No es atrevido afirmar que a pesar que el concepto del tipo penal que principalmente estableció la ONU es quizás un poco limitante pero tras estudiar las diferentes medidas que ha tomado tanto el sistema internacional como nuestro sistema interno podemos descubrir que no existe vacío alguno en cual al sujeto activo que compone el tipo.

En el país se tomó en cuenta al momento de establecer los elementos del tipo que si bien la tortura inicialmente era realizada por agentes del estado este concepto no se adaptaba como tal a la realidad del conflicto armado que compone a Colombia y a muchos otros países por tanto existía la necesidad de que la sanción de esta recayera más allá de los agentes del estado.

Por tanto el legislador tomo en cuenta que cualquier persona era capaz de ejercer esta actividad delictiva y amplio sin ir en contra del sistema interamericano y las normas que componen nuestro bloque de constitucionalidad y dio el sentido amplio a “que cualquier persona que inflija...” no dejando que recaiga solo sobre los grupos armados que componen el conflicto y sobre autoridades del estado sino acogiendo también todo individuo que se capaz de realizar tales actos.

Dentro de la norma internacional de la cual observamos su influencia en nuestro bloque de constitucionalidad determinamos que se dirigió específicamente a aquellas personas más vulnerables que se encuentran en medio del conflicto armado dando agravante a la sanción y recayendo más el sujeto activo sobre los grupos ilegales que hagan parte de su guerra a estas personas que con el solo hecho de encontrarse en lugares donde se desarrolla el conflicto armado adquieren la calidad de víctimas.

3.- Bibliografía.

http://es.wikipedia.org/wiki/Marqu%C3%A9s_de_Sade

https://www.academia.edu/927052/Vencidas_Violadas_Vendidas_Mujeres_Griegas_y_Violencia_Sexual_en_Asedios_Romanos

Artículo científico: La violencia sexual como una forma de tortura en el derecho internacional de los derechos humanos/ Raúl Fernando Núñez Marín- Lady Nancy Zuluaga Jaramillo

Artículo científico: Violencia de género/ ministerio de sanidad y consumo de España

Caso YCM contra Colombia (medidas cautelares de la CIDH)

http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_tortura

<http://es.wikipedia.org/wiki/Tortura>

<http://www.elortiba.org/tortura.html>

Convención para prevenir y sancionar la tortura

Caso Damas de blanco contra Cuba(medidas cautelares CIDH

<http://es.insightcrime.org/analisis/sadismo-muerte-abuso-mujeres-guerra-buenaventura>

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>

¿SON EFECTIVAS LAS MEDIDAS DE PROTECCION CONTRA LA DISCRIMINACION DE LA COMUNIDAD LESBICA EN COLOMBIA?

Por: Luisa Fernanda Romero Mendoza, María Alejandra Romero Barrios y Nauro Caballero Arredondo.

I.- Resumen. El presente artículo pretende abordar la situación en que se encuentra la población lésbica de Colombia respecto al reconocimiento y real protección de sus derechos, por lo tanto, el objetivo principal que inspirará esta reflexión, estará dirigida a determinar que la efectividad de las medidas de protección, así mismo, se abordará en un plano secundario la maximización y dificultad a la que se ve expuesta esta comunidad en los diferentes escenarios de la vida pública, en una sociedad caracterizada por la doble moral y prejuicios. Si bien es cierto, se han reconocido derechos a la comunidad homosexual y lésbicas, también lo es, que hace falta un largo recorrido para alcanzar una protección amplia a otros derechos (los mismos que tienen las parejas heterosexuales) los cuales son imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida. La jurisprudencia, doctrina, así como muchos tratadistas han coincidido en la necesidad de lograr la equidad e igualdad de la comunidad homosexual para lograr el postulado de la libertad individual, propia de un estado social de derecho, sin embargo, el presente artículo se centrará específicamente en la comunidad lésbica, haciendo la aclaración que la protección de derechos logrados para la comunidad gay, por analogía se hacen extensivas a aquella.

II.- Palabras Claves. Comunidad lésbica, igualdad de derechos, no discriminación, protección constitucional, equidad de género.

III.- Abstract. This article aims to address the situation in which the lesbian population of Colombia regarding the recognition and protection of their rights is, therefore, the main objective to inspire this discussion will be directed towards determining the maximization and difficulty that is exposed this community at different stages of public life, in a society characterized by double standards and prejudices. If it is true, have been recognized rights to gay and lesbian community, so is, it takes a long journey to achieve broad protection of other rights (the same as heterosexual couples) which are essential for carrying staff, not only in the sexual aspect, but in other dimensions of life. The jurisprudence, doctrine, and many writers have agreed on the need to achieve equity and equality of the gay community for attaining the postulate of individual own freedom of a social state of law, however, this article will focus specifically in the lesbian community, with the clarification that the protection of rights for the gay community made by analogy are extended to that.

IV.- Keys Words. Lesbian, equal rights, non-discrimination, constitutional protection, gender equity.

El problema de investigación de esta investigación es: ¿La normatividad jurídica actual brinda suficientes herramientas para lograr la protección efectiva de los derechos de la comunidad lésbica en Colombia? La metodología a aplicar es: El método que se utilizará será básicamente de tipo analítico y descriptivo, debido a que se pretende abordar, si en efecto, en Colombia se brinda una protección real para proteger a la comunidad lésbica de actos discriminatorios.

1.- Introducción.

La definición del modelo patriarcado, tan arraigado en nuestros tiempos se apoya en que el hombre y la mujer deben formar un núcleo y procrear, garantizando la

reproducción de los roles en el plano social mediante la educación de los hijos propios. Con una estructura similar que asegura y consolida el dominio pleno del hombre sobre la mujer; la heterosexualidad ha intentado innumerables veces obstaculizar y negar el amor entre mujeres para impedir su individual autonomía erótica y existencial, o bien la posibilidad de una alianza entre ellas.

Las conductas sexuales que se apartan de la norma patriarcal han existido siempre, tanto así que en babilonia existió el amor de una mujer a otra y no era objeto de sanción, amén de que una de las divinidades más importantes es Inanna-Ishtar, figura femenina independiente, a la cual nunca se le conoció vínculos conyugales ni maternos, libre de seguir sus propias pasiones. En el mundo griego, en cambio, el lesbianismo atravesó situaciones ligadas al control patriarcal.

Por su lado las mujeres egipcias, en el periodo clásico, eran más libres que las mujeres griegas, las de Alejandría son las primeras en poder citar su propio nombre y su propia libertad en un contrato matrimonial. De todos modos la constrictión heterosexual era muy fuerte. Muchas encontraban una huida del matrimonio en el ascetismo femenino³⁶⁶.

Aterrizando en tiempos más actuales, los cambios producidos a finales de la década de los 60, la ola feminista y su consecuente revolución sexual, los disturbios de stonewall³⁶⁷ de Nueva York en junio 28 de 1969 y, actualmente, los procesos de globalización han conformado nuevos espacios para que personas como las lesbianas de muchas ciudades del mundo se organicen colectivamente como movimiento social LGBT, con una serie de demandas que tienen que ver

³⁶⁶ Doctrina filosófica y religiosa que busca purificar el espíritu por medio de la negación de los placeres materiales o abstinencia.

³⁶⁷ Consistieron en una serie de manifestaciones espontáneas y violentas por parte de la comunidad LGBT contra una redada policial que los perseguía con el beneplácito del gobierno.

ante todo con el reconocimiento de sus derechos en el campo de lo social, lo político, lo cultural, lo jurídico, lo sexual³⁶⁸ e incluso lo económico.

La comunidad LGBT en Colombia³⁶⁹, también ha sido influenciada por ese oleaje de ideas provenientes de aquellos movimientos y protestas lo cual ha resultado en empoderamiento, y en políticas públicas con enfoque de derechos, de género, de diversidad sexual, de salud y de lucha contra la homofobia, la discriminación y la violencia basada en prejuicios. También ha resultado en la creación de nuevos espacios públicos y en donde pueden ejercer con mayor libertad su ciudadanía. Ante ese contexto, este artículo propone un estudio sobre las medidas de protección adoptadas para hacerle frente a la discriminación de la comunidad lésbica, así mismo, se pretende resaltar los avances en materia de reconocimiento social y político y la necesidad de maximizar aún más la ampliación de derechos para garantizar en la medida de lo posible la equidad de género.

Producto de los muchos cambios que ha traído consigo la globalización y el reconocimiento de los derechos humanos, la sociedad y la opinión pública han dado pasos hacia una sociedad mucho más respetuosa y tolerante frente a la diferencia. Ahora bien, el carácter dinámico de la Constitución, resultado de su permanente tensión con la sociedad, exige su actualización frente a situaciones nuevas. Por lo que se considera a partir de esta reflexión, para garantizar la equidad de género y protección a los derechos de la comunidad LGBT, y para el caso que nos interesa las lesbianas, la Corte Constitucional deberá modificar su interpretación de los principios constitucionales para ajustarlos a una realidad que no es la misma de hace diez años y a una sociedad colombiana que reclama la eliminación de todas aquellas prácticas excluyentes que impiden el libre ejercicio de la sexualidad.

³⁶⁸ También podría decirse que se han hecho en lo religioso.

³⁶⁹ A través de los medios de comunicación y los efectos de los procesos de globalización.

Actualmente, La población LGBT, especialmente la comunidad lésbica reciben por parte de los medios de comunicación un trato menos peyorativos y despectivos, siendo tomadas como unas ciudadanas más, que aunque distintas, no por ello son objeto de discriminación. Así las cosas, esta minoría sexual ha dejado de tener una connotación negativa de su libre decisión de llevar a cabo un proyecto de vida entre dos personas del mismo sexo. Pese a lo anterior, hace falta lograr una mayor aceptación y tolerancia por parte de aquellos sectores de la sociedad que apegados a corrientes religiosas discriminan y menosprecian a las mujeres con tendencias hacia su mismo sexo. Aunado a lo dicho con antelación, se requiere de instrumentos jurídicos más garantistas que materialicen la igualdad de derechos de las lesbianas en el mismo plano que los heterosexuales. Para dar respuesta al problema que inspira a este artículo de reflexión se procederá a abordar de manera específica los siguientes subtemas:

1.1.- Creación de espacios públicos alternativos.

El aumento de los participantes en las marchas representa un cambio cultural importante que ha logrado el movimiento de lesbianas y que lo visibiliza de manera significativa en las calles de las diferentes ciudades del país, contribuyendo al cambio de la cultura política de homofobia de la sociedad y creando espacios y modernidades alternativas.

Se han dado cambios político - culturales entre los participantes como por ejemplo el marchar sin máscara y la participación amplia de jóvenes que indican un rompimiento a los temores que genera la cultura política del miedo la violencia y la homofobia que ha caracterizado a este país. Además, el hecho de que hayan surgido en los últimos años una gran cantidad de grupos LGBT de todo tipo de intereses es un resultado importante de la incidencia del movimiento en cuanto a la apertura social, al respeto y la tolerancia que se está generando a la población LGBT.

Otro aspecto importante que manifiesta el cambio en la cultura política respecto a la tolerancia se evidencia en que el tiempo que lleva funcionando los distintos Centros Comunitarios LGBT del país, que no ha sufrido daños o saboteos por parte de otras personas según afirma Castillo (2008 anexo 5). También, el aumento y visibilización de sitios de “homo-socialización” en Colombia es un aspecto que evidencia cambios en los espacios públicos de ciudades como Bogotá. La amplia visibilización que se está dando en medios de comunicación al tema LGBT está ayudando bastante para los cambios políticos y culturales del país, a estos se suma que dos de nuestras ministras son abiertamente lesbianas.

1.2.- Vinculación entre orientación sexual, derechos sexuales, derechos humanos y participación política.

Los derechos sexuales se basan en los principios de no discriminación y de libertad que fundan los derechos humanos. Los derechos sexuales, que como señala Irene León³⁷⁰, “son los más humanos de todos los derechos” porque “atañen el plano íntimo de las individualidades y opciones” incluyen la libertad de elegir, autonomía y ejercicio responsable de la sexualidad y derecho a una vida placentera, libre de violencia.

El término derechos sexuales como tal, no aparece en los acuerdos internacionales, pero sí queda definido en la Plataforma de Acción de Beijing, párrafo 96 “a tener control y decidir libre y responsablemente sobre materias relacionadas con su sexualidad, incluyendo la salud reproductiva y sexual, libre de coerción, discriminación y violencia” (Párrafo 96).

Si tanto en la Plataforma de Acción de Beijing como en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo del Cairo los derechos

370 León, Irene, “Derechos sexuales y reproductivos. Los más humanos de todos los derechos”, Disponible en: www.covención.org.uy-Documentos.htm/.

sexuales y reproductivos son considerados derechos humanos, se está reconociendo que son universales, absolutos, inalienables, inviolables e inherentes a las personas en tanto que derechos humanos.

Tanto el movimiento de mujeres, como los movimientos LGBT³⁷¹ actuales plantean que los derechos sexuales son derechos humanos. La sexualidad forma parte de la vida privada de las personas, pero no el tratamiento social que se hace de ella. La discriminación basada en la sexualidad, se puede abordar en los principales tratados internacionales, donde se reconoce la no discriminación por “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”³⁷². No se específica orientación sexual o identidad sexual³⁷³, estaría incluido en cualquier otra condición.

La libertad de elegir implica autonomía e independencia, y la garantía de tener esta libertad de elegir y un contexto apropiado para la autonomía tiene que ver con el ejercicio de la ciudadanía, con el derecho a tener esa posibilidad y a ser incluida/o y tener las garantías de ser protegida/o por los Estados. Que esa garantía sea real depende en gran medida de la capacidad de influir en las decisiones que se toman para el país, para ello es imprescindible una sólida organización social.

Por otro lado, vemos que en Colombia la participación política de mujeres lesbianas es muy reducida, solo se conoce públicamente del caso de las ministras de comercio y de educación, hablamos de Cecilia Álvarez y Gina Parody, quienes

³⁷¹ GLBT (también LGTB), siglas adoptadas por las organizaciones internacionales para incluir a Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transgéneros. En mi trabajo voy a usar estas siglas cuando hablo de políticas incluyentes de todas estas diversidades, pero no abordó el tema transgénero porque es amplio, diferente y no asimilable a la homosexualidad; sus demandas son diferentes, por ejemplo el derecho al reconocimiento de la nueva identidad en la cédula.

³⁷² Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Parte II artículo 2. Adoptado por la Asamblea general de la ONU el 16/12/1966 y entró en vigor el 23/03/1976.

³⁷³ En el glosario de términos hago una pequeña distinción entre los dos conceptos.

son pareja y así lo han manifestado; aquellos días en que los medios de comunicación publicaron dicha noticia, la sociedad no hacía más que comentar sobre tal situación, estaban quienes defendían el hecho de que se le permita a mujeres llegar a tan altos cargos, sin tener en cuenta su orientación sexual y solo las capacidades intelectuales necesarias para dirigir un ministerio, por otro lado, no podían faltar los ultra conservadores que catalogaban dicho suceso como algo aberrante.

En este mismo orden, encontramos el caso de dos mujeres pertenecientes al congreso de la república que mantienen un noviazgo. Semanas pasadas una demanda de pérdida de investidura fue impetrada en contra de ellas por un abogado, quien sostuvo que la ley prohíbe que dos parlamentarios que mantienen una relación de pareja trabajen en el mismo lugar. Las senadoras involucradas son Claudia López y Angélica Lozano. Al juicio de las congresistas esta iniciativa se trata de un nuevo acto de discriminación contra las mujeres, la comunidad lesbiana, gay, bisexual y transexual (LGTBI) y otras minorías.

Creemos que muy probablemente son muchas las mujeres de altas corporaciones y en general del sector público que mantienen una relación lésbica, sin embargo, el miedo a reconocer públicamente la homosexualidad unido a la falta de conciencia y tolerancia ciudadana para respetar las preferencias sexuales de las lesbianas contraponiendo conceptos teológicos o religiosos, una de las principales razones para que muchas lesbianas se mantengan en el anonimato. Es menester decir, que el temor que surge de aceptar su orientación sexual con determinación puede tener distintas causas y más cuando hablamos de altos cargos públicos como lo es una cartera ministerial. Aunque en Colombia se estén dando pasos para lograr una igualdad de derechos de la comunidad LGBT, aún se siguen presentando actos discriminatorios contra las mujeres que manifiestan abiertamente su inclinación sexual, es por ello que para el reconocimiento de la no discriminación por orientación sexual aparece así como una condición esencial

para el disfrute por parte de las lesbianas de los derechos humanos reconocidos al resto de la población.³⁷⁴

1.3.- Pronunciamiento de la corte constitucional tendientes a la protección de Lesbianas.

Desde 1936 hasta abril de 2008 en Colombia se ha implementado un cambio substancial en el tema de los derechos humanos entendidos como derechos sexuales, ello se refleja en una serie de fallos proferidos por la Corte constitucional en los que se reconocen los derechos de los homosexuales y las lesbianas, y en algunos pocos casos algunos derechos de las personas transexuales. Este acápite del artículo científico que se desarrolla analiza los más importantes fallos legales en Colombia y su importancia para el logro de la normalización de las homosexualidades, lesbianidades y transexualidades en este país.

El proceso en la búsqueda de la aceptación y la tolerancia hacia los homosexuales y lesbianas en Colombia tiene un primer y sustancial avance con la reforma al Código Penal vigente desde 1936 (en donde la homosexualidad deja de ser delito para ser considerada como una “enfermedad”). Hace más de veinte años, desde el Movimiento homosexual Colombiano, creado el 7 de abril de 1977, se dio el primer gran paso con la reforma del Código Penal de 1936, con la que se despenalizaron las actividades homosexuales entre mayores de 14 años (en el Código Penal vigente desde 1981 desaparecieron los Art. 323 y 329 que las condenaban). Aunque se han dado algunos avances, todavía existe discriminación por razón de la orientación sexual y no existe en Colombia hasta el momento ninguna ley que la prohíba.

³⁷⁴ Rivas Bañó, Alicia, “Lesbianidad, privacidad y discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en: Orientaciones. Revista de Lesbianas, Fundación Triángulo, Madrid, 2000, p. 13-40.

A pesar de que en Colombia no es frecuente penalizar a homosexuales o lesbianas por su comportamiento, los homosexualidades y lesbianidades siguen siendo vistas como conductas que atentan contra el orden moral y social; esto se fundamenta en el pensamiento judeocristiano sobre el amor y la sexualidad. El proceso democrático nacional permitió cierto reconocimiento a los homosexuales y lesbianas, que fue alcanzado gracias al trabajo de personas y organizaciones en pro de los derechos fundamentales y la no-discriminación a los homosexuales, lesbianas y personas transgéneros, sin embargo dicho logro ha sido muy poco con relación a las personas bisexuales.

A pesar de los avances en la norma jurídica se continúa discriminando a homosexuales y lesbianas. El comportamiento homosexual y lésbico se observa como una situación que atenta contra las “buenas costumbres” y la moral establecida socialmente. Aun cuando no es una enfermedad, para muchos la homosexualidad y la lesbianidad siguen siendo “comportamientos anormales”, más por ser considerados conductas disidentes que por ser comportamientos que afectan mentalmente a las personas en su individualidad o a la comunidad en su orden moral o social.

La Constitución Política de Colombia de 1991 influyó en forma positiva sobre este proceso al reconocer para todos los individuos un conjunto de derechos y garantías fundamentales creando los mecanismos de protección de los mismos. En este cambio legislativo sobresale la Tutela, como mecanismo judicial de protección inmediata a los derechos fundamentales de los individuos.

Los homosexuales y las lesbianas que se han visto afectados de diversas maneras por su condición sexual e incluso las que no se sienten afectadas, "Tienen interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen una conducta diferente, a la de los heterosexuales, no por ello jurídicamente carecen de legitimidad..., en aras del principio de igualdad,

consagrado en la Carta Política como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual." Según lo afirma la sentencia T-539/94 de la Corte Constitucional, que tuvo como ponente al Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Velándia (1999) se lee "El Principio de Igualdad es uno de los valores y derechos en los cuales se fundamenta la no discriminación a las minorías en Colombia, ya que todos los ciudadanos de este país gozan de las mismas libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Art. 13 de la Constitución Política C. P.). De ello se desprende que todas las personas somos iguales ante la Ley y las autoridades, y que nadie puede ser objeto de discriminación en razón su orientación sexual así ésta no sea la socialmente considerada como "el deber ser". Con base en este principio de Igualdad consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual o a una lesbiana por adoptar dicha orientación sexual".

En sentencia T-539/94 de la Corte Constitucional, existe una aclaración de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell, en la que expresan: "Toda consideración basada en la conducta sexual como factor de desigualdad, lleva en sí el germen de la discriminación. La corte por tal motivo, no debe hacer análisis que partan del supuesto de tratar a los homosexuales como seres distintos a la generalidad de los humanos". Igualmente se lee en dicho fallo: "los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual".

De lo anterior se desprende que, el hecho de que las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual asuman comportamientos o expresiones

sexuales que no sean iguales a las que adopta la mayoría de la sociedad, no justifica que sean sometidos a hostigamiento y señalamiento social. Y que existe hacia ellas un interés jurídicamente protegido siempre y cuando su orientación no lesione o afecte los intereses de otras personas ni de la sociedad en general.

En el ordenamiento constitucional colombiano la discusión sobre si la orientación sexual está determinada biológicamente, o por el contrario, es una opción libre del ser humano, no es particularmente relevante, puesto que, ambas tesis conducen a idénticos resultados en cuanto al grado de protección que la Carta confiere, por cuanto no sólo prohíbe la discriminación por razón de sexo (C. P., Art.13) sino que además, garantiza los derechos a la intimidad y, en especial, al libre desarrollo de la personalidad (C. P., Arts. 15 y 16).

A partir del anterior desarrollo puede deducirse que las personas homosexuales y lesbianas gozan de una doble protección constitucional. Pues, si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (C. P., Art.13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, entonces esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (C. P., Art.16). Por cualquiera de las dos vías que se analice, el resultado constitucional es idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto.

1.4.- Instrumentos normativos nacionales, jurisprudenciales e internacionales que protegen los derechos de la comunidad lésbica.

Debido a los fallos proferidos por la Corte Constitucional, así como la jurisprudencia y normas de carácter constitucional, los derechos de las lesbianas en Colombia están más avanzados que en el promedio de los países con características similares: en vías de desarrollo y conservadores desde el punto de vista religioso. Por lo anterior, a continuación se plasmará un cuadro en donde se discriminara la normatividad y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional (incluida en el bloque de constitucionalidad), atinente a los derechos de lesbianas:

a.- Constitución Política de Colombia:

Artículo 1.

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2.

(...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

- Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.
- Artículo 13. 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 ninguna 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.
- Artículo 16. 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
- Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y

fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las personas que conviven en el país.

Artículo 93.

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.

Artículo 94.

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

b.- Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

| | |
|--------------------------|---|
| Sentencia T-594 de 1993 | Derecho al libre desarrollo de la personalidad. |
| Sentencia T-097 de 1994 | Debido proceso administrativo, prácticas lésbicas en la Policía, derecho al buen nombre, derecho a la educación. |
| Sentencia T-504 de 1994 | Principio de publicidad, reserva del nombre, derecho a la intimidad personal Principio de publicidad, reserva del nombre, derecho a la intimidad personal y familiar. |
| Sentencia C-507 de 1999 | Unión marital de hecho. |
| Sentencia C-336 de 2008 | Derecho a ser beneficiaria/o de la pensión de sobrevivientes de la pareja del mismo sexo. |
| Sentencia C-798 de 2008 | Derecho/deber de asistencia alimentaria para parejas del mismo sexo. |
| Sentencia T-435 de 2002 | Derecho a la libre opción sexual. |
| Sentencia T-1025 de 2002 | Medio de defensa judicial. Apreciación por el juez constitucional en relación con los derechos fundamentales de los niños. |
| Sentencia T-499 de 2003 | Derecho a la visita conyugal y al libre desarrollo de la personalidad del interno. |

Sentencia T-1021 de 2003

Sentencia T-1096 de 2004

Sentencia C-029 de 2009

Sistema General de Salud.

Derecho a la igualdad y test de proporcionalidad.

Equipara uniones de hecho del mismo sexo con uniones maritales heterosexuales, por lo que se establece que los miembros de parejas del mismo sexo pueden: constituir un patrimonio de familia inembargable; adquirir la nacionalidad por adopción, contar con la garantía de no incriminación a sus compañeros o compañeras permanentes en los procedimientos penal ordinario, penal militar y disciplinario; ser beneficiarios o beneficiarias del régimen de pensión y salud de la Fuerza Pública; reclamar su derecho al componente de servicios del subsidio familiar en servicios, al subsidio familiar de vivienda y a las indemnizaciones del SOAT por muerte en accidente de tránsito.

c.- Normatividad Nacional.

Decreto 100 de 1980

Por el cual se expide el nuevo Código Penal.

Ley 54 de 1990

Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros

Ley 100 de 1993

permanentes.

Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

Directiva del 11 de junio de 2009

De la Policía Nacional Directiva transitoria para la protección de la población LGBT en Colombia.

d.- Normativa Internacional.

Resolución 2435 OEA
(XXXVIII-O/08)

Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género
No discriminación por orientación sexual e identidad de género.
(Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008)

Principios de ONU
Yogyakarta sobre
la Aplicación del
Derecho
Internacional de
Derechos
Humanos a las
Cuestiones de
Orientación

Presentados el 26
de marzo
de 2007 en el
Consejo de
Derechos
Humanos de la
ONU
Principios sobre la
aplicación de la
legislación
internacional de
derechos
humanos en
relación con la
Orientación sexual
y la identidad de

Sexual e Identidad

de Género

Resolución 17 de ONU

mayo de 2011

género.

Orientación sexual

e identidad

de género

La Resolución, presentada por Sudáfrica y Brasil con el apoyo de un grupo interregional de países del que hace parte Colombia, pide a la Oficina de la Alta Comisionada la realización de un estudio sobre el tema y establece la celebración de un Panel en marzo de 2012, en el marco del XIX Periodo de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos, en el que se abrirá, por primera vez en

ese
foro, un diálogo
formal sobre
mecanismos que
permitan
prevenir y
erradicar la
violencia y la
discriminación
contra las
personas de los
sectores sociales
de lesbianas,
gay, bisexuales y
transgeneristas

Del cuadro plasmado anteriormente, se puede observar que son muchos los derechos que han sido protegidos tanto por la legislación nacional como la internacional, generando con ello un avance en la adquisición de derechos, sin embargo, hay que reconocer que hace falta mucho camino para lograr la maximización de derechos que logren la materialización de las libertades individuales propias de un Estado Social de Derecho. No es menos cierto que como sociedad nos hace falta ser más tolerantes y respetuoso respecto de lo que consideramos diferente, de esta manera contribuiríamos a alcanzar la paz y reconciliación que tanto clama este país.

Por otra parte, no se puede desconocer que la comunidad lésbica ha penetrado en todas las esferas de la sociedad, de tal forma que comparten los mismos escenarios que las personas heterosexuales sin discriminación alguna, incluso, en

el ambiente político se evidencia un activismo por la defensa de sus derechos a través de organizaciones no gubernamentales y de propuestas que han llegado al Congreso de la República, de forma que el gobierno, e incluso la iglesia, han apoyado el reconocimiento de los derechos patrimoniales de los homosexuales que viven en pareja. En consecuencia, las anteriores circunstancias evidencian el mermado cambio de percepción que la sociedad tiene de los homosexuales y su aceptación dentro de la misma.

En cuanto al plano de igualdad que debe lograrse para las lesbianas en nuestro país la Red de Apoyo a Transgeneristas TRANS-SER, organización que forma parte del movimiento social de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas de Colombia, sostienen que la comunidad homosexual ha sido tradicionalmente un grupo excluido y vulnerable, de modo que al proferirse normas que hagan distinciones relacionadas con la orientación sexual debe hacerse un test de igualdad.

Es cierto que el máximo órgano Constitucional ha desarrollado los conceptos de pluralismo, equidad y libre desarrollo de la personalidad refiriéndose a los derechos de igualdad y no discriminación de las personas homosexuales en campos como la educación, acceso a las fuerzas militares, igualdad para acceder a cargos públicos y las visitas en instituciones carcelarias. No obstante lo anterior, si nos detenemos a analizar la verdadera situación de esta comunidad, encontraremos que en realidad no ha sido posible hacer efectiva la protección a este grupo, pues las personas homosexuales tienen derecho a la libre opción sexual y están amparados bajo una Constitución pluralista, pero una vez deciden desarrollar su proyecto de vida en pareja con una persona de su mismo sexo pierden derechos y beneficios que tendrían si la pareja fuera heterosexual, es decir, por el solo hecho (sic) de ser homosexual o transgeneristas pierde los derechos y beneficios de la pareja.

A nuestro juicio, aún existen condiciones de discriminación que han llevado a que no se aprueben diferentes proyectos de ley presentados al Congreso para que se reconozcan los derechos patrimoniales de los homosexuales, toda vez que las mayorías políticas tradicionalmente se han mostrado reacias al reconocimiento de derechos de quienes deciden vivir en pareja con otra persona del mismo sexo a la luz del matrimonio, de tal forma que, ahora, le corresponde a la Corte Constitucional reivindicar los derechos de esta minoría que no ha podido ser protegida en el debate legislativo. Pues bien, fue esto lo que sucedió, en vista de que transcurrió el plazo máximo dado por la alta Corporación Constitucional al senado de la república para que legislara sobre este tema, ahora se permite la legalización de la unión la cual tiene los mismos efectos de derechos patrimoniales que se deriva del matrimonio entre personas heterosexuales.

La jurisprudencia constitucional en Colombia, tanto en decisiones de tutela como de constitucionalidad, ha señalado que los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado, pero que a la luz del ordenamiento superior toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.³⁷⁵

En ese contexto se ha señalado que *“dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan ‘coexistir las más diversas formas de vida humana’.*”³⁷⁶

No obstante lo anterior y pese a los múltiples pronunciamientos en los que la Corte ha actuado para prevenir o reparar eventos de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, que si bien del ordenamiento constitucional se desprende una prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual y así

³⁷⁵ Cfr. Sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero

³⁷⁶ Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

ha sido declarado por la jurisprudencia, la efectividad de tal postulado, aunque se aprecia en la protección de los individuos, no se ha manifestado en el ámbito de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, las cuales carecen de reconocimiento jurídico.

De este modo, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce los derechos que como individuos tienen las mujeres lesbianas, pero, al mismo tiempo las priva de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida.

A este respecto puede observarse que la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual se desprende de normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que de manera genérica proscriben toda forma de discriminación.³⁷⁷ Más allá de esa dimensión normativa se ha manifestado en distintas oportunidades por la jurisprudencia constitucional, pronunciamientos de distintas instancias internacionales y Tribunales de diferentes Estados han avanzado en la definición del ámbito de protección de la persona y de la pareja lésbica, y en la identificación de factores que pueden considerarse discriminatorios en función de la orientación sexual de las personas.

Durante los últimos diez años, el reconocimiento de la orientación sexual como una razón inadmisibles de discriminación se ha convertido en norma habitual”, y “Tribunales y organismos de derechos humanos de todo el mundo, incluida la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, han sostenido que las

³⁷⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’ establece que ‘*todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*’ (art. 24). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que ‘*todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*’ (art. 26)

disposiciones en materia de igualdad de protección que prohíben la discriminación basada en el sexo prohíben intrínsecamente la discriminación basada en la orientación sexual.”³⁷⁸

Específicamente se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría ‘orientación sexual’, la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación³⁷⁹, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto.³⁸⁰

³⁷⁸ *Amicus Curiae* preparado por The New York City Bar Association, Human Rights Watch, The International Gay & Lesbian Human Rights Commission, The National Center for Lesbian Rights, The Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic at Yale Law School, The National Center for Human Rights Education, profesora Katherine Franke, profesora Nan D. Hunter y la Red Latinoamericana de Académicas/os del Derecho

³⁷⁹ Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

³⁸⁰ Caso *Young c. Australia* Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/ 941 /2000.

En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual³⁸¹; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras³⁸²; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias

³⁸¹ En la Sentencia T-097 de 1994 la Corte señaló que “[e]ntre las innovaciones de la Constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de la persona. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y del derecho a la intimidad y al buen nombre (art. 15). El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. 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.” Esta posición ha sido reiterada en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse la C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y la T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁸² En la Sentencia C-098 de 1996 la Corte expresó: “Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos —además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. (...) De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990.” En el mismo sentido, en la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte puntualizó que “... a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.”

para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento³⁸³ y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.³⁸⁴

En ese contexto jurídico la realidad de la comunidad lésbica se ha hecho más visible, en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que, con anterioridad, un ambiente hostil mantenía vedadas.

³⁸³ En la Sentencia C-098 de 1996, la Corte señaló que “sería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexecutable de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos. En la Sentencia T-349 de 2006 la Corte concluyó que el legislador dentro de su ámbito de configuración, puede, en desarrollo del mandato de ampliación progresiva de la seguridad social, contemplar medidas especiales de protección en seguridad social para las parejas homosexuales, que consulten sus particulares circunstancias y necesidades, pero que en relación con la prestación que entonces era objeto de consideración -la pensión de sobrevivientes- no había un imperativo constitucional, conforme al cual, a partir del principio de igualdad, dicha prestación debiese hacerse extensiva a las parejas homosexuales.

³⁸⁴ En la Sentencia C-1043 de 2006 la Corte expresó que “[l]a existencia de esas diferencias [entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales] hace imprescindible que, para configurar un cargo por omisión legislativa el actor especifique las razones por las cuales, en su criterio, el contenido normativo acusado excluye de sus consecuencias jurídicas situaciones que, por ser asimilables, tenían que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, que tal exclusión carece de un principio de razón suficiente, y que, por consiguiente, se produce una lesión del principio de igualdad.” Agregó la Corte que en el caso que entonces fue objeto de consideración esa carga argumentativa no se satisfacía debido a que el actor se limitó “... a señalar que, en su criterio, las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobrevivientes, y que no hacerlo así resulta discriminatorio”, pero no presentó las razones que mostraran que en esa materia resultaba imperativa una identidad de trato.

2.- Conclusión.

Desde los enfoques propuestos, se concluye en primer lugar que no existen propiamente hablando mecanismos de protección, una cosa diferente es que producto del actuar de los movimientos homosexuales, ONG y defensores de derechos humanos, la justicia Colombiana se haya visto obligada a dictar fallos de cara al marco del derecho internacional, dando como resultado el reconocimiento de algunos derechos de estas minorías sexuales.

Enhorabuena, han proliferado movimientos sociales LGBT, que ha adquirido un gran poder de desafío para incidir, generar tensiones e interacción a través de sus redes y aliados que abrieron oportunidades políticas en escenarios del Gobierno y con la creación de espacios públicos alternativos en las calles luego de un largo proceso histórico de formación.

El llamado que se hace a partir de esta reflexión es generar conciencia en la comunidad académica y en general en la sociedad respecto de la importancia de respetar todo aquello que consideramos diferente, de esta manera contribuimos en la inclusión social de la comunidad LGBTI desde la aceptación, ahora bien, se evidencia la necesidad de lograr garantías más efectivas que coloquen a las lesbianas y en general a la población homosexual en igualdad de condiciones que las parejas del mismo sexo. Lo anterior, con el propósito de lograr una igualdad de género que respete el desarrollo de las libertades individuales propias de un Estado Social de Derecho.

3.- Bibliografía.

Libros y Publicaciones:

Amicus Curiae preparado por The New York City Bar Association, Human Rights Watch, The International Gay & Lesbian Human Rights Commission, The National Center for Lesbian Rights, The Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic at Yale Law School, The National Center for Human Rights Education, profesora Katherine Franke, profesora Nan D. Hunter y la Red Latinoamericana de Académicas/os del Derecho

Rivas Vañó, Alicia, "LESBIANIDAD, privacidad y discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en: Orientaciones. Revista de Lesbianas, Fundación Triángulo, Madrid, 2000, p. 13-40.

Jurisprudencia Nacional:

Corte Constitucional

Sentencia T-539 de 1994. M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA

Sentencia C-481 de 1998. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Sentencia T-268 de 2000. M.P.: Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-097 de 1994. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia C-098 de 1996. M.P.: Germán Humberto Rincón Perfetti

Sentencia C-1043 de 2006. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL

Jurisprudencia Internacional

Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

Caso *Young c. Australia* Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/ 941 /2000.

Legislación Internacional

La Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica' establece que *'todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley'* (art. 24). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *'todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.'* (art. 26)

Cibergrafía

La Amante Celeste, la destrucción científica de la lesbiana. Disponible en: <http://www.lifsp Peru.org/files/pdf/cendoc/lecturas%20lesbicas/Rosanna%20Fiocchetto-La%20Amante%20Celeste-Cap%201-2-3%20y%205.pdf>

LOGROS Y DESAFÍOS DEL MOVIMIENTO LGBT DE BOGOTÁ PARA EL RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis178.pdf>

Política Pública para la Garantía Plena de los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas -LGBT- y sobre Identidades de Género y Orientaciones Sexuales en el Distrito Capital. Disponible en: http://old.integracionsocial.gov.co/anexos/documentos/2014_politicas_publicas/politica_publica_lgbt_balances_y_perspectivas.pdf

***PARTE VIII: JUSTICIA, DERECHOS POLÍTICOS Y SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.***

JUSTICIA Y DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: UNA REVISIÓN DEL CASO MENDOZA Y OTROS VS. ARGENTINA.

Por: Montserrat Magre Colorado, Joice A. Montes Imbett, Ana Milena Martelo Ospino.³⁸⁵

I.- Resumen: Con este artículo entraremos al análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el Caso Mendoza y otros contra Argentina, donde el Estado cometió la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, protección y garantías judiciales, libertad personal, entre otros de los jóvenes César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández. Veremos que el niño requiere de una especial protección por su condición de menor de edad y como sujeto de derechos.

II.- Palabras Clave: Justicia de menores, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tratos crueles, cadena perpetua, Argentina, derechos del niño, Sistema penal de menores.

III.- Abstract: With this article we are going to do the analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on the case of Mendoza and others Vs Argentina, about the violation of rights to life, personal integrity, judicial protection and guarantees, personal freedom, etc of the young people César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández. We will see that the child require special protection because of their status as a minor of

³⁸⁵ Estudiantes de Derecho jornada diurna, en el año 2014, participantes del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica.

age and a subject of rights.

IV.- Key Words: Juvenile justice, Inter-American Human Rights System, cruel treatment, life imprisonment, Argentina, rights of the child, juvenile penal (justice) system.

1.- Introducción.

*"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana"*³⁸⁶

Con una visión orientada a los Derechos Humanos, nos centraremos en los sistemas penales juveniles, los cuales en todo caso deben tener como estándar mínimo la protección de los derechos de estos "pequeños" sujetos de derechos.

Para ello desarrollaremos: I) los instrumentos internacionales que protegen los derechos del menor, II) los derechos que les son violados a los niños, cuando los sistemas penales no se encuentran encuadrados dentro de las pautas dadas por los instrumentos internacionales, III) el escenario de los sistemas penales juveniles con respecto a los países que hacen parte del SIDH, y por último, IV) analizaremos las consideraciones de la Corte IDH respecto al caso Mendoza y otros Vs Argentina.

Lo anterior, con el fin de determinar las implicaciones de un sistema penal juvenil, en el que se ausentan los preceptos que protegen los derechos del

³⁸⁶ Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990. (http://www.unicef.org/honduras/CDN_06.pdf)

menor. Estableceremos si por parte del Estado argentino se constituye una violación a los derechos del niño, determinaremos la compatibilidad de los distintos instrumentos internacionales protectores de los niños, los sistemas judiciales de adolescentes y por qué se permitió que menores fueran judicializados como adultos.

1.1.- Instrumentos internacionales que protegen los derechos de los niños.

Antes de entrar en materia, contextualizaremos lo que es un instrumento internacional, empezaremos diciendo que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha inspirado a muchas convenciones y declaraciones, la importancia de estos instrumentos, se centra en que una vez los Estados los ratifican, les dan competencia a órganos especializados e independientes, para que revisen y adapten su legislación y sus prácticas con relación a los derechos humanos. Dicho esto, pasaremos a estudiar algunos de los instrumentos internacionales más representativos, en relación a los derechos del niño.

1.1.1.- Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas.

Los derechos que se establecen en esta Convención, son los fundamentales para que todos los menores accedan a un desarrollo como persona, donde sea protegido de los malos tratos, la explotación, que goce del derecho a una satisfactoria convivencia familiar, a la atención en salud, educación y a la prestación de servicios sociales, civiles y jurídicos.

La condición de menor, lo hace ser dependiente e impotente ante las decisiones y acciones del adulto. Por esto, es imperioso establecer las reglas y normas que permitan hacer valer los derechos de ellos. En la Convención sobre los derechos de los niños, de 1989, queda constituida la normatividad que vela por los

derechos de la infancia, pues si bien es cierto que en muchos países ya la norma existía, ésta no era vigilada ni se obligaba a ser cumplida, es decir, solo existía en papeles, más en la práctica había una total desprotección de los menores.

En esta Convención, se evidencia lo necesario que es brindarle al niño un entorno que lo proteja, que lo ampare ante cualquier situación que por alguna fatalidad le toque vivir, como casos de explotación sexual, laboral, de obligarlos a participar en conflictos armados, pandillas, entre otras.

Un niño no tiene la madurez emocional suficiente para comprender y asumir ciertas posturas frente a algunas situaciones, inclusive, puede llegar a creer, que ser miembro de una pandilla o ser explotado, es una situación normal, por esto se hace necesario brindarle una protección y unas garantías especiales, es por tal razón que se implementan en la legislación internacional los Derechos de la Infancia, estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al respecto conviene decir que los Estados Partes, tienen la obligación de acatar lo que establece el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en palabras del artículo, tener una consideración fundamental, donde lo que primará será el interés superior del menor, esto puede hacerse a través de sus instituciones públicas y privadas, autoridades administrativas, judiciales, órganos legislativos, entre otros.

Asimismo el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, *“Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de*

procedimiento de la ley nacional".³⁸⁷ Teniendo en cuenta lo citado, los Estados Partes estarían obligados a brindarle a los menores la especial protección y garantía de ser escuchado y darle la oportunidad de declarar su propia versión de los hechos, esto le brindará un juicio justo al permitirle expresar su opinión y razones por los actos que ha realizado.

1.1.2.- Convención Americana de los Derechos Humanos.

El contenido de esta Declaración, consagra los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas; al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho de igualdad ante la ley y a no ser discriminado en el goce de los derechos humanos consagrados; el derecho de libertad religiosa y de culto; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la libertad de investigación, de opinión y expresión; el derecho a la protección de la honra, la reputación personal, la vida privada, y a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia; a constituir y a recibir protección para la familia; el derecho a la propiedad; el derecho a la protección de la maternidad y la infancia; el derecho de residencia y tránsito; el derecho de asilo y el derecho a peticionar a las autoridades, entre otros que protegen las garantías judiciales, los derechos políticos, laborales y los económicos y sociales.

1.1.2.1. Los niños dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos.

*“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*³⁸⁸

³⁸⁷ Art 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁸⁸ Art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, le dedica especialmente un artículo a los niños, titulado “*De los derechos del niño*”, donde podemos observar que la Convención no solo vincula a la familia como garante de los derechos de los cuales los niños son titulares, sino que lo hace extensivo a la sociedad y a los Estados.

En el artículo 27 del instrumento en mención, dispone que no autoriza la suspensión de las garantías de los derechos que enumera, entre ellos los derechos del niño, que se encuentran consagrados específicamente en el artículo 19 de esta Convención.

1.1.3.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la Comunidad Internacional se propuso no volver a repetir los horrores cometidos en ella, por lo cual en 1945 nace la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con el propósito de ayudar a las siguientes generaciones a afrontar los futuros conflictos internacionales y las consecuencias de ellos; se crearon seis órganos principales, encargados de regular las distintas controversias que se pudieran presentar en el plano internacional, teniendo entre éstos a la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Corte Internacional de Justicia y el Consejo Económico y Social.

El 10 de diciembre de 1948, en la Tercera Asamblea General de Naciones Unidas fue adoptada de manera exitosa la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ninguno de los 56 países miembros de las Naciones Unidas votó en contra, y solo Sudáfrica, Arabia Saudita y la Unión Soviética se abstuvieron de hacerlo. El contenido de esta Declaración abarca todas las tradiciones jurídicas, y establece el “*estándar común a ser alcanzado por todos los pueblos y naciones*”.

1.1.3.1.- El papel de los niños dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con respecto al tema que nos concierne, es conveniente advertir que dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), el término "niño" es muy poco empleado, sin embargo, se debe entender que este texto se hace extensivo a todos los seres humanos. No obstante, aunque se hace muy poca referencia a los niños, la DUDH dedica un artículo a ellos, en el que indica que todos los niños tienen derecho a cuidados especiales:

"...2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados asistenciales especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."³⁸⁹

1.1.4.- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

La convención en su artículo 2 define el término tortura *"Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica."³⁹⁰*

La tortura se configura como una de las más graves e inhumanas violaciones a los derechos humanos, ya que denigra y atenta contra la dignidad, así como a la mente y el cuerpo de la persona que lo sufre. La vida sin tortura es fundamental

³⁸⁹ Art. 25. 2 Declaración Universal de los Derechos Humanos

³⁹⁰ Artículo 2 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

para todos, así lo garantiza el derecho internacional por medio de los tratados y convenciones, lo que demuestra que es supremamente importante para las instancias internacionales que se protejan estos derechos, y en particular los derechos de los niños. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 5 establece: *“Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*.³⁹¹

1.1.5.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tiene como objetivo principal, salvaguardar derechos fundamentales para la dignidad del hombre, como son, el derecho a la protección de la familia, el derecho a la salud, educación, el derecho a tener una vida digna, a participar de la vida en actividades tanto culturales como sindicales; todas estas son actividades que propenden por el bienestar del ser humano.

*“Los derechos económicos, sociales y culturales están protegidos bajo múltiples tratados internacionales y regionales así como en las constituciones nacionales. El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el tratado más exhaustivo que estipula la protección de dichos derechos a nivel internacional.”*³⁹²

El artículo 10 del Pacto, hace énfasis en el derecho a la vida en familia, por lo tanto establece que se deben tomar medidas y disposiciones que protejan a la familia, mujeres y niños. En el numeral 3 se dispone que deben protegerse a los niños y adolescentes de la explotación económica y social, que no sean obligados a trabajar donde su moral o su salud sean afectadas, pudiendo esto perjudicarlos

³⁹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos

³⁹² <http://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/ESCRIndex.aspx>

en su desarrollo normal.

El Pacto es claro al expresar la necesidad de establecer condiciones y servicios médicos para asegurar la salud física y mental de los niños y adolescentes, reduciendo su mortalidad y asegurando el sano desarrollo de ellos. Establece que es imprescindible desarrollar sistemas de prevención y tratamiento frente a enfermedades epidémicas, así mismo brindarles un ambiente adecuado para su bienestar, igualmente declara lo fundamental y básico que es la educación para formar la personalidad del hombre. A través de la educación, se forma en los niños, la conciencia hacia el respeto y dignidad humanas.

En el pacto se establece que la educación ha de favorecer la tolerancia y hermandad entre todas las Naciones, sin importar a qué grupo racial, religioso, sexo pertenezcan, promoviendo y estimulando de esta manera la paz entre los pueblos, asimismo, expresa que la educación primaria ha de ser gratuita y obligatoria para toda la sociedad de los países miembros del pacto, esto garantizaría una formación y capacitación básica fundamental para crear sociedades que promuevan la paz.

1.1.6.- Análisis del Caso Mendoza y otros vs. Argentina.

Veamos una síntesis del Caso Mendoza Vs Argentina.

1.1.6.1.- Hechos o elementos fácticos:

El caso *Mendoza y otros Vs. Argentina* se refiere a la supuesta imposición de penas de privación perpetua de la libertad (“prisión perpetua” a César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández y Saúl Cristian Roldán Cajal, y “reclusión perpetua” a Claudio David Núñez), “por hechos que ocurrieron cuando aún eran niños [...] en aplicación de un sistema de justicia

de adolescentes que permite que éstos sean tratados al igual que los adultos infractores”. El caso también se refiere a supuestas “restricciones en el alcance de la revisión mediante los recursos de casación interpuestos por las [presuntas] víctimas” y a “una serie de [presuntas] violaciones ocurridas en el marco del cumplimiento de las condenas, bajo la custodia del Estado”. En este sentido, la Comisión alegó que Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla fueron sometidos a condiciones de detención “incompatibles con su dignidad humana” que habrían llevado a la muerte de este último, sin que este hecho haya sido investigado efectivamente; que Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza fueron víctimas de “actos de tortura”, y que este último perdió la visión “sin que el Estado le hubiera otorgado tratamiento médico [adecuado]”.³⁹³

1.1.6.2.- Normas objeto de pronunciamiento.

Las normas objeto de pronunciamiento, son los siguientes artículos pertenecientes a la Convención Americana de Derechos Humanos.

- Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos
- Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
- Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal
- Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal
- Artículo 8. Garantías Judiciales
- Artículo 19. Derechos del Niño
- Artículo 25. Protección Judicial

1.1.6.3.- Procedimientos anteriores:

Procedimiento ante la CIDH:

³⁹³ Sentencia Caso Mendoza y otros Vs Argentina.

a. *Peticiones.* – Entre el 9 de abril de 2002 y el 30 de diciembre de 2003 las presuntas víctimas, a través del señor Fernando Peñaloza, en representación de Ricardo David Videla Fernández, y de la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, como representante de Guillermo Antonio Álvarez, César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza y Saúl Cristian Roldán Cajal, presentaron varias peticiones sobre la imposición de la pena de prisión perpetua por delitos cometidos antes de los 18 años de edad.³⁹⁴

b. *Informe de admisibilidad.* – El 14 de marzo de 2008, la Comisión Interamericana aprobó el Informe de admisibilidad No. 26/083, en el cual concluyó que era competente para examinar los reclamos presentados por los peticionarios sobre las presuntas violaciones de los artículos 5, 7, 8, 19 y 25 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. Además, señaló que la petición era admisible por encontrarse conforme con los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Convención.³⁹⁵

c. *Informe de fondo.* – En los términos del artículo 50 de la Convención, el 2 de noviembre de 2010 la Comisión emitió el Informe de fondo No. 172/10 (en adelante “el Informe de fondo” o “el Informe No. 172/10”), en el cual llegó a una serie de conclusiones y formuló varias recomendaciones al Estado.³⁹⁶

d. *Notificación al Estado.* – El Informe de fondo fue notificado al Estado de Argentina el 19 de noviembre de 2010, otorgándosele un plazo de 2 meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. Ante las solicitudes de Argentina y su renuncia expresa a presentar excepciones preliminares respecto del plazo contemplado en el artículo 51.1 de la Convención Americana, la Comisión otorgó tres prórrogas para que el Estado adoptara las

³⁹⁴ *Ibidem.*

³⁹⁵ *Ibidem.*

³⁹⁶ *Ibidem.*

medidas correspondientes.³⁹⁷

e. *Sometimiento a la Corte.* – Vencidos el plazo indicado y las prórrogas otorgadas, la Comisión sometió el presente caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana “por la necesidad de obtención de justicia para las víctimas ante la falta de avances sustanciales en el cumplimiento de las recomendaciones por parte del Estado de Argentina”.³⁹⁸

3. *Solicitud de la Comisión Interamericana.* – Con base en lo anterior, la Comisión Interamericana solicitó al Tribunal que declarara la responsabilidad internacional del Estado de Argentina.³⁹⁹

4. Adicionalmente, la Comisión Interamericana solicitó al Tribunal que ordenara al Estado determinadas medidas de reparación.⁴⁰⁰

1.1.6.4.- Problema jurídico de la sentencia:

¿Cómo es la relación de los distintos instrumentos internacionales que protegen los derechos del niño con los sistemas judiciales de protección adolescente (argentino) que permite la judicialización de menores de la misma forma que los adultos? ¿Tal permisión constituye una violación por parte del Estado a los preceptos del sistema IDH?

1.1.6.5.- Decisión:

Se concede.

³⁹⁷ *Ibidem.*

³⁹⁸ *Ibidem.*

³⁹⁹ *Ibidem.*

⁴⁰⁰ *Ibidem.*

A continuación analizaremos los derechos violados en el caso Mendoza y otros vs Argentina, violaciones que obedecen a un sistema judicial de menores que permite que éstos puedan ser condenados como adultos, lo que genera una infracción a la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo cual el Estado Argentino denota que está haciendo caso omiso a su obligación de proteger y garantizar que los menores puedan ejercer sus derechos.

a.- Derecho a la vida.

El derecho a la vida, de todos los derechos es el más importante, pues sin éste los demás derechos carecerían de sentido, es un derecho de carácter universal, y que atañe a todos los seres humanos, es ampliamente protegido por todos los instrumentos internacionales, y las vulneraciones a este derecho son rechazadas y repudiadas por toda la comunidad internacional.

De los muchos instrumentos que existen, que protegen este derecho, utilizaremos en este caso, la forma en que es abordado por la Convención Americana de Derechos Humanos, que estipula lo siguiente: *"5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez"*.⁴⁰¹

Dicho esto, nos centraremos ahora en lo concerniente a los niños con respecto a este derecho. El derecho a la vida, se enfoca en que el niño pueda vivir dignamente su infancia, hasta llegar a la edad adulta, es por esto que tanto la familia como el Estado, deben garantizar que el niño crezca en un ambiente armonioso que les permita desarrollarse de forma sana y natural.

⁴⁰¹ Art. 4 Convención Americana de Derechos Humanos.

En el caso Mendoza y otros el Estado es responsable por vulneraciones al derecho a la vida, toda vez que se produjo la muerte del joven Ricardo David Videla Fernández, dentro del recinto carcelario donde se encontraba recluido, y el Estado no adelantó ninguna investigación tendiente a dar claridad de los hechos ocurridos alrededor de su muerte, para así sancionar a los responsables del hecho.

Por lo anterior, consideraremos algunos apartes de una sentencia emitida por la Corte IDH, con respecto al derecho a la vida, haciendo énfasis en los niños y estrechamente relacionada con los hechos que rodean al caso objeto en estudio, teniendo los siguientes comentarios de dicha Corporación:

"138. El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél. Como lo señalara este Tribunal anteriormente (supra 110-121) y para efectos del caso concreto, si Walter David Bulacio fue detenido en buen estado de salud y posteriormente, murió, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos. Efectivamente, en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido."⁴⁰²

⁴⁰² Caso Bulacio Vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

Lo cual nos hace intuir que el Estado Argentino es recurrente y reiterativo en conductas que transgreden los Derechos Humanos, en el ámbito de los sistemas carcelarios y los niños, puesto que no se observa ningún control para prevenir que ocurran actos que atenten contra la vida de los reclusos.

b.- 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 cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."*⁴⁰³

Al tenor de lo establecido en el artículo 1.1 de la CADH, podemos establecer dos puntos importantes que componen este derecho, y que compete a los Estados partes cumplir, tenemos entonces que por un lado esta, "*Respetar los derechos*", y por otro lado esta "*garantizar el libre y pleno ejercicio de ellos*".

Cuando hablamos de la obligación de *respetar los derechos*, se observa que el fin de éste, es que los Estados y sus agentes no violen directa ni indirectamente, ya sea por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidas a las personas en la CADH; al referirnos a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos, se busca que los Estados eliminen todo obstáculo que impida el ejercicio de los derechos de las personas, cada Estado es responsable de prevenir, investigar y sancionar efectivamente toda violación a derechos humanos y atender la reparación de los daños producidos en ocasión de la violación.

⁴⁰³ Art. 1 Obligación de Respetar los Derechos. Convención Americana de Derechos Humanos.

En este sentido, cualquier condescendencia, anuencia o tolerancia, por parte de los Estados ante violaciones a derechos e impedimentos para acceder a ellos, constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la CADH.

En el caso en estudio, las víctimas alegaron que el Estado Argentino es responsable de violar dicha disposición, pues los jóvenes Núñez y Mendoza fueron objeto de actos de tortura, por parte de los funcionarios de la cárcel donde se encontraban reclusos, por lo que se abrieron dos investigaciones, las cuales fueron archivadas posteriormente, ya que la Fiscalía no encontró pruebas suficientes para continuar con ésta, indicando que hubo poca colaboración por parte de los jóvenes objeto de tortura; no obstante no se encuentra dentro del expediente de las investigaciones que hayan sido agotados por parte de los funcionarios todos los medios que le sirvieran como material probatorio para continuar, como por ejemplo declaraciones del personal penitenciario, descargando así en las presuntas víctimas su obligación de investigar, motivo por el cual la Corte IDH, encontró responsable al Estado Argentino, por la violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado.

c.- Los derechos de los niños.

De acuerdo al contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, se le atribuyen los siguientes derechos:

- Derecho a la vida
- Derecho a no ser discriminados
- Derecho a la seguridad social
- Derecho a tener un nombre y una nacionalidad
- Derecho a una familia
- Derecho a la educación

- Derecho a la salud
- Derecho a la alimentación
- Derecho a la libertad
- Derecho a la protección

Al respecto, hay que tener en cuenta que los derechos de los niños no solo son responsabilidad exclusiva del Estado, en ello también interviene la sociedad, por lo tanto debemos promover un ambiente armonioso para el desarrollo de la infancia, resultando imprescindible que los Estados promuevan políticas que garanticen los derechos de los menores, eliminando toda conducta permisiva que promueva la violación de sus derechos.

Dentro de la sentencia estudiada del caso Mendoza y otros Vs Argentina, la Corte fue enfática al decir que si bien la CADH, reconoce a todas las personas por igual, es también cierto que debe existir un trato diferenciado y preferente al tratarse de los menores, por lo que en el ámbito penal debe tenerse en cuenta la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil, las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a "su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas".

Es por esto que un sistema penal, donde no existe ese principio diferenciador, es un sistema penal abiertamente infractor de los Derechos Humanos, por lo que se debe tener en cuenta los estándares internacionales para tal fin, así lo manifestó la Corte IDH:

"... la Corte considera que, a fin de cumplir con dichas obligaciones, en materia de justicia penal juvenil, los Estados deben contar con un marco legal y políticas públicas adecuados que se ajusten a los estándares internacionales señalados anteriormente (supra párr. 149), y que implementen un conjunto de medidas

*destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, los Estados deberán, entre otros, difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como a sus familias.*⁴⁰⁴

d.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

Los Estados partes en la convención sobre derechos humanos, asumen varias obligaciones, entre éstas destacamos la obligación de adecuar el Derecho interno a los tratados en materia de derechos humanos, particularmente para dar cumplimiento a lo explícitamente estipulado en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

*Artículo 2 “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”*⁴⁰⁵

Dicho artículo es el fundamento que obliga a cada Estado a cumplir con lo que fue ratificado en la convención, es decir se comprometen a respetar derechos y libertades que han sido reconocidos en ella, por lo tanto cuando se cometen actos que son violatorios de derechos humanos y se le inicia una investigación por las acciones u omisiones del Estado, y se encuentra culpable a éste, ya sea por actos realizados por sus agentes o por omisiones al investigar la supuesta violación de derechos humanos o por no adecuar su derecho interno a las

⁴⁰⁴ Sentencia caso Mendoza y otros Vs Argentina, párrafo 150

⁴⁰⁵ Artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos

disposiciones de la convención.

Por lo tanto, es importante la actitud que asuman los Estados partes de la convención, ya que dependerá de ellos hacer cumplir cada una de las normas establecidas y propender para que no se presenten violaciones a ellas, que no se cometan actos de tortura, no se violente la integridad de los niños, adolescentes, mujeres y hombres.

En relación al caso Mendoza y otros Vs Argentina, se denota una clara contravención a la obligación que tienen los Estados partes de adoptar medidas de derecho interno que sean compatibles con lo establecido por la CADH, por parte del Estado Argentino, toda vez que la ley 22.278 siendo una ley obsoleta que se remonta a la Dictadura Argentina, es la que regula lo relativo a la imputación de responsabilidad penal de los niños, en la cual no se aplica el principio diferenciador, pues los menores son tratados como adultos, teniendo las mismas penas que ellos, lo cual resulta claramente contraria a lo estipulado por CADH, en sus artículos, 5.5 y 4.5, por tal motivo la Corte IDH encuentra responsable a Argentina por no cumplir lo requerido en el Art. 2 de la Convención.

e.- Protección judicial.

La desarrolla el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su numeral 1 *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Se presume que los menores de edad, cuyos derechos fundamentales estuvieren en conflicto, gozarán de la protección judicial para la determinación de las medidas tendientes a restablecer los derechos que le han sido vulnerados.

Existe en Argentina la “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. Donde se expresan las garantías mínimas que tienen en los procedimientos judiciales o administrativos, que protegen los derechos inherentes a los menores, sin embargo Argentina fue hallado responsable por la Corte IDH, de infringir esta disposición internacional relativa a la protección judicial, por falta de debida diligencia de las investigaciones que se abrieron para esclarecer los hechos de la muerte de Ricardo David Videla, lo que resulta en el incumplimiento de los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH con relación al artículo 1.1 de la misma Convención, denotándose la misma negligencia en las investigaciones tendientes a demostrar la responsabilidad del Estado, por los actos de tortura propinados a Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez.

f.- Integridad personal.

Este es un derecho fundamental que se basa en el respeto a la vida y el sano desarrollo de ella, es considerado al igual que el derecho a la vida, intrínseco al ser humano, quiere decir que le pertenece a todos los individuos desde el mismo momento de su existencia, es inviolable porque ni los particulares ni el Estado pueden vulnerarlo de forma lícita, igualmente es inalienable porque nadie sin excepción alguna puede renunciar a él.

De acuerdo con lo anterior, los tratados y convenios que existen a favor de la protección de estos derechos aseguran su cumplimiento; cabe decir que, la población más vulnerable y expuesta, a estos maltratos son los niños y las mujeres. La violación injustificada y reiterada de los Derechos Humanos, entre

ellos la violación al derecho de integridad personal, reduce a nuestro parecer las posibilidades de crecimiento y desarrollo que pueda tener una comunidad e incluso un país.

El Estado Argentino tiene un programa de Protección de Derechos de (UNICEF Argentina) que promueve la protección integral de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en el país, en especial contra la violencia, el abuso, la explotación sexual y el trabajo infantil⁴⁰⁷, no obstante, la Corte ha establecido que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia de los derechos a la vida y a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. Al respecto, puede considerarse responsable al Estado por la muerte de una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales cuando las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de los responsables.

En tal sentido, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación inmediata, satisfactoria y convincente de lo sucedido a una persona que se encontraba bajo su custodia, y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados.⁴⁰⁸

g.- Derecho a la libertad personal.

El derecho a la libertad personal para el niño lo encontramos consagrado en los artículos 1, 2, 7, 19 y 25 de la Convención Americana, pero para efectos de este contenido nos referiremos a este derecho fundamental con relación al artículo 7 de la Convención Americana y al artículo 37 de la Convención sobre los

⁴⁰⁷ <http://www.unicef.org/argentina/spanish/protection.html>

⁴⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mendoza y otros Vs Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Párrafo 219.

Derechos del Niño.

El niño, como ser humano y como sujeto de derecho que es, goza de igual manera del derecho a la libertad personal, derecho el cual en ámbitos generales está consagrado en las diferentes constituciones, convenciones, tratados y demás, no es un derecho exclusivo de los adultos, de las personas mayores de edad, es un derecho que es inherente a todo ser humano.

Tanto un adulto, como un niño,⁴⁰⁹ no pueden ser sometidos a ser privados de su libertad de manera ilegal y arbitraria o sin saber las razones de su detención; asimismo, cuando un niño sea privado de la libertad deberá ser tratado con respeto de sus derechos, no ser sometido a malos tratos o torturas y todo aquello que conlleve su detención y la privación de su libertad deberá ser dentro de los mejores términos, respetando a su persona y que las autoridades lo traten como sujeto de derecho con uso y goce pleno de éstos⁴¹⁰.

Además de lo anterior, siguiendo lo contenido en los instrumentos internacionales, la privación de la libertad se buscará como último recurso, ya que lo primero será tomar las medidas pertinentes para la reeducación del menor cuando éste ha sido infractor de la ley.

Igualmente, al niño se le debe tener en cuenta su condición, las autoridades que lo priven de su libertad tendrán que hacerlo siguiendo los parámetros de la ley y teniendo en cuenta sus necesidades como niño, no podrá mantenerse a un menor de edad recluido con mayores de edad, es decir, se deberá ubicar en un lugar de detención de acuerdo a su edad y estar separado de los adultos que también estén detenidos; tendrá derecho también a mantener contacto con su

⁴⁰⁹ Delpiano Lira, Cristián. (Agosto de 2012). Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Chile.

⁴¹⁰ Artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

familia por los medios propicios para tal fin.⁴¹¹

Dicho lo anterior, observamos que en el caso estudiado, el Estado Argentino, no tomó en cuenta los derechos especiales que tienen los niños, haciendo caso omiso a las reglas y prohibiciones que la CADH ha establecido en cuanto a las penas a las que podrán ser sometidos los menores, en el caso de la prisión y reclusión perpetua se encuentra prohibida de manera taxativa por dicha convención, lo que tiene como resultado que Argentina sea responsable por transgredir la libertad personal de los menores César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández, toda vez que se probó que estos eran menores de edad al momento de la comisión de los delitos por lo que fueron condenados a prisión y reclusión perpetua.

h.- Garantías judiciales.

El derecho a que le sean brindadas las garantías judiciales y procesales debidas, es aquel que le permitirá a la persona, y en nuestro caso más específicamente al menor, que sea escuchado en juicio, que sea tratado con respeto a su dignidad humana durante el proceso y que además, en el curso de un proceso no le sea vulnerado ningún otro derecho, porque el Estado es garante de los derechos del niño.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-17/2002 expresa: *“En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de*

⁴¹¹ Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

*dichos derechos y garantías.*⁴¹²

Siempre que se trate sobre derechos de los niños, las autoridades deben darle prioridad a éstos, puesto que los menores y su posición suponen la inmadurez y la indefensión en la que se encuentran. Es impensable siquiera considerar darle el mismo trato a un niño como a un adulto, un niño debe gozar de las garantías necesarias que lo ayuden en su desarrollo como persona, es por esto que la Corte IDH contempla que los menores son sujetos a los cuales debe dárseles medidas especiales para la efectividad de sus derechos procesales y sus garantías correspondientes.

Igualmente se consagran las garantías procesales y judiciales en el artículo 40 numeral 2 literal b) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Éste consigna con mayor especialidad las garantías que todo niño deberá tener, tales como ser informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él; no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable; que también se le presuma inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad conforme a la ley; que se respetará su vida privada en todas las instancias del proceso; que la causa se dirima sin demora en una audiencia equitativa conforme a la ley por autoridad u órgano judicial competente imparcial y se realice en presencia de un asesor jurídico teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño y en particular su edad o situación, así como tener en cuenta a sus padres o representantes legales; entre otros.⁴¹³

i.- Interés superior del niño.

La comunidad internacional se da cuenta de la protección especial que deben

⁴¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, considerando 98.

⁴¹³ Artículo 40 numeral 2 literal b) de la Convención sobre los Derechos del Niño

tener los niños y niñas, por lo cual se conciben tratados y convenciones, para que cobren fuerza vinculante al interior de cada Estado.

A partir de los instrumentos internacionales creados para la protección de los menores, se empieza a hablar del Interés Superior del Niño (ISN), éste es un principio garantista y proteccionista para ellos, es por esto, que se hace fundamental que los Estados atiendan este principio antes que cualquier otra consideración, ya que los derechos del niño priman sobre los derechos de los demás.

Bien dice la Corte IDH que: *“el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños...”*⁴¹⁴

Entendemos que la Corte IDH, le exige a los Estados Partes que se conviertan en garantistas de los derechos de los niños mediante la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas o cualquier otra que sean necesarias para la efectiva protección de los derechos de los menores de edad, se les debe garantizar el pleno disfrute de sus derechos como niños.

El concepto de interés superior del niño ha implicado un avance sustancial en las legislaciones de todo el mundo, ha llevado a que los Estados sean conscientes de la condición de los niños y con esto brindarles y asegurarles las debidas garantías de sus derechos⁴¹⁵.

Aunque generalmente se considera que el principio del interés superior del niño

⁴¹⁴ CORTE IDH: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, p.16

⁴¹⁵ *Ibíd.*

es de una concepción indeterminada y que se presta para diferentes interpretaciones, muchos autores creen que puede llegar a convertirse en una excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos por razón de que este interés superior se considera de igual manera que es de tipo extra-jurídico⁴¹⁶.

Podemos afirmar que el principio del interés superior del niño es la directriz que orienta las garantías debidas; ésta obliga a los Estados a ser los protectores de esta población, exige que si en cualquier situación que se presente está por medio el derecho de un menor de edad, que sea este derecho tratado como primordial, que sea investigado antes que cualquier otro, porque los niños son seres vulnerables frente a los adultos y debe proporcionárseles un trato diferenciado con respecto de los mayores de edad.

j.- El niño como sujeto de derecho.

Considerar el interés superior del niño es reconocerlo como sujeto de derechos, que el Estado no lo crea un convidado de piedra, sino un sujeto que puede tener pleno uso y goce de sus derechos, y éstos a su vez deben estar plenamente garantizados. Como se dijo anteriormente, es el Estado quien tiene la responsabilidad de proporcionar los medios necesarios para garantizar y proteger los derechos de los menores.

La Corte en la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17 expresa que: *“...el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño...”*⁴¹⁷ Los niños además de ser sujetos de

⁴¹⁶ Cillero Bruñol, Miguel. El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre Los Derechos del Niño (http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)

⁴¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, p.16.

protección especial, son de igual manera sujetos de derecho, así se observa en la jurisprudencia de la Corte IDH que los reconoce como tales sujetos de derecho.

Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se empezó a considerar al niño⁴¹⁸ como sujeto pleno de derechos y se dejó a un lado la creencia de que el niño era un sujeto pasivo de medidas de protección, anteriormente no existían garantías al debido proceso y los jueces no tenían límites al momento de proceder sobre la situación de los niños, lo hacían como a su juicio creyeran conveniente, sin importar si se excedían o no.

Una vez puesta en escena la CDN, los Estados americanos adecuaron sus legislaciones a la doctrina de la protección integral que debe haber sobre los derechos de los menores, con esto, las amplias facultades que tenían los jueces fueron limitadas para decidir sobre la situación del niño, lo cual supone también que se le brindan las garantías procesales debidas a sus derechos de niño y la adopción de medidas que garanticen igualmente la reparación de la víctima y la reeducación del menor cuando éste infringe la ley, dejando como última instancia que el menor sea recluido a la pena privativa de la libertad.

1.1.6.- Situación de la justicia de menores en el SIDH.

La tabla ⁴¹⁹ que presentamos a continuación es una guía para conocer la edad de imputabilidad, es decir, la edad en que los niños pueden ser juzgados, de las leyes en justicia de menores y la edad de imputabilidad de algunos Estados miembros de la OEA:

⁴¹⁸ Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2008). El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Santiago de Chile, Chile.

⁴¹⁹ Disponible en: <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/22572-Ni%C3%B1os-con-licencia-para-matar-Argentina-debate-edad-de-imputabilidad>

| País | Ley vigente o proyecto en trámite | Edad de |
|----------------------|--|---------|
| México | Ley de Imputabilidad a Menores | 12 años |
| Costa Rica | Ley de Justicia Penal Juvenil | 12 años |
| Venezuela | Ley Orgánica para la Protección del Niño y del | 12 años |
| Honduras | Código de la Niñez | 12 años |
| Ecuador | Código de la Niñez y la Adolescencia | 12 años |
| El Salvador | Código del Menor | 12 años |
| Brasil | Estatuto de la Niñez y la Adolescencia | 12 años |
| Perú | Código del Niño y del Adolescente | 12 años |
| Uruguay | Código de la Niñez y la Adolescencia | 13 años |
| República Dominicana | Código para el sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes | 13 años |
| Panamá | Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal | 14 años |
| Argentina | Ley sobre Régimen Penal de Menores | 16 años |

2. Conclusiones.

Como hemos visto en este artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sede en Costa Rica, condenó a Argentina por el caso "Mendoza", relacionado con la imposición de prisión y reclusión perpetua a cinco jóvenes cuando aún eran menores de edad entre 1999 y 2002.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte IDH "que ordenara la imposición de medidas de no repetición" y que realizara "modificaciones legislativas" para la eliminación de la prisión perpetua a menores de edad en ese país, y así garantizarles un recurso de revisión, el cual elevaría los casos a la Corte. Los jóvenes condenados en este caso no tuvieron la oportunidad de que se les hiciera una "revisión integral" de su sentencia. La condena de prisión perpetua en Argentina, de acuerdo a su legislación no puede ser revisada hasta tanto el condenado haya cumplido 20 años recluso. Se denunció también que los menores sufrieron tratos como si

fueran adultos y con la mayor pena establecida en la legislación argentina siendo menores de edad.

Las víctimas del caso⁴²⁰ los cuales fueron condenados entre 1999 y 2002 por hurtos, asaltos y homicidios. Lucas Mendoza como consecuencia de un accidente que sufrió en prisión, perdió la vista de un ojo por falta de atención y tratamiento médico en prisión. Videla, según las autoridades se suicidó ahorcándose en su celda en 2005.

En la audiencia y después de las declaraciones de la madre de uno de los menores víctimas, se presentaron los peritos: el jurista chileno Miguel Cillero Bruñol – experto en legislación penal juvenil- y la argentina Sofía Tiscornia – antropóloga que tuvo a su cargo las entrevistas con las víctimas y sus familiares-. El jurista, Miguel Cillero⁴²¹ afirmó en la sustentación de su peritaje que el único país latinoamericano en el cual la legislación permite la cadena perpetua para menores de edad es Argentina, considerando él que esto quebranta los tratados y convenciones internacionales firmados y ratificados por ese Estado. Cillero⁴²² afirmó que en Argentina no existe un sistema penal juvenil especial ni penas especiales para los menores de edad como lo ordenan diversos convenios internacionales, por lo que en ese país a los jóvenes *"se les juzga como adultos"*. Según el experto, la prisión perpetua es una sanción *"desproporcionada"* que solo debe ser aplicada en adultos y que *"afecta la dignidad humana"*. *"También puede ser categorizada como un tratamiento cruel e inhumano"*, expresó Cillero en la audiencia.⁴²³ El experto resaltó que pese a que la Corte Suprema argentina declaró como inconstitucionales algunas sentencias a perpetuidad contra menores, la pena se mantiene vigente e incluso los fiscales

⁴²⁰ Disponible en: www.justiciapenaladolescente.blogspot.com/2012_08_01_archive.html. Consultado el día 28 de octubre de 2014.

⁴²¹ *Ibidem.*

⁴²² *Ibidem.*

⁴²³ *Ibidem.*

la siguen solicitando a los jueces.

La antropóloga Sofía Tiscornia⁴²⁴ aseguró que *“los chicos condenados a prisión perpetua son destinatarios de todos los castigos corporales y psíquicos, porque para el personal penitenciario ya no tienen más destino que el castigo, por eso se les negó el derecho a la salud, a la educación y al trabajo intramuros”*. *“Estos chicos se transformaron en apenas cuerpos que, si pueden, resisten. Su único sostén es la familia, que también sufre vejaciones sistemáticas en el momento de las requisas”*.

Al llegar a este punto, resaltamos la importancia de los órganos internacionales encargados de dirimir los conflictos suscitados con lo que respecta a las violaciones de los derechos humanos, en el caso del Sistema IDH que nos corresponde, la CIDH y la Corte IDH, porque son éstos garantes de que las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos sean respetadas, adoptadas y adecuadas por los Estados que la ratificaron mediante los medios administrativos, legales o de cualquier otra índole. Por otro lado, es preocupante que países como Argentina que ratificaron la CADH, en la actualidad sea autor de violaciones propiciadas contra los niños, a lo que queremos hacer referencia es que al ratificar un tratado de esta índole, se debe conocer el contenido de la misma, y una vez hecho el estudio, iniciar inmediatamente las adecuaciones pertinentes al sistema jurídico interno, para no incurrir en violaciones a los derechos humanos, tal como lo contempla la CADH.

Ahora bien, con respecto al caso en concreto, nos mostramos a favor de lo resuelto por la H. Corte Interamericana de Derecho Humanos, toda vez que es inadmisibles dentro de todo punto de vista que se permitan condenas, como la cadena perpetua a niños, puesto que las condenas privativas de la libertad en un tiempo perpetuo, indefinido, les niega de manera cortante la posibilidad de crecer

⁴²⁴ *Ibidem.*

y poder hacer realidad su proyecto de vida.

Lo que se debe tener como ingrediente principal es el respeto por los derechos de los niños, y buscar métodos alternativos que más que condenar a un menor a no tener infancia, puedan resocializarlo y ayudarlo a poder ingresar a la sociedad, y brindarle un ambiente acorde a sus necesidades, donde puedan desarrollarse y vivir su niñez y adolescencia de manera justa.

Es responsabilidad de cada Estado implementar dentro de sus sistemas judiciales de menores, los estándares mínimos que nos proporcionan los derechos humanos, a través del amplio desarrollo de los derechos del niño y de los derechos humanos.

Dispone la Corte IDH en la sentencia del 14 de mayo de 2013 que: *“El Estado deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil, y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes...”*⁴²⁵

Esta sentencia sirve como marco de referencia para establecer las pautas que deben seguirse dentro del ordenamiento interno; el derecho interno debe ser coherente con esta sentencia y con toda la legislación internacional a la cual el Estado argentino se ha sometido al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales.

⁴²⁵ Párrafo 20 de los puntos resolutivos de la Sentencia de 14 de mayo de 2013. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mendoza y otros Vs Argentina.

Asimismo, es responsabilidad del Estado reeducar a los menores, velar por sus derechos a la vida, a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, entre otros, que observamos fueron violados por el Estado argentino en perjuicio de los menores víctimas.

No se trata de velar por las personas únicamente cuando están directamente bajo la tutela del Estado y siendo sujetos dentro de un proceso donde se dirime su culpabilidad (lo cual agrava los hechos cuando ocurren violaciones a derechos humanos directamente bajo su control y por sus agentes), sino que el Estado tiene responsabilidad indistintamente de dónde ocurran los hechos, porque es bajo su control y garantías que suceden estas violaciones, en otras palabras, el Estado es garante de protección en todo el territorio nacional, pero su responsabilidad es mayor cuando las personas, y más aún cuando son niños los que sufren violaciones a sus derechos en situaciones donde se encuentran bajo su tutela en procesos judiciales o administrativos.

Este no es el único caso en el que se presentan violaciones a los derechos humanos contra los niños, pero se comienza a observar que se materializa el derecho de estas personas, buscando el ideal de equidad y justicia que tanto anhela la humanidad.⁴²⁶

En cuanto al cumplimiento del fallo de la Corte IDH por parte del Estado Argentino, se observa que no ha habido grandes avances; la ley 22.278, la única que actualmente regula el sistema penal de los menores de edad, ha sido reformada sólo dos veces por el Congreso y ha sido cuestionada tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por la Corte IDH⁴²⁷, si sumamos a

⁴²⁶ Para mayor información sobre casos parecidos, consulte: - Bulacio Vs Argentina (http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=285&lang=es),
- Furlán y familiares Vs Argentina (http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=210&lang=es).

⁴²⁷ <http://www.lanacion.com.ar/1680375-las-razones-de-scioli-para-una-nueva-ley-penal-juvenil>

esto que el fallo del caso estudiado en este artículo se emitió el 13 de Mayo de 2013, y apenas el 2 de Diciembre de 2014 a raíz de un penoso caso, en el que este sistema penal, cobró la vida de otro menor llamado Diego Borjas, se reabrió el debate sobre la necesidad de una reforma al sistema penal de dicho país⁴²⁸; de acuerdo a los hechos descritos, se abre la puerta a la posibilidad de realizar la modificación legislativa al sistema penal juvenil donde se pueda vigilar y monitorear los avances que se produzcan en Argentina con respecto a este tema, y la posición y determinación de la Corte IDH para hacer cumplir su fallo.

3.- Bibliografía.

Libros:

Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2008). El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Santiago de Chile, Chile.

Delpiano Lira, Cristián. (Agosto de 2012). Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Chile.

Figuroa Gutarra, E. (Julio de 2014). Taller: Jurisprudencia Relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima, Perú: Academia de la Magistratura.

Cillero Bruñol, Miguel. El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. (http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf).

Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990. (http://www.unicef.org/honduras/CDN_06.pdf).

⁴²⁸ <http://surargentina.org.ar/noticias/regimen-penal-juvenil-%C2%BFuna-deuda-pendiente-en-argentina-tiempo-judicial/>

Leyes:

- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Jurisprudencia:

- Sentencia Caso Mendoza y otros Vs Argentina.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, considerando 98.
- CORTE I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, p.16.

Cibergrafía:

- <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/22572-Ni%C3%B1os-con-licencia-para-matar-Argentina-debate-edad-de-imputabilidad>
- www.justiciapenaladolescente.blogspot.com/2012_08_01_archive.html
- www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/ESCRIndex.aspx
- <http://www.unicef.org/argentina/spanish/protection.html>

**DERECHOS POLÍTICOS EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO, UNA
PERSPECTIVA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS. (CASO CASTAÑEDA GUTMAN (MÉXICO), CASO CEPEDA
VARGAS (COLOMBIA) Y LÓPEZ MENDOZA (VENEZUELA)).**

Por: María Alejandra Feria y José Miguel Fonseca.

“La libertad es un derecho que tiene todo hombre a ser honrado, a pensar y a hablar sin hipocresía. Un hombre que obedece un mal gobierno, sin trabajar para que el gobierno sea bueno, no es un hombre honrado. Un hombre que se conforma con obedecer a leyes injustas y permite que pisen el país en que nació los hombres que lo maltratan, no es un hombre honrado.” José Martí.

I.- Resumen El presente artículo tiene como objeto presentar algunas nociones generales de los Derechos Humanos exponiendo los diferentes instrumentos internacionales referentes a la protección de los Derechos Políticos. En este sentido se hace necesario realizar un detallado análisis del concepto mismo y de los elementos de los Derechos políticos, para luego entrelazarlos con la idea de democracia a nivel general, estudiando finalmente su custodia en el sistema interamericano y cómo deben ser entendidos en el marco del postconflicto del caso colombiano.

II.- Palabras Claves. Derechos Humanos, Derechos Políticos, Democracia, Sistema interamericano de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos.

III.- Abstract. This article aims to present some general notions of human rights , linking various international instruments on protection of Political Rights . So that a detailed analysis of the concept and constituent elements thereof, can intertwine

with the concept of democracy overall. Finally studying their custody in the inter-American system and how they should be understood in the context of post-conflict in the Colombian case.

IV.- Key Word. Human Right, Political Rights, Democracy, Inter-American Human Rights System, American Convention on Human Rights.

1.- Introducción.

El reconocimiento de Derechos Políticos ha sido un tema ampliamente debatido a lo largo de la historia, tanto así que, hoy por hoy, merece un acápite especial en los diferentes tratados internacionales y demás instrumentos normativos que determinan la forma de gobierno de un Estado. En este sentido, y considerando que Colombia es un Estado democrático, donde “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno del país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”. Se considera que ha de nacer con ello el reconocimiento de una garantía que permite el desarrollo social del Estado, pues, de esta manera, las personas que exponen su voluntad a través de elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto, es decir, que se vea realmente plasmada la voluntad del pueblo.

Dada la latente necesidad de homogeneizar criterios y adoptar estándares internacionales referentes a garantías mínimas de protección de la personas en consideración de su dignidad y calidad de seres humanos. Los Derechos Humanos se constituyen entonces como esa raíz generadora de una sociedad universal democrática y “pro homine”.

Sin embargo, hay que reconocer que estos Derechos son objeto de vulneración por los mismos Estados, al desconocer el reconocimiento de los mismos mediante las diferentes actuaciones y/u omisiones administrativas que coartan la libertad para el ejercicio de los Derechos Políticos, lo que pone en manifiesto un poder abusivo y arbitrario del aparato estatal. Verbigracia, el caso Castañeda Gutman (México), caso Cepeda Vargas (Colombia) y López Mendoza (Venezuela), entre otros.

El presente artículo tiene como punto inicial del debate i) unas nociones generales de los Derechos Humanos, que ayudaran al lector a un mejor entendimiento de la temática en relación a la exposición de los diferentes instrumentos internacionales referentes a protección de los Derechos Políticos que se esbozaran en desarrollo del mismo. En este sentido se hace necesario realizar un ii) detallado análisis del concepto y iii) elementos de los Derechos políticos, para luego iv) entrelazarlos con el concepto de democracia a nivel general. V) Finalmente estudiar su custodia en el sistema interamericano y cómo deben ser entendidos en el marco del postconflicto en el caso colombiano.

1.1.- Los Derechos Humanos.

*“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”,*⁴²⁹

1.1.1.- Nociones Generales.

Se ha establecido en el preámbulo de la declaración universal de los derechos humanos que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han

⁴²⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”; Asimismo, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha resaltado que estos son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

De igual importancia es señalar que los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

1.1.2.- Características de los Derechos Humanos.

a. Universales e Inalienables.

El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio, tal como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados

tuvieran el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Todos los Estados han ratificado al menos uno, y el 80 por ciento de ellos cuatro o más, de los principales tratados de derechos humanos, reflejando así el consentimiento de los Estados para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, y confiriéndole al concepto de la universalidad una expresión concreta. Algunas normas fundamentales de derechos humanos gozan de protección universal en virtud del derecho internacional consuetudinario a través de todas las fronteras y civilizaciones.

Los derechos humanos son inalienables. No deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales. Por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito.

b.- Interdependientes e Indivisibles.

Todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

c.- Iguales y no Discriminatorios.

La no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos. Está presente en todos los principales tratados de derechos humanos y constituye el tema central de algunas convenciones internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El principio se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente. El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”⁴³⁰.

1.1.3.- Los Derechos Humanos contemplan Derechos y Obligaciones.

Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos. En el plano individual, así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos, también debemos respetar los derechos humanos de los demás.

⁴³⁰ Oficina del Alto comisionado para los Derechos humanos. Naciones Unidas. “¿Qué son los Derechos Humanos?”. Disponible en: www.ohchr.org.

Para la OEA, Los derechos humanos son garantías esenciales para que podamos vivir como seres humanos. Sin ellos no podemos cultivar ni ejercer plenamente nuestras cualidades, nuestra inteligencia, talento y espiritualidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es la piedra angular en la historia de estos derechos. Fue redactada por representantes de procedencias legales y culturales de todo el mundo y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, en París, como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse. Mediante esta Declaración, los Estados se comprometieron a asegurar que todos los seres humanos, ricos y pobres, fuertes y débiles, hombres y mujeres, de todas las razas y religiones, sean tratados de manera igualitaria.

Establece que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que tienen derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona, a la libertad de expresión, a no ser esclavizados, a un juicio justo y a la igualdad ante la ley. También a la libertad de circulación, a una nacionalidad, a contraer matrimonio y fundar una familia así como a un trabajo y a un salario igualitario.⁴³¹

1.1.3.- El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH, por sus siglas) se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual también se adoptó la propia Carta de la OEA, que proclama los "derechos fundamentales de la persona humana" como uno de los principios en que se funda la Organización.

⁴³¹ Oficina del Alto comisionado para los Derechos humanos. Naciones Unidas. "¿Qué son los Derechos Humanos?". www.ohchr.org – Derechos y obligaciones.

El SIDH, se cuenta con un órgano autónomo y principal de la OEA (Comisión interamericana), que se encarga de la promoción y protección de los Derechos Humanos en el continente americano. Esta corporación conoce en primera medida los casos sobre presuntas violaciones de derechos humanos y emite a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un informe detallado del caso en estudio para que esta juzgue, dada competencia contenciosa, y determine la responsabilidad internacional del Estado por la hipotética vulneración de los Derechos que se demanden.

1.1.3.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y efectos de sus sentencias en el orden nacional.

“Los derechos humanos reconocidos en la Convención pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (...) de acuerdo con el artículo 93 superior, las normas que contiene la Convención se entienden incorporadas al ordenamiento interno y surten efectos directos. Al aplicar el concepto de bloque de constitucionalidad, la declaratoria que hacen los jueces de la Corte IDH no solo repercute sobre la esfera internacional sino sobre el ordenamiento interno⁴³².

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que le corresponde a las autoridades y entidades nacionales acatar obligatoriamente lo dispuesto en los fallos de la Corte Interamericana, por lo tanto, las órdenes emanadas de este tribunal internacional han de ser observadas aun por los operadores de jurídicos y judiciales nacionales, sin excusarse en lo contenido en el ordenamiento jurídico interno, pues este, como hemos visto, ha de estar ceñido a lo comprendido en la Convención Americana e igualmente interpretado por la Corte IDH.

⁴³² Extracto de sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 25000-23-26-000-1999-02626-01(28642) M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Acción de reparación directa. BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO Número 161 – 20 de marzo de 2015, PÁGINA 21 www.consejodeestado.gov.co

1.1.4. Los Derechos Políticos.

Cuando hablamos de derechos políticos, hacemos referencia a las titularidades de las que se desprenden los mecanismos por medio de los cuales la ciudadanía se ejerce. Y, como veremos más adelante, esta noción está vinculada estrechamente al concepto de democracia que se maneje. Tradicionalmente, la cuestión de los derechos políticos, su consagración y los medios para su traducción en actividades concretas, ha sido un tema de derecho constitucional, pero lo cierto es que, en la actualidad, los derechos políticos son una categoría dentro del marco de los derechos humanos y, derivada de la doble faceta que caracteriza a los derechos humanos en general, merecen una consideración en dos planos: constitucional e internacional.

1.1.4.2. - Los Derechos Políticos en el Plano Constitucional Colombiano.

a.- El Preámbulo de la constitución política de Colombia 1991.

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y 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, decreta, sanciona y promulga la siguiente.

b.- En los principios fundamentales:

- ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades

territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

- ARTICULO 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

- ARTICULO 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación 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, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.
- ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:
 - Elegir y ser elegido
 - Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
 - Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
 - Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
 - Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
 - Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

- Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.
- Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.
- ARTICULO 93. 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.

El Estado Colombiano se compromete con sus asociados a velar y garantizar el desarrollo y cumplimiento de los derechos que él mismo ha aceptado como fundamentales y universales, y que además caracterizaran al asociado Colombiano como tal, pero no solo eso, sino que es necesario comprender al leer el preámbulo de la Constitución que todo esto se derivará del ejercicio que el poder soberano le ha otorgado a un delegado, que será como dice aquella frase de cajón, “del pueblo y para el pueblo”, es decir que, el pueblo colombiano tiene la facultad desde el poder constituyente para elegir a quienes harán parte del poder soberano y quienes direccionaran el país, y de este modo, amparados bajo la figura de la protección de Dios⁴³³ procurarán garantizar algo que de entrada aceptaron como obligación y no como facultativo de sus actividades. Así las cosas, los derechos humanos, fundamentales, (la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz, el orden político,

⁴³³ La figura de Dios a la que se hace alusión es la que tiene en cuenta la Corte Constitucional en Sentencia C 350 del 4 de Agosto de 1994, esto es, una invocación a Dios compatible con la pluralidad de creencias religiosas.

económico y social, entre otros), son una disposición de orden democrático que se ejerce a través de un derecho político; Por ello, cuando el colombiano vota decide el futuro de su país y de sus condiciones de vida que recordemos, están delimitadas por los derechos humanos que el Estado se obligó a proteger, en ese sentido, el llamado es a elegir al indicado, si es que lo hubiere, de lo contrario soportaría el ciudadano una carga de no tener derecho a los derechos que por derecho nos corresponden.

Por su parte, el 107 constitucional garantiza a todos los ciudadanos, el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ello o retirarse. Es evidente entonces que el Estado colombiano está comprometido con el fortalecimiento de una sociedad verdaderamente democrática, donde todos los ciudadanos, sin distinción alguna, puedan ser escuchados y gozar del reconocimiento a su asociación en razón de su libertad de pensamiento y/o pensamiento político.

Así las cosas, las personas pertenecientes a la oposición al gobierno, también deben ser parte activa de la construcción de la democracia que propugna la Constitución política colombiana. Este sentir ha quedado plasmado en el artículo 112 de la Carta magna al establecer que estos opositores pueden ejercer una función crítica frente a la administración, y a su vez, plantear y desarrollar alternativas políticas.

1.1.5. Los Derechos políticos en el ámbito internacional.

Para la doctrina internacional, los “*Derechos Políticos*” se constituyen como aquel conjunto de condiciones que permiten al ciudadano participar en la vida política, y que además tiene como finalidad o elemento teleológico la consolidación de la relación del Estado con los ciudadanos.

En resumen, los elementos constitutivos de los Derechos políticos, son:

- Derecho de voto: Se refiere al derecho que tienen los ciudadanos de elegir a quienes hayan de ocupar determinados cargos públicos.
- Derecho a ser electo: Es el derecho que tienen los ciudadanos a postularse para ser elegidos con el fin de ocupar determinados cargos públicos.
- Derecho de participar en el gobierno y de ser admitido a cargos públicos: Es el derecho que tienen los ciudadanos de participar en las instituciones del Estado y de tener acceso y ser admitido a todos los cargos y funciones públicas.
- Derecho de petición política: Se refiere al derecho de dirigir peticiones a las Cámaras, o a los órganos ejecutivos, y de exponer sus necesidades a fin de influir en la legislación política.
- Derecho a asociarse con fines políticos
- Derecho de reunirse con fines políticos Estos dos últimos derechos se enmarcan dentro de los de carácter colectivo, referidos al derecho de organización, asociación y reunión política, generalmente a través de partidos políticos y sindicatos.

Cabe destacar que estos son unos Derechos personalísimos que se adquieren con la nacionalidad, bien sea por nacimiento o naturalización; y la mayoría de edad.⁴³⁴ Por lo demás, son colegidos como una garantía constitucional propia de los Estados democráticos.

⁴³⁴ En cuanto a la identificación de estos derechos políticos, ni la doctrina ni el constitucionalismo latinoamericano comparado coinciden plenamente sobre este extremo. En términos generales, y sin la pretensión de efectuar una enumeración exhaustiva, pueden mencionarse los siguientes con su respectivo significado. - Daniel Zovatto. Doctor en Derecho Internacional, Universidad Complutense de Madrid y Maestría en Diplomacia, Escuela Diplomática de España. Maestría en Gerencia Pública en, John F. Kennedy School of Government, en Harvard University. "Los Derechos Políticos y los Derechos Humanos en América Latina".

1.1.6. Los Derechos Políticos en el Sistema Universal de protección de DDHH.

En el marco del Sistema Universal, la incorporación de los derechos políticos tiene lugar con el siguiente marco jurídico internacional de protección de los Derechos Políticos, estos son tratados o reconocidos en los siguientes instrumentos internacionales⁴³⁵

La siguiente declaración de Derechos supone un marco jurídico mínimo *pro-homine* al cual deben sujetarse todos los Estados firmantes de las distintas disposiciones, toda vez que se espera una armonía entre dada la fuerza vinculante de las mismas con el ordenamiento jurídico interno de cada país.

- Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21: 1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos; 2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país; 3) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 20: 1) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; 2) Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25: Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el

⁴³⁵Extraído del Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina © Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral 2007. - *Treatise on Compared Electoral Law of Latin America* © *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* 2007. - Derechos políticos como Derechos Humanos. Sonia Picado.

artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; tener acceso, en condición de igualdad, a las funciones públicas de su país.

- Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales, art. 11: Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.
- Primer Protocolo a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales, art. 3: Las Altas Partes Contratantes se comprometen a celebrar elecciones libres a razonables intervalos de tiempo por medio de voto secreto, bajo condiciones que aseguren la libertad de expresión de la opinión de las personas en la elección del Poder Legislativo.
- Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, art. 13: Todo ciudadano tiene el derecho de participar libremente en el gobierno de su país, sea directamente o a través de sus representantes libremente elegidos de conformidad con las disposiciones legales; todo ciudadano tiene el derecho al acceso a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad para todas las personas ante la ley.
- Convención Americana de derechos Humanos, art. 23: 1) Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones su país;

- La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso legal.

Puede observarse en los diferentes instrumentos de protección de los Derechos humano que a los Derechos políticos le merecen en acápite o articulado especial y también que estos no detallan un listado definitivo de mecanismos para ejercerlos; sin embargo, si relacionan cada uno de los elementos constitutivos y teleológico, esbozados anteriormente, lo que permite a los Estados firmantes de los diferentes estamentos la facultad de disponer libremente dentro del ordenamiento jurídico interno los mecanismos por los cuales se materialicen los derechos políticos y, se forje el sentir de la democracia.

2.- Los Derechos Políticos y la Democracia.

“La democracia no se reduce al acto electoral sino que requiere de eficiencia, transparencia y equidad en las instituciones públicas, así como de una cultura que acepte la legitimidad de la oposición política y reconozca y abogue por los derechos de todos”. Ya que “la democracia excede a un método para elegir a quienes gobiernan, es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder”⁴³⁶

⁴³⁶ Informe sobre “La democracia en América Latina” (2004). Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

2.1.- Nociones generales de democracia.

a.- Definición.

Etimológicamente, *Democracia*, proviene del griego: δημοκρατία, "demos", pueblo, gente, y "kratos", poder, superioridad. La democracia es una forma de gobierno en la que se plantea que el poder político es ejercido por los individuos pertenecientes a una misma comunidad política, es decir a los ciudadanos de una nación. La preocupación central de una democracia auténtica consiste en garantizar que todos los miembros de la sociedad tengan una posibilidad real e igual de participar en las decisiones colectivas⁴³⁷.

b.- Contexto histórico.

Como sistema político, la democracia atraviesa varios períodos históricos hasta llegar al siglo XXI. Sus orígenes como régimen político pueden ser ubicados en el año 500 a.C., aproximadamente, en el contexto de los años de auge de la civilización Griega. Esta sociedad planteó los primeros cimientos teóricos y prácticos de la democracia como sistema político y la practicó como forma de gobierno. Estas estructuras apuntaron a garantizar la participación de amplios sectores de la sociedad en la toma de decisiones fundamentales para la comunidad; su asentamiento en pequeñas ciudades llamadas Polis permitió la conformación de instituciones políticas y de un sistema de participación. Por medio de ellas se aseguró la discusión constante sobre las leyes, normas y reformas aplicadas para mejorar el bien común de todos los ciudadanos de las Polis.

⁴³⁷ Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República. "La democracia como sistema político" - <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli25.htm> - Búsqueda realizada el 29 de octubre de 2014.

Los planteamientos iniciales de la democracia fueron recuperados, durante los siglos XVIII y XIX, por políticos, filósofos e intelectuales en el marco del proceso de constitución de los Estados-nación modernos en Europa. Como respuesta a los regímenes monárquicos y absolutistas, grupos de pensadores europeos plantearon la necesidad de un sistema político democrático cuyo objetivo fuera el de poner a disposición de los ciudadanos la designación de los gobernantes por medio del sufragio, pues se consideró que cada uno de los miembros de la nación estaban en la obligación y el derecho de intervenir en su propia forma de gobierno.

Más adelante, durante el siglo XX, la definición de democracia comenzó a ser replanteada y diversificada con la consolidación del capitalismo como sistema económico, la conformación de nuevas comunidades políticas en otras regiones del mundo, el crecimiento de las ciudades, y la aparición de movimientos de masas con cuestionamientos frente al sistema democrático. Durante todo el siglo, la democracia recibió muchas críticas como sistema político por considerarse que no era suficientemente efectiva en garantizar la participación popular, y por ser, en muchas ocasiones, un sistema controlado únicamente por las élites políticas de cada país⁴³⁸.

c.- Principios de la democracia.

A pesar de estos cuestionamientos, en la actualidad, la gran mayoría de países en el mundo adhieren a la democracia como forma de gobierno por considerar que es la forma de organización social y política que brinda las garantías necesarias para incentivar los principios planteados por la Revolución Francesa en 1789.

⁴³⁸ Capítulo "La social democracia en Colombia" en Breviario de Ideas Políticas: Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1986. Molina dedica un capítulo a hablar de la crisis del liberalismo como sistema político en Colombia y a la incursión de las ideas socialdemócratas. - Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República. "La democracia como sistema político" -<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli25.htm> - Búsqueda realizada el 29 de octubre de 2014.

- Igualdad: Todos los hombres son iguales ante la ley sin importar su color de piel, sexo, religión o condición social.
- Libertad: Todos los ciudadanos pueden hacer aquello que no les prohíba la ley.
- Constitución: Conjunto de leyes que sean aplicables a todos los ciudadanos de un Estado.
- Representatividad: Los ciudadanos tienen derecho a elegir y ser elegidos; el voto es el mecanismo que permite la representación de todos los ciudadanos en cabeza de unos pocos para que se puedan hacer cargo del gobierno.

d.- Tipos de democracia.

Existen diferentes tipos de democracia:

La *democracia directa*, en la cual el pueblo participa a través de asambleas, referendos o iniciativas ciudadanas.

La *democracia liberal*, interesada en la defensa de los derechos individuales y en la representación de los intereses ciudadanos por medio de agentes políticos participantes de las instituciones políticas.

La *democracia representativa*, en la cual los representantes del pueblo son escogidos por medio de elecciones libres, periódicas y organizadas por el propio Estado.

Existen dos canales fundamentales a través de los cuales se pone en práctica la participación ciudadana en las sociedades democráticas; el primero es el de la representación y el segundo el de la participación directa. Entre más personas

haya en un grupo, más difícil es hacer que todos se pongan de acuerdo para tomar una decisión. En el caso de un país con varios millones de habitantes, esto se hace virtualmente imposible. Por eso la democracia ha adoptado la figura de la representación, según la cual los individuos no participan en todas las decisiones colectivas, sino que participan en la escogencia de los representantes que se encargarán de tomar esas decisiones. Y para que la representación sea más sólida y rigurosa, nuestra democracia exige que esos representantes estén agrupados en organizaciones políticas que tengan unos proyectos, intereses, ideologías y puntos de vista definidos. Este tipo de organizaciones –denominadas partidos o movimientos políticos– constituyen una garantía para los electores, pues cuando se elige a un candidato que es miembro de un partido, se puede saber de antemano que esa persona, en su labor como representante en el gobierno, tendrá que ser fiel a los propósitos y principios del partido al que pertenece.

2.2. Democracia en Colombia bajo la Constitución política Nacional de 1991.

Nuestra Constitución Política de 1991 establece desde su primer artículo que Colombia es una República democrática y participativa, está asumido el reto y el compromiso de promover la participación ciudadana en todos los espacios de la vida social. A través de toda una serie de herramientas consagradas en la Constitución y reguladas en las leyes nacionales, los colombianos podemos entablar una relación directa con las autoridades públicas, dar a conocer nuestras propuestas, presionar para que sean adoptadas, opinar sobre asuntos públicos, exigir el cumplimiento de las normas, vigilar la conducta de los dirigentes, tomar decisiones que nos afectan a todos o sancionar a los gobernantes que actúan de forma equivocada, entre otras formas de participación. Para ello, se han establecido una serie de mecanismos de participación que tienen la naturaleza de un derecho político fundamental, atribuido a todo ciudadano, con el objetivo de

que cada uno pueda participar en la conformación, ejercicio y control del poder político⁴³⁹.

2.2.1. Análisis del concepto de democracia en Colombia.

Sabiendo entonces el concepto de democracia y basándonos en que este artículo tiene una doble perspectiva, es posible analizar que la democracia en Colombia además de su basta carrera en la línea de tiempo nos dice que no es posible llegar sin ser retrogradadas a la democracia griega. No queriendo llegar a ella por su materialización sino meramente por su concepto en el entendido que no solo se es democrático en un país donde se le da a cada quien participación sino que es necesario dar a cada cual lo que se merece por tanto no es solo democracia sino también justicia, aunque, me asalta una duda ¿Cómo darle a cada quien lo que se merece, si ni siquiera sabemos que necesita cada quién?; es injusto negarle al Estado los créditos que ha conseguido con sus esfuerzos, es decir no sería para nada justo no decir como es Estado colombiano ha ampliado sus arcas para cobijar a más hijos cada año, entendiendo que estos hijos son asociados que nacen con todos los derechos innatos por el solo hecho de ser seres humanos, personas naturales y pertenecientes al territorio colombiano como lo manifiesta nuestra legislación, aunque, ¿no es deber del padre velar por sus hijos?, sé que es deber del hijo también serle fiel a su padre, y que independientemente de que este sea uno bueno o no , el hijo siempre debe obedecer. Es por esta perspectiva que no entiendo como Colombia es un estado social y democrático de derecho, pero sin perder el foco que me hace escribir, ¿Dónde está la democracia, si nadie escoge la familia que le toca?, no se trata de renegar de mi árbol genealógico pero

⁴³⁹ Capítulo "Espíritu de la democracia colombiana", en Ensayo sobre las revoluciones políticas, de José María Samper (1828-1888). En este ensayo se muestran las causas generales de las revueltas políticas en Colombia una vez lograda la independencia en 1819 y constituida la República. Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República. "La democracia como sistema político" - <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli25.htm> - Búsqueda realizada el 29 de octubre de 2014.

si tuviera la posibilidad de elegir, yo elegiría ser colombiano de un mejor padre, cambiaría el seno de esa mala madre que deja morir a sus hijos de hambre y elegiría la posibilidad de Re- conceptualizar la engorrosa definición de democracia, o ¿será más fácil la de Estado?.

Es palpable la democracia en Colombia cuando cada cuatro años nos permiten votar por uno de los varios honorables candidatos que se postulan con la convicción de darnos un país mejor, sin embargo no entiendo porque en el 2014 que es el año en el que vivimos, veo tantas publicidades con aquella expresión de “me dan ganas de viajar por Colombia, “vive Colombia viaja por ella”, pero luego me acuerdo quien es el presidente y se me pasa”, si el Estado nos da la posibilidad de escoger lo que queramos, aunque siendo más democráticos, no todos tomamos una mala decisión, entonces para ello se inventaron las elecciones locales, las de elegir al alcalde, un grupo minoritario llamada muestra a escala de investigación y pueblo, ciudad o distrito a escala estructural, pero democráticamente cuantos habrán escogido vivir en las condiciones en las que viven, y no estoy hablando de los que se ubican al norte de la ciudad, sino de los que piensan que comeremos mañana, y entiendo el porqué de las malas decisiones, “con hambre no se piensa”, ya bien lo dice el DOCTOR CABRALES, y es que de 955.250 habitantes que dice GOOGLE que habitan en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias abreviado Cartagena de Indias D. T y C, más de la mitad censó el DANE, viven en estrato 2 y menos, lo cual define una calidad de vida de muy pocas posibilidades y es aquí donde se reinicia el ciclo y vuelvo a mi pregunta democrática ¿lo eligieron ellos?, seguro no, pero ¿quién les da otra oportunidad?, ¿dónde está la democracia?, ¿Aplica el concepto escolástico que tenemos de ella?, la respuesta no la tengo, porque a pesar de las lecturas tediosas y encuestas a la gente, para unos democracia es sinónimo de justicia y para otros la justicia ni siquiera tiene concepto.

Sin embargo, A nivel teórico, para que haya una democracia verdadera, se necesita de una confrontación de ideas, es decir que haya un sistema político que garantice la oposición. En la mayoría de los países esta oposición y confrontación ideológica se sostiene sobre un sistema en el que dialogan partidos políticos, gobierno y movimientos sociales, de acuerdo a la necesidad de incentivar la participación ciudadana. Continuando con lo esbozado, los Derechos Políticos en el sistema internacional es menester resaltar el impacto que ha generado esta temática en la comunidad americana, al punto de incluirlo en el listado de derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.- Conclusiones.

Cuando se habla de Derechos políticos la primera imagen que llega a la mente podría ser la Democracia y, como se vio anteriormente, estos dos conceptos no son distantes ni disimiles entre sí, pues el reconocimiento del primero es propio de las sociedades y Estados garantes de los DDHH.

Los Derechos políticos en la Convención Americana de Derechos Humanos: La Convención americana de los Derechos Humanos, en adelante CADH, es un tratado general que detalla una serie de Derechos Humanos y obligaciones que asumen los Estados parte, es decir, los que la han ratificado, en este sentido, los Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para conocer de manera subsidiaria los casos de presunta violaciones de Derechos Humanos, una vez que la parte que se considere afectada hubiese agotado los recursos que provee el ordenamiento jurídico interno y se cumpla con los demás requisitos que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos prevé para tal fin, puede denunciar al Estado en busca de la declaración de

responsabilidad internacional del mismo y la respectiva reparación y garantía de no repetición del hecho.

En el caso *Yatama vs Nicaragua*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace un análisis del alcance del artículo 23 convencional así: “Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.”⁴⁴⁰

La participación política a través del voto de los ciudadanos es el medio expedito para permitir la libre expresión de la soberanía de los pueblos, pues es de este de quien emana el poder público. Siendo así que el concepto de Estado lo comprende dentro de sus elementos esenciales (nación, población, territorio) y justamente de esta forma se consagra en la Constitución Política de los diferentes Estados americanos cuyo gobierno sea democrático o simplemente haya firmado y ratificado el pacto de San José, ya que con la firma de este, pues por medio del control de convencionalidad el Estado se obliga a respetar la CADH, los derechos y libertades reconocidos en ella y, se comprometen 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 cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Del mismo modo, se comprometen los Estados partes de la convención a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o

⁴⁴⁰ Corte I.D. H. caso *Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 198.*

de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades⁴⁴¹.

Ahora bien, en relación a los partidos o movimientos políticos de oposición, la garantía de la protección de los Derechos Políticos, (entendidos como Derechos Humanos), propician el fortalecimiento de una sociedad democrática a través de la participación, consiste esto en que los ciudadanos cuenten con la oportunidad de contribuir en la toma de decisiones públicas, bien sea directamente o por medio de representante escogido a través del voto popular. Para ello, tal como lo dispone la Corte IDH en el caso *Cepeda Vargas vs Colombia*, “la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”⁴⁴². Los hechos facticos del caso inmediatamente anterior en resumen en se enmarca en la violencia sistemática contra los miembros de la Unión Patriótica –UP, el señor Cepeda era comunicador social y líder del partido político de oposición UP; en 1994 fue asesinado. El automóvil en el que se encontraba fue interceptado y los autores materiales hicieron varios disparos de arma de fuego; el crimen, según las investigaciones, obedece a su militancia política de oposición. En este caso específico, la Corte IDH consideró que “el senador fue desprotegido ante la situación de riesgo que enfrentaba por el

⁴⁴¹ Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Art. 1 y 2.

⁴⁴²Corte I.D.H. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. *En similar sentido, Corte I.D.H. Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 201; Corte I.D.H. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03. Serie A No. 18, párr. 89 y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46.

contexto general de violencia contra el partido de oposición y por su dirigencia dentro de este”. Con un precedente tan contundente en la historia política del Estado Colombiano, es preciso resaltar entonces la importancia de la salvaguarda de los Derechos Políticos de los ex -militantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia en el proceso de paz que se gestiona actualmente, pues de existir un cese a las actividades armamentísticas por parte de este grupo, no habría justificación alguna para excluir socialmente y, discriminar en razón de la posición política o, la libertad de pensamiento por la que aboga un defensor de los Derechos Humanos, dentro de un Estado Democrático. En este sentido, los espacios propicios de debate para la construcción del país tales como universidades y Congreso, entre otros, deben disponerse para que exista una intervención efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición.

En la línea jurisprudencial de interpretación de los Derechos políticos por la Corte IDH, el reciente caso “López Mendoza vs Venezuela”, donde se estudia la responsabilidad internacional del Estado por haber inhabilitado al señor López Mendoza para el ejercicio de la función pública a través de la vía administrativa y haber prohibido su participación en las elecciones regionales del año 2008. Determina la Corte que *“el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”*⁴⁴³.

El alcance del componente integrante de los Derechos Políticos (ser elegido) consiste en “que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en

⁴⁴³ Corte I.D.H. *Caso López Mendoza vs Venezuela*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.”⁴⁴⁴

Dicho lo anterior, el Estado *pro homine*, en aras de maximizar al hombre y, materializar el concepto de Democracia, debe asegurar todos y cada uno de los elementos constitutivos de los Derechos Políticos entre ellos, la postulación de los candidatos de la oposición, sin discriminación y, que sea el pueblo a través del voto quien legitime su poder político.

En este punto, es determinante el papel del Estado como garante del mencionado Derecho, pues, en palabras de la misma Corte IDH, en el caso *Castañeda Gutman vs México*, sostiene que “*es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación*”⁴⁴⁵.

Así las cosas, el Estado que no propenda por la materialización y protección de los Derechos Políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH y los demás instrumentos universales de garantía del mismo, se considerará internacionalmente responsable por la violación del referido artículo y, para dar una mayor claridad al argumento anteriormente expuesto, se hace necesario resaltar lo expuesto por la Corte I.D.H. en el caso anteriormente mencionado de *Castañeda Gutman vs México* citando que “*uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política pues implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y*

⁴⁴⁴ caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 199.

⁴⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. Sentencia del 06 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184.

*en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos*⁴⁴⁶

Este mismo Tribunal ha expresado que “La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”⁴⁴⁷. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.

3.- Bibliografía.

Nohlen, Dieter, Elecciones y sistemas electorales, Friedrich Ebert, Bonn, 1984.

Echeverry, Álvaro, Teoría constitucional y ciencia política, ediciones Librería del profesional, Santafé de Bogotá, 1997. Deutsch, Karl, Política y gobierno, Fondo de cultura económica, Madrid, 1976. 1 Nohlen, Dieter, Elecciones y sistemas electorales, Friedrich Ebert, RFA, 1984, pág. 11.

Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
Political rights in the Inter-American System of Human Rights Alberto Ricardo Dalla
Via* <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30080.pdf>

Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Art. 1 y 2.

⁴⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 06 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184.

⁴⁴⁷ *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 191.

María del Carmen Alanis, Magistrada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de México. Ed. *“La conclusión del caso Castañeda”*. El Universal de México. 18 de septiembre de 2013.

Sonia Picado, Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina © Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral 2007. - *Treatise on Compared Electoral Law of Latin America* © International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2007. - Derechos políticos como Derechos Humanos.

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Existen las siguientes jurisprudencias de la Corte:

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Corte I.D.H. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03. Serie A No. 18.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Sentencia del 06 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184.

Corte I.D.H. Caso López Mendoza vs Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

Corte I.D.H. Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010.

Corte I.D.H. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 201.

Páginas web:

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=9581&opcion=documento>

[https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-](https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-)
[instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-](https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-)

[8#q=proceso%20de%20paz%20en%20nicaragua%20y%20costa%20rica](https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=proceso%20de%20paz%20en%20nicaragua%20y%20costa%20rica)

<http://www.pnud.org.co/>

***PARTE IX: LA CONVENCÓN DE BELEM DO PARA Y SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.***

LA CONVENCION INTERAMERICANA DE *BELEM DO PARA* Y LA LEY DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN COLOMBIA.

Por: Karina Fontalvo de León e Iveth Torres Guloso.⁴⁴⁸

I.- Resumen. Con la presentación de este artículo académico pretendemos en primer lugar, determinar concretamente cuales son los actos humanos que de manera directa vulneran los derechos fundamentales de las mujeres, así como identificar los mecanismos o instrumentos internacionales existentes para la protección inmediata de estos derechos, tanto en el ámbito nacional como internacional. En este artículo Científico en el primer punto se hace un análisis a las convenciones como instrumentos internacionales, específicamente a la convención interamericana de BELEM DO PARA o de protección de violencia contra la mujer; Se revisan los Derechos de la mujer según la convención interamericana de BELEN DO PARA y los Deberes de los estados según esta convención. En el segundo punto se analiza la violencia a la mujer y nos hacemos los siguientes interrogantes: ¿Qué se entiende por discriminación contra la mujer? ¿Qué se entiende por violencia contra la mujer? ¿Por qué se habla de unos derechos especiales para la mujer?; ¿Cuáles son los derechos de la mujer? Para luego revisar la violencia contra la mujer en Colombia; La discriminación y la violencia contra la mujer en Colombia y la intervención de organismo internacionales como la Convención de Belem Do Para interrogándonos sobre ¿Qué obligaciones debe asumir el Estado Colombiano con respecto a los derechos de la mujer y la Convención de Belem Do Para? Y por último se hace un análisis de Casos de Jurisprudencias en las que se relaciona a la Convención de Belem Do Para, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Constitucional Colombiana.

⁴⁴⁸ Estudiantes de Cuarto año Nocturno, año 2014, participantes del Diplomado en Sistema Interamericano de Derechos Humanos con pasantía internacional en San José de Costa Rica.

II.- Palabras Claves. Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Violencia contra la mujer, Violencia de Genero, Instrumentos Internacionales, Convención.

III.- Abstract. With the introduction of this academic article we first determine which are specifically human acts that directly violate the fundamental rights of women and to identify existing mechanisms or hospitalizations instruments for the immediate protection of these rights, both in nationally and internationally. This article Scientist at the first point analysis is done to conventions and international instruments, specifically the Inter-American Convention of Belém do Pará or protection of violence against women; Rights of women are reviewed according to the Inter-American Convention of BELEN DO PARA and Duties of States under this convention. On the second point violence to women is analyzed and we make the following questions: What is meant by discrimination against women? What is meant by violence against women? Why do we talk about special rights for women?; What are the rights of women? Then check violence against women in Colombia; Discrimination and violence against women in Colombia and the intervention of international bodies such as the Convention of Belem Do Para questioning ourselves about what obligations should take the Colombian State with respect to women's rights and the Convention of Belem Do Para? And finally an analysis of Jurisprudence Case in which it relates to the Convention of Belem Do Para, in the Inter-American Court of Human Rights and the Colombian Constitutional Court is made.

IV.- Key Words. Human Rights, Organization of American States, Violence against Women, Gender Violence, International Instruments Convention.

1.- Introducción.

Al hablar de Derechos humanos protegidos internacionalmente, resulta menester mencionar al menos una categoría de estos derechos cien por ciento garantistas de las personas que habitan un Estado, como el colombiano. Como sabemos, nuestro ordenamiento jurídico Colombiano está regido por una Constitución Política cien por ciento garantista de Derechos, los cuales también son protegidos por distintos mecanismo denominados acciones o mecanismo constitucionales, tales como la acción de tutela, que sirve para la efectiva protección de Derechos fundamentales. Entre esa categoría de Derechos en Colombia, tenemos los llamados derechos de primera generación o derechos fundamentales. Son precisamente esta categoría de derechos los que principalmente cuentan con instrumentos internacionales de protección. En el desarrollo de este artículo académico, haremos especial mención a uno de esos instrumentos internaciones protectores de los Derechos Humanos; en especial en lo relacionado con los derechos de las mujeres; esta es la Convención de Belém Do Pará, que fue desarrollada en Brasil, y fue adoptada el 9 de junio de 1994 por 31, de los 34 estados que integran la Organización de Estados Americanos (OEA). En la Organización de Estados Americanos la llaman "*La joya de la corona*"⁴⁴⁹ debido a que es la única Convención que existe en el mundo sobre violencia contra la mujer. Ha significado por tanto un avance sustancial en relación a la protección de los derechos humanos de las mujeres ya que reconoce la violencia contra la mujer como un delito y una violación a los derechos humanos de las mujeres. Establece una serie de medidas jurídicas y pedagógicas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

⁴⁴⁹ Abreu Burelli, Alirio. "*La protección de los derechos humanos a través del amparo*". En: Estudios básicos de derechos humanos No 6. San José, IIDH. 1996.

1.1.- Las convenciones como instrumentos internacionales: Análisis de La convención interamericana de BELEM DO PARA o de protección de violencia contra la mujer.

Las convenciones tienen su fundamentación legal, enmarcado precisamente en los acuerdos internacionales firmados y aprobados, por los representantes de los Estados ante la Asamblea General de Organismos Internacionales tales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de la Unidad Africana u otros sistemas regionales de derechos humanos. Por tanto las convenciones pueden ser regionales (americanas, europeas u africanas, etc.) o universales. Para dar un concepto general de las convenciones como instrumentos de carácter internacional, que son para la regulación y defensa de los derechos humanos en especial los de denominados “derechos de género o de la mujer”, podemos decir que las convenciones, tal y como lo esbozamos anteriormente, son acuerdos internacionales aprobados y firmados por los representantes de los Estados ante la Asamblea General de Organismos Internacionales. Se originan a partir de la demanda de personas o grupos de personas,⁴⁵⁰ que plantean situaciones o condiciones injustas, violentas, discriminatorias o problemas comunes que se dan en varios países del mundo.

Los Estados hacen parte de una Convención luego que sus gobiernos las aprueban y ratifican. Es entonces que adquieren el status de leyes de los Estados y tienen carácter vinculante, es decir, son de cumplimiento obligatorio. Su ratificación implica una revisión de la legislación nacional y una adecuación de las leyes nacionales, a los compromisos internacionales asumidos así como el desarrollo de políticas públicas para su cumplimiento. Pero no basta solo con lo anterior, se debe dar cumplimiento a las observaciones generales y a las

⁴⁵⁰ Molina, Gerardo. *“Catedra de Derechos Humanos: fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento,”* p.159, 20.11.

recomendaciones realizadas al país por parte de los comités y comisiones que dan seguimiento a estos instrumentos que contienen derechos esenciales de la persona humana que los Estados deben respetar, garantizar y satisfacer.

Estados partes de la Convención de BELEM DO PARA,⁴⁵¹ son: Antigua y Barbuda; Argentina; Bahamas; Barbados; Belize; Bolivia; Brasil; Chile; Colombia; Costa Rica; República Dominicana; Ecuador; El Salvador; Grenada; Guatemala; Guyana; Haití; Honduras; Jamaica; México; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; República Dominicana; Santa Lucía; St. Kitts y Nevis; Suriname; Trinidad y Tobago; Uruguay; Venezuela; estos Estados reconociendo que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales; Afirmando además que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades; y Preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; Recordando además la Declaración sobre la erradicación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres, y afirmando que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases; y Convencidos de que la eliminación de la violencia contra la mujer, es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, y Convencidos de que la adopción de una convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia

⁴⁵¹ Hecha en la ciudad de BELEM DO PARA, BRASIL, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

contra la mujer, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas, deciden firmar esta Convención.

1.2.- Derechos de la mujer según la convención interamericana de BELEM DO PARA.

La convención Interamericana de Belem Do Para sin lugar a dudas, es un Instrumento Internacional que adopta entre sus artículos,⁴⁵² un catálogo de Derechos de rango constitucional que le asisten de manera inherente a todas mujeres de nuestras sociedades. Tales derechos, que entre otras cosas son muy similares a los que consagra nuestra Carta Política de 1.991 en el Estado Social de Derecho Colombiano, se relacionan a continuación:

- ✓ El derecho a que se respete tu vida;
- ✓ El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
- ✓ El derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- ✓ El derecho a no ser sometida a torturas.
- ✓ El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.
- ✓ El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley.
- ✓ El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.
- ✓ El derecho a libertad de asociación.

⁴⁵² Convención Interamericana de Belem Do Para. Capítulo II, Derechos Protegidos, Artículos del 1º a 9º. Desarrollada en Brasil, adoptada el 9 de Junio de 1.994 por 31 de los 34 Estados miembros de la OEA.

1.3.- Deberes de los estados según la convención interamericana DE BELEM DO PARA.

Como quiera que el objetivo principal de nuestro artículo académico, está inspirado en conocer e identificar plenamente los derechos que le asisten a todas las mujeres y que son internacionalmente protegidos, resulta pertinente destacar que los Estados parte de la convención Interamericana de Belem Do Para, tienen la obligación de velar, proteger, asistir y, sobretodo, cumplir con unos parámetros en procura de la defensa de los derechos de todas las mujeres. Tales deberes Estatales están consagrados en el artículo 7º de la citada Convención Interamericana de Belem Do Para, los cuales condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo los siguientes deberes:⁴⁵³

- Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.
- Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.
- Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.
- Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

⁴⁵³ Convención Interamericana de Belem Do Para. Artículos consagradorios de los Derechos de la mujer.

- Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.
- Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- Establecer los mecanismos judiciales y administrativos para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

2.- La discriminación y la violencia contra la mujer.

En el marco de este artículo académico y de conformidad con las investigaciones, consultas y opiniones de los estudiosos del Derecho Internacional Público y Privado, resulta de vital relevancia jurídica para nuestro tema central, exponer un concepto de lo que en nuestras sociedades conocemos y entendemos por violencia de género o lo que es lo mismo, “violencia a la mujer”.⁴⁵⁴ De conformidad con los postulados de la convención Interamericana de Belem Do Para, debe entenderse por violencia contra la mujer “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado*”.⁴⁵⁵ En nuestro ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución Política de Colombia de 1.991,⁴⁵⁶ consagra entre sus postulados, principios y artículos, la protección a los derechos de la mujer cabeza de familia, la protección especial a la mujer en

⁴⁵⁴ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho de la Mujer. www.hchr.org.co. Edición actualizada. Bogotá, diciembre del 2002.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

⁴⁵⁶ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

estado de embarazo y de ese mismo modo, prohíbe expresamente todo tipo de conductas atentatorias de los derechos de las mujeres.

2.1.- ¿Qué se entiende por discriminación contra la mujer?

El artículo I, de la “*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”⁴⁵⁷ define dicha discriminación como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o como resultado menoscabar o anular el reconocimiento, el goce o el ejercicio por la mujer - independientemente de su estado civil y sobre la base de la igualdad entre los sexos- de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera.⁴⁵⁸

2.2.- ¿Qué se entiende por violencia contra la mujer?

Toda amenaza o todo acto de violencia -sea en la vida pública, sea en la vida privada- motivado por la condición femenina de la víctima, que tenga o pueda tener como fin un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, una coacción o una privación arbitraria de la libertad, constituye violencia contra la mujer.⁴⁵⁹ La violencia contra la mujer abarca, entre otros, los actos de violencia física, sexual y psicológica producidos en la familia, incluidos los malos tratos, y el abuso sexual de las niñas en el hogar; los actos de violencia física, sexual y psicológicas perpetrados dentro de la comunidad en general; los actos de violencia física, sexual y psicológica en cuya perpetración o tolerancia tenga la responsabilidad el Estado.⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ Convención de Belem Do Para. Organización de Estados Americanos.

⁴⁵⁸ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho de la Mujer. www.hchr.org.co. Edición actualizada. Bogotá, diciembre del 2002.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

2.3.- ¿Por qué se habla de unos derechos especiales para la mujer?

Sí bien las mujeres tienen todos los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, éstos por sí solos eran insuficientes para dar una respuesta adecuada a la diversidad, especificidad y complejidad de la problemática de la mujer. Para construir una sociedad igualmente igualitaria era indispensable, entonces adoptar unos instrumentos especiales para las mujeres que consideraran su vulnerabilidad, tanto en las esferas públicas como privadas, que reconocieran sus necesidades particulares y que garantizaran eficazmente la eliminación de las inequidades históricas y las injusticias estructurales que experimentarían las mujeres por el único hecho de ser mujer.⁴⁶¹ Los instrumentos de derechos humanos de la mujer rompen con el sistema de jerarquía, de subordinación y discriminación entre los géneros comprometiendo a los Estados y haciendo extensivo a la sociedad en general, al respeto de las normas, costumbres y prácticas que garanticen una real igualdad entre el hombre y la mujer. Esta igualdad debe alcanzarse reconociendo sus diferencias, identificando y generando respuestas a las inquietudes y necesidades de la mujer, teniendo en cuenta la diversidad de la situación de las mujeres, y dando poder y participación real a la mujer en los ámbitos políticos, económicos, sociales y culturales, a los efectos de lograr una plena contribución de la mujer al desarrollo democrático y a la paz en nuestras sociedades.⁴⁶²

2.4.- ¿Cuáles son los derechos de la mujer?

La mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y a la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos. Así mismo, las mujeres tienen derecho a vivir en un sistema social en el que no existan relaciones

⁴⁶¹ *Ibidem.*

⁴⁶² *Ibidem.*

de poder basadas en el género a una vida libre de violencia –en el ámbito Público y privado-, a vivir sin discriminación alguna, a ser valoradas y educadas sin estereotipos de conductas y prácticas sociales y culturales basadas en concepto de inferioridad y subordinación entre los sexos, a contribuir en el desarrollo del bienestar de la sociedad y a participar en igualdad de condiciones el hombre en las esferas políticas, económica, social, cultural o de cualquier otra índole. Además de estos derechos vinculados a la igualdad y no discriminación, por su condición de mujer tiene derechos específicos relacionados, en particular, con su sexualidad, la reproducción y la protección de la maternidad.⁴⁶³

2.5.- La violencia contra la mujer en Colombia.

La violencia contra la mujer es el término utilizado para referirse a cualquier tipo de maltrato físico, psicológico o verbal en contra de las mujeres. La violencia contra las mujeres también hace referencia a temas como la discriminación y menosprecio llegando hasta su punto máximo con la violencia física. En Colombia la violencia contra la mujer se ha incrementado durante los últimos años, resultando en un mayor número de denuncias y asimismo en un incremento en la impunidad de crímenes relacionados con mujeres. Los casos de violencia intrafamiliar y crímenes pasionales son grandes causantes de la violencia contra la mujer en Colombia.⁴⁶⁴ Veamos los titulares que aparecen en el diario el tiempo de Bogotá.

- 12 de enero de 2015: *Mujer atacada con ácido por su expareja, en estado crítico.*
- 29 de enero de 2015: *La violencia también acosa a las mujeres en la red.*
- 4 de febrero de 2015: *Fui violada dos veces por culpa de los paras.*

⁴⁶³ *Ibidem.*

⁴⁶⁴ <http://www.eltiempo.com/noticias/violencia-contra-las-mujeres>. Consultada el día 5 de febrero de 2015.

- 6 de febrero de 2015: *Taxista mató a su esposa y luego se suicidó.*
- 31 de diciembre de 2014: *Asesinan a mujer que intentaba detener pelea en Popayán.*
- 29 de noviembre de 2014: *Capturan a hombre acusado de asesinar a su esposa en Buenaventura.*

2.6.- La discriminación y la violencia contra la mujer en Colombia y la intervención de organismo internacionales: La Convención de Belem Do Para.

Colombia para proteger a las mujeres de la violencia física sexual o psicológica, saca el Decreto 4799 de 2011,⁴⁶⁵ de Diciembre 20, por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008. Por lo que el presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y considerando, que la República de Colombia ha ratificado importantes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tales como, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "*Convención de Belém do Pará*", la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

⁴⁶⁵ Ver Decreto 4799 DE 2011.

Que con la aprobación de la Ley 51 de 1981,⁴⁶⁶ la República de Colombia adoptó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), mediante la cual los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar tal discriminación.

Que en el marco del 37 periodo de sesiones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), se pronunció sobre la importancia del acceso a la justicia de las mujeres víctimas, exhortó a Colombia para que adopte todas las medidas necesarias para prevenir y erradicar la violencia perpetrada contra la mujer por cualquier persona u organización, así como la violencia cometida por agentes estatales o derivada de sus acciones u omisiones, a todos los niveles. Igualmente, instó al país para que combatiera las causas subyacentes de la violencia contra la mujer y mejorara el acceso de las víctimas a la justicia y los programas de protección. Asimismo, el Comité solicitó al Estado colombiano la puesta en marcha de mecanismos de seguimiento efectivos y evaluaciones periódicas sobre la repercusión de todas sus estrategias y medidas adoptadas para la plena aplicación de las disposiciones de la Convención.

Que a raíz de la aprobación de la Ley 248 de 1995,⁴⁶⁷ la República de Colombia adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "*Convención de Belém do Pará*", la cual define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado.

⁴⁶⁶ Ver Ley 51 de 1981.

⁴⁶⁷ Ver Ley 248 de 1995.

Que el artículo 93 de la Constitución Política indica que *"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno"*,⁴⁶⁸ bloque de constitucionalidad extendido también a los aspectos de interpretación al mencionarse que *"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*.⁴⁶⁹

Que en desarrollo del artículo 42 de la Constitución Nacional,⁴⁷⁰ la Ley 294 de 1996⁴⁷¹ dictó normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar y estableció medidas de protección para las víctimas, así como los procedimientos para su aplicación.

Que la Ley 575 de 2000⁴⁷² reformó parcialmente la Ley 294 de 1996,⁴⁷³ ampliando las medidas de protección para las víctimas de violencia intrafamiliar y modificó los procedimientos para su implementación.

Que el Decreto 652 de 2001 reglamentó las Leyes 294 de 1996 y 575 de 2000,⁴⁷⁴ fundamentalmente, respecto de los criterios para adelantar conciliaciones, responsabilidades de la Policía Nacional frente a la efectividad de las medidas de protección y práctica de los dictámenes medico legales, entre otros.

Que el literal b) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004⁴⁷⁵ reconocen a las víctimas el derecho *"A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor"* y el literal g) ibídem *"A ser informadas sobre la*

⁴⁶⁸ Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá 2013.

⁴⁶⁹ *Ibídem.*

⁴⁷⁰ *Ibídem.*

⁴⁷¹ Ver Ley 294 de 1996.

⁴⁷² Ver Ley 575 de 2000.

⁴⁷³ Ver Ley 294 de 1996.

⁴⁷⁴ Ver Decreto 652 de 2001 reglamentó las Leyes 294 de 1996 y 575 de 2000

⁴⁷⁵ Ver Ley 906 de 2004

decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar".

Que el artículo 134 de la Ley 906 de 2004 establece que *"Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección. Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral".*⁴⁷⁶

Que la Ley 1257 de 2008⁴⁷⁷ tiene por objeto la adopción de normas que permitan garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, así como la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.

Que las Comisarías de Familia, como autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales asumieron competencia para imponer Medidas de Protección a favor de las víctimas de violencia intrafamiliar, de conformidad con lo establecido en la Ley 575 de 2000⁴⁷⁸ en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Nacional.

Que en la actualidad no existe un mecanismo rector de Comisarías de Familia del nivel nacional, el cual resulta fundamental para coordinar las funciones jurisdiccionales asignadas en materia de protección a víctimas de violencia basada en el género, entre quienes son mayoritarias las mujeres.

⁴⁷⁶ *Ibidem.*

⁴⁷⁷ Ver Ley 1257 de 2008.

⁴⁷⁸ Ver Ley 575 de 2000.

Que en consecuencia, es imperativo reglamentar las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008⁴⁷⁹ en asuntos relacionados con las competencias de las Comisarías de Familia, la Fiscalía General de la Nación, los Juzgados Civiles y los Jueces de Control de Garantías, en lo referente al procedimiento para la efectividad de las medidas de protección a favor de las víctimas de violencia de género y sus garantías.

Que para efectos de la notificación de las medidas provisionales de protección, en aquellos eventos en donde no se conozca el paradero del agresor y ante la imposibilidad de que se surta la notificación personal, se ha dispuesto la práctica de la notificación por aviso y subsidiariamente la notificación por edicto. Lo anterior, en aras de salvaguardar el derecho de defensa de aquel y los derechos fundamentales de la víctima, quien no debe ser expuesta a soportar la carga desproporcionada e irrazonable de sufragar los gastos necesarios para que sea notificado a su victimario.

Que así mismo, es necesario regular los aspectos relacionados con lineamientos técnicos en materia de competencias, procedimientos y acciones atinentes a las funciones de atención a las violencias basadas en género por parte de las Comisarias de Familia y de igual manera, las responsabilidades que en esta materia le corresponden a la Policía Nacional.

Que la utilización del género masculino en algunas expresiones de este texto se adopta con el fin de facilitar su lectura y no contiene intención discriminatoria alguna,⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ Ver Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008

⁴⁸⁰ Ver Decreto Nacional 2734 de 2012.

2.6.- ¿Qué obligaciones debe asumir el Estado Colombiano con respecto a los derechos de la mujer y la Convención de Belem Do Para?

Los Estados deben tomar las medidas apropiadas legislativa o de otro carácter para garantizar, sin discriminación alguna l igualdad de hombre y de la mujer en el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todas las esferas. Asimismo, los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y aplicar todas las medidas apropiadas para eliminar esa injusticia.⁴⁸¹

Entre sus obligaciones e incluyen deberes de no hacer, o negativos, como de hacer o positivos. Esto significa que el Estado no solo debe abstenerse de dictar normas incompatibles con esos objetivos, y de actuar en violación de los derechos de la mujer, sino que debe también adecuar su legislación, crear programas y políticas específicas y contar con los mecanismos y recursos para la implementación efectiva de las medidas que aseguren la vigencia plena de los derechos de la mujer. Entre las medidas apropiadas para dar cumplimiento a esas obligaciones, pueden mencionarse:⁴⁸²

- Medidas especiales de carácter temporal para combatir la discriminación de la mujer, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre ésta y el hombre.
- Medidas pendientes a modificar los patrones sociales y culturales con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas.
- Medidas para la supresión de la explotación de la mujer, incluyendo la trata de mujeres y la explotación de la prostitución de éstas.
- Medidas para asegurar la igualdad de la mujer en la vida política y publica en el plano nacional e internacional.

⁴⁸¹ *Ibidem.*

⁴⁸² *Ibidem.*

- Medidas tendientes a garantizar la igualdad entre el hombre y la mujer en las leyes de nacionalidad.
- Medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la educación, del empleo y el trabajo.
- Medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso a la atención sanitaria, así como en materia de seguridad económica y social
- Medidas especiales para hacer frente a la situación de vulnerabilidad de la mujer rural, de la mujer desplazada y de la mujer refugiada.
- Medidas apropiadas para asegurar el respeto del derecho internacional humanitario en cuanto a la protección especial de las mujeres en el marco de los conflictos armados.
- Medidas apropiadas para reconocer la igualdad jurídica y civil entre el hombre y la mujer, incluyendo los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares.
- Medidas para prevenir, investigar y sancionar todo acto de violencia contra la mujer, independientemente de que sus autores sean servidores públicos o particulares.
- Medidas adecuadas para garantizar a la justicia y a los recursos y mecanismo necesarios para la protección de los derechos de la mujer, así como la reparación que corresponda.
- Medidas que faciliten y promuevan.⁴⁸³

⁴⁸³ *Ibidem.*

3.- Casos de Jurisprudencias en las que se relaciona a la Convención de Belem Do Para, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Constitucional Colombiana.

A fin de analizar la injerencia de la Convención de Belem Do Para en la esfera internacional y como ha sido su incidencia en Colombia, revisaremos Jurisprudencias en las que se relaciona a la Convención de Belem Do Para, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Constitucional Colombiana.

3.1.- Jurisprudencias en las que se relaciona a la Convención de Belem Do Para en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el caso del penal Miguel Castro Castro en Perú;⁴⁸⁴ esta jurisprudencia se convirtió en un hito histórico para Latinoamérica.⁴⁸⁵

El 25 de noviembre de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia histórica. Es la primera vez que el tribunal más alto en nuestra región aborda un caso aplicando un análisis de género. La Corte no sólo interpretó

⁴⁸⁴ Feria - Tinta, Mónica. Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica. Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. Año II. Número 3. Septiembre de 2007.

⁴⁸⁵ Los hechos de la masacre del Penal Castro Castro se remontan a 1992 y suceden en el contexto del autogolpe del 5 de abril de 1992 de Alberto Fujimori Fujimori.⁴ Al tiempo, el Perú se debatía en un conflicto armado interno entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares;⁵ en 1992, dicho conflicto había alcanzado un nivel álgido. La intervención llevada a cabo por las fuerzas combinadas de la Policía y las Fuerzas Armadas duró cuatro días y tres noches, y tuvo como saldo 42 prisioneros ejecutados, 185 presos heridos y la demolición parcial de dos pabellones de la prisión. El ataque comenzó el 6 de mayo de 1992 contra el pabellón 1A, que albergaba aproximadamente 133 mujeres prisioneras -algunas de las cuales se encontraban en estado de gestación-, y concluyó el 9 de mayo con la destrucción del pabellón 4B donde las prisioneras se habían refugiado.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz del *corpus juris* existente en materia de protección de los derechos de la mujer, sino que también acertó en poner la jurisdicción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (o Convención de Belém do Pará), pronunciándose sobre violaciones de dicho instrumento internacional. La fecha de la sentencia es simbólica: coincidió con el Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, designado así por las Naciones Unidas en 1999.

Las bases temáticas del caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú² son sumamente importantes para la región. Por un lado, al revisar una amplia gama de prácticas de tortura tanto en hombres como en mujeres prisioneros/as, este caso es duda uno de los más importantes en materia de derechos personas privadas de libertad en los anales de litigación internacional ante un tribunal de derechos humanos. Muchas de las prácticas de tortura (tales como los golpes de falanga o usar perros entrenados y sin bozal contra personas privadas de la libertad que están en estado de indefensión) nunca antes habían sido asunto de la jurisdicción contenciosa ante un tribunal de derechos como la tortura posicional, la privación sensorial o incomunicación absoluta, las cuales sí han sido temas anteriormente en casos contenciosos ante el sistema europeo interamericano, son vistas bajo una nueva luz. Suma el hecho de que por primera vez un tribunal de derechos humanos tiene la oportunidad tratar sobre población penal femenina, lo cual ha permitido que se establezcan estándares vinculantes importantes en derechos de prisioneras en la región y un precedente bajo el derecho internacional. El precedente en el Miguel Castro Castro se suma por tanto a otros producidos en los últimos años en materia de derecho de los derechos de prisioneros³ y en materia de género en la justicia internacional.

Este caso constituye un precedente relativo a la protección de la mujer como parte de civil dentro del contexto de un conflicto armado, en la región. Se suma a los

desarrollos jurisprudenciales en regiones y contribuye a la jurisprudencia mundial, en la regímenes del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de protección de los derechos humanos convergen en la formación de normas perentorias –*ius cogens*-, aplicables tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra.

El caso del Penal Miguel Castro Castro contribuye en ese sentido a la doctrina de responsabilidad agravada de los Estados bajo el derecho internacional en casos de violaciones de normas de *ius cogens*, reconociendo en las violaciones graves del derecho de la mujer un elemento que configuraría una responsabilidad agravada del Estado. El presente fallo discute los aspectos más importantes de esta sentencia relativos a la violencia de género.

3.2.- Jurisprudencias en las que se relaciona a la Convención de Belem Do Para en la Corte Constitucional Colombiana.

En la Sentencia C-776 de 2010, dijo la Corte Constitucional:⁴⁸⁶ *“El presente caso en que se demandan los artículos 13 (parcial) y 19 (parcial) de la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones, la actora considera que las disposiciones demandadas confieren a los recursos de la salud una destinación diferente a la establecida en la Constitución, por cuanto en su parecer los servicios de habitación y alimentación para las personas víctimas de agresión física y verbal están excluidos del plan obligatorio de salud, por lo mismo que no son servicios médicos asistenciales ni medicamentos.*

⁴⁸⁶ Sentencia C-776 de 2010. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 20 de marzo de 2015.

Sin embargo, para la Corte, la concepción expansiva, universal, amplia e integral del derecho a la salud impide restringir su protección a prestaciones tales como valoración médica, tratamientos, procedimientos quirúrgicos, medicación o suministro de medicamentos, dado que la naturaleza misma de este derecho comprende una gran diversidad de factores, que tanto la ciencia médica como la literatura jurídica no alcanzan a prever, y en esa medida, en aras de proteger adecuadamente el derecho a la salud, el Legislador puede permitir que determinados tratamientos y prestaciones hagan parte de las garantías consagradas en favor del paciente o de quien resulte víctima de actos violentos.

En estas condiciones, en aplicación del concepto amplio e integral del derecho a la salud, aunado al principio de progresividad aplicable al mismo, como también a las circunstancias dentro de la cual se ampara este derecho, permiten considerar que el reconocimiento de las prestaciones relacionadas con alojamiento y alimentación durante el periodo de transición requerido por las mujeres víctimas de agresiones físicas o psicológicas, no pueden dejar de ser consideradas sino como ayudas terapéuticas propias del tratamiento recomendado por personal experto y requerido por las personas que resultan afectadas, resultando indispensable la reubicación temporal de quienes razonablemente, según la ley y el reglamento, ameritan un tratamiento preferencial y especial, sin que ello signifique vulneración de lo establecido en el artículo 49 de la Carta Política.”

Continuo diciendo la Corte Constitucional: “*La violencia contra la mujer ha sido definida como cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado. La violencia contra la mujer suele estar vinculada con causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que operan en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad y del respeto que se debe a quien es*

considerada como una persona vulnerable y, en esa medida, sujeto de especial protección tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento jurídico interno de los Estados”.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad la ciudadana Yenny Ángela Chávez Pardo presentó demanda contra los artículos 13 (parcial) y 19 (parcial) de la Ley 1257 de 2008, “*por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*”. Mediante auto del 10 de marzo del presente año, la demanda fue inadmitida. El escrito de corrección fue presentado el 17 de marzo del año en curso; el Magistrado Sustanciador, a través de auto del 8 de abril de 2010, resolvió admitir la demanda, ordenar la fijación en lista de las normas acusadas, correr traslado del expediente al Procurador General de la Nación y comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de la Protección Social, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Fiscal General de la Nación y al Defensor del Pueblo para que intervinieran. En las consideraciones de este fallo, la Corte Constitucional hace referencia a la Protección a la mujer en el derecho internacional, así:

Los esfuerzos de la comunidad internacional en esta materia son puestos de manifiesto si se considera los siguientes instrumentos jurídicos acordados:

1. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967);
2. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1981);
3. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993);
4. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994);
5. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995);

6. En América Latina: Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (1995); y
7. Resolución del Fondo de Población de Naciones Unidas, en la que se declara la violencia contra la mujer como una “Prioridad de Salud Pública” (1999).

Además se pueden considerar la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948⁴⁸⁷; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969⁴⁸⁸; y la Recomendación número 19 del Comité de Expertas de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, 1992.

5.1. En virtud de lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política, los derechos humanos deben ser interpretados atendiendo a lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales que regulen el ejercicio de los mismos. La comunidad internacional ha dedicado varios años de esfuerzo y múltiples encuentros bilaterales y multilaterales al propósito universal de generar ambientes políticos, socioeconómicos, culturales y jurídicos, destinados a la protección de la mujer, considerada en sus aspectos individual y social, es decir, como ser humano y como persona que integra una comunidad y al mismo tiempo es miembro principal de una familia.

⁴⁸⁷ Allí quedó consagrado: “Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía. Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

⁴⁸⁸ Aprobado mediante la Ley 16 de 1972, publicada en el Diario oficial número 33.780 del 5 de febrero de 1973.

5.2. Entre los compromisos internacionales ratificados por Colombia destinados a procurar la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer se destacan:

1. Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada mediante la Ley 51 de 1981;
2. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en Beijing, China, 1995;
3. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”, aprobada mediante la Ley 248 de 1995;
4. Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas’ adoptada por el Consejo de Seguridad el 31 de octubre de 2000;
5. Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado mediante Ley 800 de 2003;
6. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobado mediante la Ley 984 de 2005.

5.3. Entre las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano relacionadas con la protección a la mujer, se cuenta la de abstenerse de ejercer violencia contra ella a través de sus agentes, como también la de garantizarle una vida libre de violencia en todos los espacios –público y privado-, sin importar que el agente sea un particular, a lo cual se suma el deber de adoptar medidas positivas en favor de la mujer.

En este sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”, aprobada mediante la Ley 248 de 1995, establece:

“DEBERES DE LOS ESTADOS.

ARTÍCULO 7o. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a.-) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b.-) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c.-) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d.-) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e.-) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f.-) Establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g.-) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h.-) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

ARTÍCULO 8o. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

a.-) Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;

b.-) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer;

c.-) Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;

d.-) Suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

e.-) Fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados

con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;

f.-) Ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;

g.-) Alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;

h.-) Garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y

i.-) Promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia". (Destaca en esta oportunidad la Sala).

2.- Conclusiones.

Se puede concluir que los derechos de las mujeres gozan de especial protección en nuestras sociedades modernas, este tipo de población cuenta afortunadamente con mecanismos de defensa de sus derechos fundamentales mundialmente reconocidos como instrumentos de protección internacionales de los derechos de la mujer, tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de BELEM DO PARA.

Con la consulta exhaustiva que las investigadoras hicimos de este instrumento internacional que amparan nuestros derechos, como mujeres, podemos decir que las convenciones, acuerdos, tratados, entre otros son el mayor escudo de

protección con que cuentan todas las mujeres en la sociedad de hoy. Nos permitimos concluir además, que gracias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se nos garantiza las mujeres una realización de vida mucho más justa, toda vez que este instrumento internacional contempla diversas disposiciones en contra de la discriminación, en las cuales cabe señalar el artículo 3° que señala que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto” concordante con la Convención de BELEM DO PARA.

En consideraciones de la Corte Constitucional, la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Hasta hace solamente algunas décadas, las mujeres en Colombia tenían restringida su ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones. Esta situación ha tenido su origen en la cultura y en la propia sociedad pero también se ha visto reflejada muy especialmente en la legislación que durante años estableció un trato diferenciado e injusto de sometimiento de las mujeres:

Para la Corte Constitucional de Colombia, *“La violencia contra la mujer suele estar vinculada con causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que operan en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad y del respeto que se debe a quien es considerada como una persona vulnerable y, en esa medida, sujeto de especial protección tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento jurídico interno de los Estados”*.⁴⁸⁹ Es aquí

⁴⁸⁹ Sentencia C-776 de 2010. www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 5 de febrero de 2015.

entonces, donde intervienen los organismos internacionales, concretamente las convenciones, pues en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, por extensión normativa, Colombia protege derechos de la mujer que, aunque no estén expresamente contenidos en la Carta Política de 1.991, estos son reconocidos y protegidos por el Derecho Internacional público y debidamente ratificados por Colombia.

3.- Bibliografía.

ABREU BURELLI, Aliro. "La protección de los derechos humanos a través del amparo: En: Estudios básicos de derechos humanos 6. San José, IIDH, 1996.

MOLINA, Gerardo. Catedra de Derechos Humanos: fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento, p.159, 20.11.

www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.

Convención Interamericana de Belem Do Para. Artículos consagradorios de los Derechos de la mujer.

Decreto 4799 DE 2011.

Ley 51 de 1981

Ley 248 de 1995.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá 2013.

Ley 294 de 1996

Ley 575 de 2000

Ley 294 de 1996

Decreto 652 de 2001 reglamentó las Leyes 294 de 1996 y 575 de 2000

Ley 906 de 2004

Ley 1257 de 2008

Ley 575 de 2000

Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008

Decreto Nacional 2734 de 2012.

DERECHO DE LA MUJER. OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. www.hchr.org.co. Edición actualizada. Bogotá, diciembre del 2002.

<http://www.eltiempo.com/noticias/violencia-contra-las-mujeres>.

Sentencia C-776 de 2010.

www.corteconstitucional.gov.co.

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN BELEM DO PARÁ EN LA POLÍTICA PÚBLICA CASO ESTADO COLOMBIANO.

Por: Lucia Esther Arellano.

I.- Resumen. El presente artículo tiene como objetivo analizar el alcance de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Belem Do Pará”, vista como estrategia de Estado para trabajar a favor del derecho de la mujer a una vida libre de violencia. Este artículo tiene como base el análisis de la convención con sus 25 artículos, examinando la razón de ser, contenido y proyección de la convención. el escrito también realiza una aproximación tendiente a conocer los Organismos Habilitados para la ejecución de directrices de implementación en este sentido, creados en el seno del SIDDH (CIM y MESECVI) los cuales trabajan para vigilar, acompañar, aconsejar y hacer seguimiento de la misma a los 32 Estados de la OEA que han ratificado la Convención. Por último se analizó el caso concreto de la puesta en marcha de esta Convención en el Estado de Colombia, partiendo de la planeación realizada por el presidente Juan Manuel Santos inserta en su programa de gobierno 2010 – 2014 – Prosperidad Para Todos-.cuyo desarrollo se manejó desde la oficina de la Alta Consejería Para La Equidad de la Mujer, la cual mediante informe da cuenta de los logros alcanzados en la implementación de estrategias de no violencia de género en Colombia.

II.- Palabras clave. Violencia, Derechos, Mujer, Belem Do Pará, Colombia.

III.- Abstract. This article aims to analyze the scope of the Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women "Belem Do Para", seen as state strategy to work for the right of women to a life free of violence. This article is based on the analysis of the convention with its 25 articles examining the rationale, content and projection of the convention. This article also

makes an approach aimed at knowing the Qualified Organizations to implement implementation guidelines in this sense, created within the SIDDH (CIM and MESECVI) which work to monitor, accompany, advise, and monitor the 32 states of the OEA that have ratified the Convention. Finally is analyzed the implementation of this Convention in the State of Colombia, starting from the planning carried out by President Juan Manuel Santos inserted into his government program 2010- 2014. Prosperity for All-. Whose development was managed from the office of the High Council for the Equity of the Woman, this office by report describes the progress made in the implementation of strategies for no violence of gender in Colombia.

Key Words. Violence, Rights, Woman, Belem do Para, Colombia.

1.- Introducción.

La violencia hacia la mujer es una realidad presente a nivel mundial promovido cultural e históricamente dentro de la dinámica de relaciones de poder entre mujer y hombre, que perjudica y vulnera el derecho humano de las féminas a llevar una vida plena libre de violencia. Es por esto que desde el ámbito Internacional se tomaron medidas con incidencia jurídica tendientes a erradicar, penar y reparar estas nocivas prácticas. La Organización de Estados Americanos en observancia de esta violación y preocupado por su continuidad se dio a la tarea de crear un instrumento internacional que ayude a la mujer de la región a sustraerse del maltrato de género; es así como nace la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer “Belem Do Pará” que se constituye en un instrumento por excelencia planeado y pensado para el uso y puesta en marcha en los Estados que se han adherido y han ratificado el uso de la Convención. Este trabajo observa el recorrido que cumple la convención desde que se crea y es solo un mero documento escrito hasta el desarrollo de su

implementación llevado a cabo de manera activista desde el Sistema interamericano de Derechos Humanos SIDDH, específicamente desde la Comisión Interamericana de la Mujer (CIM) organismo que se esmera por llevar adelante la defensa de los derechos de la mujer. En Colombia la aplicación del bloque de constitucionalidad favorece la puesta en marcha de este importante instrumento ya que el Estado Colombiano se obliga a crear y a incorporar en su derecho positivo vigente los pactos realizados a nivel internacional, integrándolo y articulándolo con las políticas públicas internas.

1.1.- Aproximación a la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Belem Do Pará”.

Este instrumento fue adoptado por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994 en la ciudad de Belem do Pará, Brasil; entró en vigor el 5 de marzo de 1995. La convención consta de 5 capítulos y 25 artículos, donde se plantean las siguientes temáticas: capítulo I – Definición y ámbito de aplicación, Capítulo II – Derechos protegidos, Capítulo III - Deberes de los Estados, Capítulo IV- Mecanismos interamericanos de protección, y Capítulo V – Disposiciones Generales.

La importancia del capítulo I radica en que define el significado del término violencia expresando que: *“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”*⁴⁹⁰

Este primer Capítulo es de suma importancia porque sienta las bases referentes a actos inherentes a la violencia de Género e inmediatamente nos aterriza en el

⁴⁹⁰ Convención Belem Do Pará artículo 1.

ámbito de aplicación que no solamente se reduce a actos violentos realizados en el ámbito público sino que va más allá remitiéndose también a hechos acaecidos en el ámbito privado, Expresando que estos actos deberán ser sancionados cuando: tengan lugar en la comunidad, su realización sea perpetrada por cualquier persona o por agentes del Estado y cuando sea tolerada por el País miembro, donde quiera que ocurra.

El segundo Capítulo si bien nos dice que la mujer tiene derecho a la protección de todos los Derechos Humanos hace énfasis en la protección de los siguientes: *“derecho a que se respete su vida, derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, derecho a la libertad y a la seguridad personales, derecho a no ser sometida a torturas, derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia, derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley, derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos, derecho a libertad de asociación, derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley y el derecho, a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones”*.⁴⁹¹

Además, este capítulo resalta la importancia de esta protección expresando de manera sencilla pero clara, que es *justificada la importancia de la protección en este sentido ya que los Estados partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de los mencionados Derechos*, ocasionando una grave desventaja en el desempeño ciudadano de este grupo poblacional.

El tercer Capítulo: Deberes de los Estados- es un capítulo que reviste especial relevancia para la temática central de este artículo ya que en él se establecen compromisos y directrices a seguir en la implementación de la convención en los

⁴⁹¹ Convención Belem Do Pará capítulo 2: Artículo 4.

respectivos territorios, cobijando, la forma de adopción de políticas orientadas a prevenir sancionar y erradicar la violencia de género, fundamento base de esta convención; y exhortando a los Estados a que la convención se practique al *“incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sanciona erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”*.⁴⁹²

Este capítulo también apela a la importancia de : *“Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”* ⁴⁹³ y retrata condiciones de vulnerabilidad que deberán tener en cuenta los Estados en la implementación de políticas públicas: *“es deber de los Estados tener en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.”* ⁴⁹⁴

El capítulo 4° de la Convención es significativo porque establece amplia posibilidad de actores al afirmar que cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental, reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, podrán realizar peticiones que contengan denuncias o quejas cuando se presente violación a los derechos protegidos a la mujer (mencionados en el artículo 7).

⁴⁹² Convención Belem Do Pará capítulo 3: artículo 7, inciso c.

⁴⁹³ Convención Belem Do Pará Capítulo 3: artículo 7, inciso f.

⁴⁹⁴ Convención Belem Do Pará Capítulo 3: artículo 9.

El 5º y último capítulo explica las disposiciones generales que deberán seguir los Estados para la adhesión y ratificación de esta Convención, fechas de entrada en vigor y la utilización del instrumento de denuncia cuando un Estado decida retirarse de la misma.

1.1.1.- Implementación de la convención “BELEM DO PARÁ” desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El Sistema interamericano de Derechos Humanos reconociendo a la mujer como un ser vulnerable, con desventajas que brotan desde ámbitos culturales, religiosos e históricos, provenientes de una conducta machista altamente arraigada en las sociedades, implementó medidas tendientes a prevenir, sancionar y erradicar “la violencia contra la mujer”, con un tratamiento convencional específico en el seno de la Organización de los Estados Americanos, de esta manera nace la convención para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Belem Do Pará” estableciéndose como el instrumento jurídico de derechos humanos con mayor número de ratificaciones dentro de la OEA (sólo no la han ratificado Cuba, Estados Unidos y Canadá).⁴⁹⁵

Al redactar el texto de esta importante Convención el SIDDH señala y reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos, dada a partir de la desigualdad en las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

Esta Convención es para el sistema interamericano de derechos humanos una herramienta de gran valor para la protección de los derechos de las mujeres, y se

⁴⁹⁵ *Publicación El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, XXXVIII Session d'Enseignement, Strasbourg 2007- el sistema interamericano de protección de los derechos humanos - Fabián Salvioli*

erige como el primer instrumento legal internacional en el mundo que reconoce el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

El autor Fabián Salvioli, expresa que el SIDDH mediante la creación de la Convención Belem Do Pará, realizó una hábil conjugación de elementos y mecanismos típicos de protección a los derechos humanos ya que tipifica, describe el acto y señala la responsabilidad directa (violencia desde el Estado), y la responsabilidad indirecta (violencia privada y permitida o no castigada por el Estado) estipulando acciones preventivas obligatorias para los Estados parte y ofreciendo instrucciones para dar trámite a denuncias cuando se cometan infracciones en este sentido. Y es que es a partir de las “obligaciones de hacer” para el Estado, que la convención Belem Do Pará se constituye en piedra angular, utilizada para crear medidas y políticas de protección y preservación de derechos de género, dirigidos a cada uno de los países miembros de la OEA.

Pero, ¿Cómo se ha organizado el SIDDH para alcanzar las metas que se propone en este sentido? Mediante un plan de trabajo estratégico concebido desde **la Comisión Interamericana de Mujeres**, Organismo gestor de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belem Do Pará”

1.1.2.- La Comisión Interamericana de Mujeres. CIM.

En 1928, durante la VI Conferencia Internacional Americana y con la participación de un nutrido grupo de activistas de derechos de las mujeres, se aprobó la resolución que constituiría la CIM, el primer organismo de su naturaleza a nivel mundial. La CIM fue encargada de preparar la información jurídica y de cualquier

otra naturaleza que se considerara conveniente para abordar el estudio de la igualdad civil y política de la mujer en el Continente.⁴⁹⁶

Así nace el primer organismo intergubernamental dirigido a velar de manera específica por los derechos de las mujeres de la región con propósito particular de facilitar el reconocimiento pleno de los derechos civiles y políticos de las mujeres.

De acuerdo a la información publicada en página web de la OEA:

La CIM está constituida por 34 Delegadas, una por cada Estado Miembro de la OEA. Las Delegadas de la CIM son designadas por sus respectivos gobiernos y se reúnen cada dos años.

En la revista del Instituto interamericano de Derechos Humanos (IIDH) publicación de 2012 volumen 56, la investigadora Luz Patricia Mejía Guerrero da cuenta del trabajo realizado por la CIM para la realización la convención Belem do Pará lo cual nos ilustra desde las siguientes acciones:

- *En 1990, la CIM redacta la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer. En 1991 se aprueba, durante la Asamblea General de la OEA, la resolución sobre protección de la mujer contra la violencia.*
- *En 1992, la CIM realiza el Anteproyecto de la Convención Interamericana para Luchar contra la Violencia de Género.*
- *1994, la CIM aprueba el Proyecto de Convención sobre Violencia y Mujer, y lo eleva a la Asamblea General de la OEA, reunida en Belém do Pará, Brasil. Allí, se adopta la útil Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y*

⁴⁹⁶ Resolución de la VI Conferencia Internacional Americana, La Habana, Cuba, 18 de febrero de 1928.

Erradicar la violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belém do Pará.

a.- Funciones de la CIM.

Es de resaltar que la CIM es el órgano encargado de recibir los informes presentados por los Estados sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención, y a la vez realizar un seguimiento a los obstáculos que se observen en la aplicación de las mismas y a los factores que contribuyen a la violencia contra la mujer. Es además tarea de la comisión realizar el acompañamiento a los Estados partes que soliciten a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) opinión consultiva sobre la interpretación de la Convención de Belém do Pará. Otras funciones son:

- Apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros para promover el acceso, la participación, la representación, el liderazgo y la incidencia, plenos e igualitarios, de las mujeres en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural*
- Promover la participación y el liderazgo de las mujeres en la planificación e implementación de políticas y programas públicos*
- Asesorar a la Organización en todos los asuntos relacionados con los derechos de las mujeres y la igualdad de género*
- Colaborar con los Estados Miembros, otras organizaciones internacionales, grupos de la sociedad civil, la academia y el sector privado para apoyar los derechos de las mujeres y la igualdad de género en la región*
- Informar anualmente a la Asamblea General sobre el trabajo de la CIM, incluyendo aspectos relevantes de la condición de las mujeres en el hemisferio, los progresos alcanzados en materia de derechos humanos de*

las mujeres y la equidad e igualdad de género y sobre temas de especial preocupación en este contexto, y elevar a los Estados Miembros recomendaciones concretas en relación con lo anterior

- *Contribuir al desarrollo de la jurisprudencia internacional e interamericana sobre los derechos humanos de las mujeres y la equidad e igualdad de género*
- *Fomentar la elaboración y adopción de instrumentos interamericanos para el reconocimiento de las mujeres como sujetos de derechos y agentes de la democracia*
- *Promover la adopción o adecuación de medidas de carácter legislativo necesarias para eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres*

b.- MESECVI

Para lograr la puesta en marcha efectiva de la Convención se creó en 2004 el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). Esta es una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente, fundamentada en un foro de intercambio y cooperación técnica entre los Estados Parte de la Convención y un Comité de Expertas. Que analiza los avances en la implementación de la Convención por sus Estados Parte, y los desafíos persistentes en las respuestas Estatales ante la violencia contra las mujeres⁴⁹⁷. La creación de este grupo de trabajo es según mi criterio necesario y atinado porque así se hace un seguimiento y acompañamiento más específico a la convención Belem do Pará y a todas las dinámicas que se dan en torno a la puesta en marcha de la misma logrando así mayor eficacia en su aplicación.

⁴⁹⁷ OEA: Comisión Interamericana de Mujeres: www.oas.org/es/cim/

1.2.- Aplicación de la convención BELEM DO PARÁ en las políticas gubernamentales del estado colombiano.

En Colombia el organismo desde donde se generó la aplicación de la convención Belem Do Pará fue la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, entidad adscrita a la Presidencia de la República. Esta oficina presentó un informe de gestión que refleja los logros alcanzados en el periodo presidencial 2010- 2014 en torno al tema de violencia de género. Para el presente escrito tomé de manera textual el informe realizado por esta entidad ya que refleja de manera concreta las acciones llevadas a cabo por el Estado Colombiana para trabajar a favor de la no violencia de Género.

“En este informe nos explican cómo a partir de la ley 1450 de 2011, “Plan Nacional de Desarrollo “Prosperidad Para Todos 2010-2014”, artículo 177, se propone la adopción de una Política Pública Nacional de Equidad de Género para garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género, teniendo en cuenta las particularidades que afectan a los grupos de población urbana y rural, afrocolombiana, indígena, campesina y Raizal. La política desarrolla planes específicos que garanticen los derechos de las mujeres en situación de desplazamiento y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Esta política pública se construyó de manera participativa bajo la coordinación de la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer.

En cuanto al tema de análisis de este escrito es en el artículo 179 de la mencionada ley donde se, señala que “el Gobierno Nacional adoptará una política pública nacional para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres, y expresa que deberá acoger las recomendaciones de los organismos internacionales de protección de los DD.HH. y las obligaciones contenidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención Interamericana para

*Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Y que esta política deberá ser concertada con las organizaciones de mujeres”.*⁴⁹⁸

*También se agrega que, “a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional reglamentará en un plazo máximo de seis (6) meses, la Ley 1257 de 2008 'Por la cual se dictan normas de sensibilización prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.*⁴⁹⁹ *Es así como desde la alta consejería para el período 2010 - 2014 se articularon 4 áreas de gestión.*

- 1. Política pública de equidad de género para las mujeres y plan para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias.*
- 2. Mujeres víctimas del conflicto armado.*
- 3. Prevención del embarazo en adolescentes.*
- 4. Observatorio de asuntos de género.*⁵⁰⁰

En este ensayo realicé un seguimiento exclusivo a la primera área de gestión (Política pública de equidad de género para las mujeres y plan para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias)

En el año 2012, la ACPEM brindó asistencia técnica a los 32 departamentos del país para garantizar que los planes de desarrollo departamentales establecieran acciones concretas y asignaran presupuestos para planes y programas a favor de los derechos de las mujeres. Como resultado de este ejercicio se logró que cada una de las gobernaciones se comprometieran a desarrollar acciones en lo

⁴⁹⁸ Informe de gestión agosto de 2010 - julio de 2014.

Alta consejería presidencial para la equidad de la mujer- presidencia de la República. República de Colombia. Bogotá agosto 1 de 2014.

⁴⁹⁹ *Ibidem*

⁵⁰⁰ *Ibidem*

referente a: fortalecimiento institucional; erradicación, prevención y atención de las violencias contra las mujeres; prevención del embarazo adolescente; mujer rural y mujeres en situación de desplazamiento. Lo anterior a través dl pacto “Acuerdo Nacional por la Defensa de los Derechos de las Mujeres”, firmado entre el Presidente de la República y las gobernaciones, y al que se sumaron 30 departamentos y 14 municipios el 6 de marzo de 2012. Puntualmente el pacto estableció: incluir dentro de los planes de desarrollo del Departamento el plan de acción y el presupuesto necesario para impulsar acciones para la disminución y prevención del embarazo en adolescentes y la violencia contra la mujer; implementar, con la asistencia técnica de la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, estrategias de información, comunicación masiva y sensibilización orientadas a que la sociedad colombiana conozca los derechos de las mujeres víctimas de violencia, los mecanismos existentes para su protección y se promueva la erradicación de esta problemática.

Elaboración de la Guía para la incorporación del enfoque de género en el proceso de formulación de los presupuestos de las entidades territoriales, la cual fue socializada en las administraciones de las gobernaciones de los 32 departamentos.

Elaboración de un diagnóstico sobre el estado de las Políticas públicas para las mujeres a nivel departamental y territorial.

Desarrollo del II Encuentro Nacional de Mecanismos de Género el cual tuvo como objetivo brindar herramientas prácticas para el diseño, implementación y evaluación de las iniciativas territoriales dirigidas a promover la equidad de género y los derechos humanos de las mujeres. En este encuentro, que se realizó en junio de 2012, participaron los mecanismos de género de 28 departamentos y 16 municipios.

Incidencia para la creación de la Subdirección de género en DNP y de grupos de género en ministerios y entidades sectoriales.

En materia de violencias contra las mujeres, previo a la aprobación del CONPES 161, la ACPEM realizó acciones de impacto en materia de prevención, coordinación, comunicación y difusión de la no violencia contra la mujer y de difusión y cumplimiento de la Ley 1257 de 2008.

En el lapso de agosto de 2010 a marzo de 2013, vale la pena destacar:

Coordinación del Plan Nacional de Formación a funcionarios/as públicos que busca garantizar el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia. En esta primera etapa, en el 2012, fueron capacitados cerca de 600 funcionarios jurisdiccionales, con la participación del Ministerio de Justicia, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y las Escuelas de formación de la Fiscalía y la Policía Nacional.

Coordinación del proceso interinstitucional de construcción de los decretos reglamentarios de la Ley 1257 de 2008 en materia de justicia (Decreto 4799 de 2011), Educación (Decreto 4798 de 2011), Salud (Decretos 4796 de 2011 y 2734 de 2012) y Trabajo (Decretos 4463 de 2011 y 2733 de 2012).

Incidencia legislativa para la expedición y sanción de la Ley 1542 de 2012 por medio de la cual se suprime el carácter de querellable y desistible de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.

Coordinación de la estrategia nacional de comunicaciones “MUJER TIENES DERECHOS”, orientada a promover la prevención de la violencia contra las mujeres mediante acciones de información y comunicación en torno a las

herramientas disponibles para el reconocimiento de los derechos de las mujeres, especialmente las contenidas en la Ley 1257 de 2008 y el Auto 092 de 2008.

Fortalecimiento del Comité de Seguimiento a la implementación y cumplimiento de la Ley 1257 de 2008. La ACPEM continuó con la secretaria técnica y se realizaron sesiones de rendición de cuentas con los Ministros de Trabajo, Salud, Educación y Justicia, responsables de la implementación de la ley y sus decretos reglamentarios.

Acompañamiento al Presidente de la República y a todo el gabinete ministerial en acciones coordinadas de rechazo a la violencia contra las mujeres.

Firma del Acuerdo nacional por la defensa de los derechos de las mujeres por parte de los gobernadores, para la inclusión dentro de los planes de desarrollo, de acciones de prevención de violencia, estrategias de comunicación sobre los derechos de las mujeres víctimas de violencia, acciones de sensibilización a funcionarios sobre la gravedad de la violencia contra las mujeres y fortalecimiento a las Comisarías de Familia.

Alianzas público privadas con medios de comunicación para la difusión de campañas de prevención de violencia contra la mujer, impulso de comerciales nacionales y pautas en emisoras regionales de prevención de violencia contra la mujer, alianzas con la Federación Colombiana de Fútbol y la Dimayor para la difusión del mensaje “Nada justifica la violencia contra las mujeres”.

Sensibilización en equidad de género a periodistas y agencias de publicidad, con el fin de brindarles herramientas para el adecuado tratamiento de las noticias y buscar que las campañas publicitarias de las distintas marcas que pautan en los medios de comunicación sean respetuosas de los derechos humanos de las mujeres.

3.1. Plan para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia.

De otra parte, la ACPEM en el marco de la Política Pública Nacional de Equidad de Género –CONPES 161, ha enfatizado su estrategia de coordinación interinstitucional para la prevención de las violencias contra las mujeres, a través de las acciones comprometidas en el Plan para garantizar un vida libre de violencias, en la implementación del enfoque diferencial y el desarrollo de un Plan de choque especial para Buenaventura. Señalamos a continuación las principales actividades en esos componentes:

La Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, en el marco de sus compromisos en materia de prevención y atención de las violencias contra las mujeres, diseñó e implementa el Plan integral para garantizar una vida libre de violencias, cumpliendo con lo establecido en el artículo 179 del Plan Nacional de Desarrollo. El Plan hoy hace parte integral de la Política Pública Nacional de Equidad de Género - CONPES 161.

El Plan, es el referente para el accionar del Gobierno Nacional en miras a la superación de las violencias contra las mujeres colombianas de manera sostenible e integra el compromiso de toda la institucionalidad vinculada a la prevención y atención de las violencias basadas en género y busca potenciar la coordinación interinstitucional.

Aprobado el CONPES 161 en marzo del 2013, entró en marcha la implementación del Plan integral por una vida libre de violencias. La ACPEM tiene responsabilidades en 2 de los ejes de este Plan como son el de prevención y el de coordinación interinstitucional, para un total de 9 acciones concretas.

Los principales logros alcanzados entre marzo de 2013 a julio de 2014 son:

a. Prevención de las violencias

□ Se dio continuidad del Plan Nacional de Formación a funcionarios/as públicos. El objetivo fundamental del Plan es mejorar las capacidades de los funcionarios/as públicos para garantizar el acceso a la justicia a mujeres víctimas de violencia. En el período marzo 2013 a junio 2014, han sido capacitados por la ACPEM cerca de 1000 funcionarios (jueces/as, fiscales, comisario/as, policías, personeros municipales, secretarios de despachos y funcionarios/as de gobernaciones y alcaldías). Los contenidos del plan se centran en derechos de las mujeres, Ley 1257 de 2008 y sus decretos reglamentarios. Es de destacar, que este Plan también se realiza en el marco del cumplimiento del acuerdo de solución amistosa firmado en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, entre el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Estado colombiano sobre el caso de Alba Lucía Rodríguez contra la Nación.

□ En desarrollo del Plan de Formación a funcionarios públicos asisten funcionarios competentes en el tema de protección, atención y participación de población LGTBI, así como representantes de organizaciones LGTBI. Así mismo la Consejería ha participado en espacios que buscan debatir en torno al acceso a la justicia de este grupo poblacional.

□ Implementación de la línea gratuita de orientación a mujeres víctimas de violencia: La ACPEM lideró la puesta en marcha, seguimiento y acompañamiento de la Línea 155 de orientación a mujeres víctimas de violencia. El objetivo es brindar información clara, completa y veraz sobre

Los derechos de las mujeres víctimas y la orientación para lograr atención jurídica y en salud frente a las distintas formas de violencia. La línea 155, atiende a toda la ciudadanía para que consulte y busque apoyo de manera gratuita, a su vez se constituye en una alternativa de atención al alcance de todas las mujeres a nivel

nacional. La línea, también informa sobre la oferta institucional y los mecanismos para prevenir, minimizar y eliminar las violencias contra las mujeres. El servicio de atención es prestado por un grupo de profesionales de la Policía Nacional que son capacitados de manera continua por el equipo de la ACPEM, en el marco del convenio interinstitucional con dicha entidad. Desde septiembre de 2013 a junio de 2014, la línea ha recibido cerca de 140.000 llamadas. La ACPEM ha realizado amplia difusión de la línea 155, en medios de comunicación nacional, local, redes sociales y medios informales. Además ha potenciado la articulación interinstitucional para alcanzar una mayor difusión.

Encuesta de Tolerancia frente a la violencia basada en género: La ACPEM se encuentra en proceso de contratación para la elaboración de la línea de salida Encuesta de Tolerancia frente a la violencia basada en género. La línea de entrada se realizó en 2010 y está pretende medir los cambios que se han dado en la sociedad y en los funcionarios públicos en torno a la violencia.

Estrategia de comunicaciones: La ACPEM en el marco de Plan para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia implementó una plan de comunicaciones que ha permitido liderazgo en acciones de rechazo a la violencia contra las mujeres en medios de comunicación, páginas institucionales, redes sociales etc.; acompañamiento a las acciones y estrategias de comunicación de los departamentos y municipios del país en prevención de violencia y difusión de derechos de las mujeres, sensibilización a funcionarios sobre la gravedad de la violencia contra las mujeres y fortalecimiento a las Comisarías de Familia; continuidad y fortalecimiento de alianzas público privadas con medios de comunicación para la difusión de campañas de prevención de violencia contra la mujer y trata de personas, impulso de comerciales nacionales y pautas en emisoras regionales de prevención de Violencia contra la Mujer. Igualmente se elaboraron y difundieron piezas de comunicación con información sobre prevención de violencia, rutas de atención a víctimas de violencia contra la mujer,

oferta institucional, kit de comunicaciones con material didáctico, guías de acción en comunicación, material audiovisual frente a la Ley 1257, Política Pública de Equidad de Género, CONPES 161 y 3784, a entidades del orden nacional y territorial.

- *Asistencia técnica a territorios: Se acompañaron a los territorios en la implementación y fortalecimiento de los Comités locales de seguimiento a la Ley 1257, en capacitación sobre la ley 1257 y decretos reglamentarios y en procesos de coordinación interinstitucional. Es de destacar, que también se ha trabajado la capacitación en violencia con enfoque diferencial en territorios indígenas y afrocolombianos. Además se apoyó la coordinación de 4 Encuentros Nacionales de Mecanismos de Género en temas específicos de prevención y atención de violencias.*

b. Coordinación interinstitucional

- *Secretaría técnica del Comité Nacional de Seguimiento a la implementación de la ley 1257 de 2008: Se destaca la implementación de un plan de regionalización a través del cual se busca llegar a diversos departamentos para conocer el estado de cumplimiento de la Ley 1257 por parte de las entidades territoriales competentes y conocer la opinión de de las organizaciones regionales de mujeres.*

- *Secretaría técnica de la Mesa Interinstitucional: Fortalecimiento de la Mesa Nacional de la no violencia contra las mujeres a través de los procesos de coordinación, apoyo y trabajo interinstitucional para garantizar el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el referido Decreto. Se cuenta con un plan de trabajo que se está implementando.*

- *Coordinación con el Comité Nacional para la erradicación de trata de personas, para incorporar el enfoque de género en las acciones de prevención y atención de*

trata de personas. Se han difundido campañas de prevención del fenómeno de trata de personas y sensibilización a funcionarios frente al fenómeno con enfoque de género.

□ Coordinación con entidades sectoriales y con entidades del nivel nacional: Acompañamiento y asistencia técnica en la expedición de leyes de atención y prevención de violencia contra las mujeres como la Ley de atención a mujeres víctimas de ataques con agentes químicos y la ley para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado. Igualmente, se trabajó en la articulación y acompañamiento con entidades del nivel central para la implementación de la Ley 1257 y sus decretos reglamentarios (Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Salud y la Protección Social, Fiscalía General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura, Policía Nacional). Por último, es de destacar el acompañamiento al DNP, en el marco del Proyecto de Consultoría de reforma de comisarías de familia, por medio del cual se busca analizar el marco normativo e institucional de las comisarías de familia y planteamiento de alternativas de ajuste institucional.

□ Coordinación con la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial para la capacitación a jueces.

□ Coordinación y seguimiento al proceso de implementación de decretos reglamentarios de la Ley 1257 de 2008 en materia de justicia (Decreto 4799 de 2011), Educación (Decreto 4798 de 2011), Salud (Decretos 4796 de 2011 y 2734 de 2012) y Trabajo (Decreto 4463 de 2011 y 2733 de 2012).⁵⁰¹

⁵⁰¹ Informe de gestión Agosto de 2010 - julio de 2014.

Alta consejería presidencial para la equidad de la mujer- presidencia de la República. República de Colombia. Bogotá Agosto 1 de 2014.

2.- Conclusiones.

Es destacable la labor de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), la cual tomó muy en serio el reto de erradicar y prevenir la violencia de género de manera activista creando *la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "convención de Belem do Pará"* documento que hoy en día es marco de referencia para la creación de la política pública de la mayoría de los países miembros de la OEA.

La comisión interamericana de la mujer actuando de manera minuciosa ha alcanzado cada vez, cimas más altas y esperamos que con el aporte de estructuración, vigilancia, seguimiento y acompañamiento a los Estados miembros, el trato hacia la mujer sea cada vez más igualitario.

Por otra parte el Estado Colombiano con miras a cumplir los compromisos pactados para el cumplimiento de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Belem Do Pará"*, ha tenido un rol activo con directrices claras, concretas y aterrizadas acordes a la realidad que vive la mujer en el Estado colombiano y que denota un esfuerzo evidente de liderazgo y planeación.

Específicamente en el caso Estado Colombiano me pareció importante la creación de estrategias y planeación, para poder insertar la convención que ya estaba presente en el plan de gobierno del periodo presidencial 2010 - 2014, y que se llevó a cabo "paso a paso" y no de manera apresurada realizando un primer acercamiento desde el *Observatorio de Asuntos de Género* adscrito a la Presidencia de la República , seguido de un claro liderazgo desde la oficina de la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer, de un involucramiento regional y local de alcaldías y gobernaciones y de un trabajo continuo con grupos heterogéneos de mujeres, permitiendo así que se recogieran datos y experiencias

de vida que se convirtieron en la base real sobre la que descansan las estrategias para erradicar toda forma de violencia hacia la mujer.

Es destacable la metodología de acercamiento a los diferentes grupos de mujeres ya que la ley se hizo por Ellas y para Ellas y su concertación y aceptación por parte de las mismas permite lograr una política pública funcional que siembre la semilla para alcanzar el cambio social. En Colombia si bien la violencia hacia el género femenino es bastante preocupante como lo observamos a diario en los medios de comunicación estamos ante un primer avance para cambiar e impactar la vida de las colombianas.

Ha sido constante la presencia de la alta consejería presidencial para la mujer en los diferentes departamentos de Colombia en su tarea de coordinación interinstitucional, pero sabemos que el desafío apenas comienza porque cambiar los paradigmas existentes en la sociedad en torno al maltrato histórico hacia la mujer implica trabajo, compromiso y recursos ya que solo así cambiará el chip en las cabezas de los colombianos y se implantará el respeto y la protección hacia la mujer que aunque parezca algo casi utópico estoy convencida de que no lo es.

3.- Bibliografía.

Artículo de: IIDH (2004), “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes”. Tomo I.

Badilla Ana Elena e Torres García Isabel. La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Bustamante Arango Diana Marcela y Vásquez Henao Paola Andrea. La convención Belém Do Pará un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la corte interamericana, a 16 años de su entrada en vigor.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem do Para". OEA 5 de marzo de 1995.

Informe de gestión Agosto de 2010 - julio de 2014. Alta consejería presidencial para la equidad de la mujer- presidencia de la República. República de Colombia. Bogotá Agosto 1 de 2014.

Mecanismo de seguimiento convención Belem Do Pará (MESECVI) cuarta conferencia de Estados Parte. 16 de Abril de 2012 Washington D.C.

Mejía Guerrero Luz Patricia. La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista IIDH. 2012 volumen 56.

Página web OEA: Comisión Interamericana de Mujeres: www.oas.org/es/cim/

Proyecto de investigación Análisis jurisprudencial sobre los pronunciamientos de la Corte IDH respecto a los derechos humanos de las mujeres en el marco del SIDH, inscrito en la línea de investigación Proyecciones Jurídico políticas del derecho internacional y los derechos humanos en el contexto norte-sur adscrito al Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho (GIPCODE) Universidad de San Buenaventura, Seccional Cali. 2011.

Salvioli Fabián. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. XXXVIII Session d'enseignement Institut international des droits de l'homme. Strasbourg, France, Juillet 2007.

***PARTE X: DISCRIMINACIÓN RACIAL Y SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS.***

CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO, DISCRIMINACION RACIAL Y FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA.

Por: Dorian Enrique Anaya Caro, Eduardo Luis López Paredes y María Alejandra Herrera Herrera.

“Nadie nace odiando a otra persona por el color de su piel, o su origen, o su religión. La gente tiene que aprender a odiar, y si ellos pueden aprender a odiar, también se les puede enseñar a amar, el amor llega más naturalmente al corazón humano que su contrario”. Nelson Mandela.

Resumen. La realización de este artículo está encaminada a ofrecerle al lector una visión panorámica de lo que son en sí los Derechos humanos y su debida protección en el contexto internacional. De igual forma hablaremos de manera detallada y específica acerca de las violaciones producidas por la intolerancia, las discriminaciones de tipo racial, social, religiosa, sexual, entre otras. Así mismo, explicaremos las pautas fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como mecanismos de defensa de derechos considerados inherentes, universales y supra constitucionales, también, establecer la importancia de las diversidades étnicas y culturales en los distintos sectores de la sociedad.

Palabras Claves. Discriminación, raza, Derechos humanos, violación, intolerancia.

Abstract. The accomplishment of this scientific article is directed to offer a panoramic vision to the reader of what they are in themselves Human rights and adequate protection in the international context. Similarly discuss detailed and specific way about human right violations produced by the intolerance, religious, sexual, the discriminations of racial, social type, among others. Also, we will

explain the guidelines fixed by the Inter-American Court of Human Rights as mechanisms of defense of considered inherent, universal rights and supra constitutionals, also, to establish the importance of the ethnic and cultural diversities in the different sectors of the company.

Key Words. Discrimination, race, human rights, rape, intolerance.

1.- Introducción.

En el desarrollo del siguiente artículo hablaremos de manera general acerca de los derechos humanos, estudiaremos conceptos de diferentes autores, los cuales tomaremos como referencia para así poder crear y establecer una definición propia.

De igual modo es necesario mencionar una breve reseña histórica, los motivos que dieron origen y que contribuyeron al nacimiento de lo que hoy conocemos como derechos humanos, como también donde se encuentran fundamentados para efectos legales en el sistema internacional.

De manera específica, nos centraremos en las violaciones de estos derechos considerados internacionales e inherentes a las personas por motivos de racismo, discriminación y formas conexas de intolerancia. En relación con este tema Citaremos un primer caso que ocurrió en el sistema jurídico interno; Liliana Cuéllar Sinisterra vs. Establecimientos comerciales la Carbonera LTDA y la Discoteca QKA-YITO de Cartagena. Y un segundo caso; SIMONE ANDRÉ DINIZ vs. APARECIDA GISELE MOTA DA SILVA. El cual conoció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y por último finalizar con una conclusión.

“Los Derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos”⁵⁰² .

Los derechos humanos están basados principalmente en el respeto hacia el individuo. Su suposición fundamental es que el ser humano por naturaleza es un ser moral y racional que merece que se le trate con dignidad de tal forma que los derechos humanos son considerados el alma de todo lo que la gente valora acerca de su modo de vida.

“Al hablar de los Derechos humanos es indispensable considerar que en nuestras sociedades desafortunadamente existe un mal tratamiento a los mismos, pues a diario vemos como estos Derechos que de carácter internacional son vulnerados por el mismo hombre, pues con comportamientos injustos como la discriminación en cualquiera de sus expresiones, bien sea racial, social, sexual, opinión política o filosófica, entre otras”⁵⁰³ .

⁵⁰² Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

⁵⁰³ Molina, Gerardo. Derechos Humanos Fundamentación, Obligatoriedad y Cumplimiento. Bogotá. Panamericana Formas e Impresos S.A, 2008

1.1.- Concepto de Derechos Humanos.

Dice Antonio Pérez Luño, “que el sentido y alcance de los derechos humanos dista mucho de ser claro y unívoco, siendo la imprecisión, la ambigüedad y la equivocidad, rasgos connotadores de su empleo, no solo en el lenguaje común, sino incluso en las polémicas doctrinales de los especialistas”⁵⁰⁴.

“Los derechos humanos deben entenderse de una manera mucho más amplia e integral, porque además son un fenómeno en constante construcción y evolución. No se pueden delimitar únicamente a un conjunto de derechos determinados. Sino a una idea más comprensiva de fenómenos sociales y políticos, ya que su reconocimiento parte de verdaderas conquistas logradas por la persona humana frente al poder del estado, cualquiera sea su forma de manifestación. Es por ello que una definición sobre derechos humanos siempre debe ir acompañada del conocimiento de los procesos históricos y filosóficos alrededor de la persona humana y su constante interrelación en la sociedad y con el poder. Igualmente, debe tener como base valores indiscutibles como la dignidad, la libertad y la igualdad, aun cuando no fueren términos necesariamente incorporados en la parte conceptual”⁵⁰⁵.

Molina define los derechos humanos como aquellos “derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales. Inherentes a la persona humana, así como aquellas condiciones y situaciones indispensables, reconocidas por el Estado a todos sus habitantes sin ningún tipo de discriminación, para lograr un proyecto de vida digna”⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Pérez Luño, Antonio. Sobre los valores fundamentales de los Derechos Humanos. Guatemala. Arte Nativas, 2003, p. 37

⁵⁰⁵ Molina, Gerardo. Derechos Humanos Fundamentación, Obligatoriedad y Cumplimiento. Bogotá. Panamericana Formas e Impresos S.A, 2008

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

“Por derechos humanos se entiende en general aquellos que son inherentes al ser humano, la noción de derechos humanos entraña el reconocimiento de que todo ser humano es acreedor al disfrute de sus derechos humanos sin distinción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición. Estos derechos se hallan garantizados jurídicamente por la normativa de derechos humanos, que protege a los individuos y a los grupos frente a las acciones que menoscaban las libertades fundamentales y la dignidad humana”⁵⁰⁷.

Otra definición creada por el doctrinante Ángel Papacchini, en su libro Filosofía y Derechos humanos, establece que, “los derechos humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente”⁵⁰⁸.

Siguiendo estas definiciones, hemos construido nuestro propio concepto de derechos humanos y podemos establecer que los conocemos como un conjunto de prerrogativas que son inherentes a la naturaleza de las personas sin distinción alguna de nacionalidad, sexo, raza, religión, ideologías políticas o condición social. Y que permiten una realización digna del ser humano ya que son reconocidos y garantizados por los diferentes estados, permitiendo así un desarrollo integral de una sociedad jurídica debidamente organizada. Encontramos que los derechos humanos se caracterizan por ser:

⁵⁰⁷ Publicación de las Naciones Unidas. ABC, La Enseñanza de los Derechos Humanos. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.

⁵⁰⁸ Papacchini, Ángel. Filosofía y Derechos Humanos. Cali, Colombia, Universidad Del Valle Programa Editorial. 2003

- a. Universales, porque son inherentes a las personas, en cualquier espacio de tiempo y lugar
- b. Inalienables, no se pueden vender, ceder o negociar
- c. Inembargables, no se pueden embargar
- d. Irrenunciables e Imprescriptible, no se pueden renunciar a estos, ni prescriben por el paso del tiempo
- e. Interdependientes y complementarios, porque todos se relacionan entre sí.

a.- Marco Legal.

Los Derechos humanos encuentran su fundamento legal especialmente establecido en la declaración universal de los Derechos humanos de 1948 y en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que en sus principales artículos establece:

Artículo 1 Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2 Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 7 Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

En este artículo hemos querido hacer especial mención en los numerales anteriores, por cuanto la temática gira en torno a la figura de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia, para demostrar con ello, que todas las personas son protegidas contra la discriminación por razones de sexo, raza, origen político o filosófico o religioso, no solo por las normas de nuestro ordenamiento jurídico Colombiano, sino también por normas de carácter internacional que reconocen los Derechos Humanos.

La constitución política de 1991 como máxima expresión de norma dentro del sistema jurídico colombiano también regula la protección al Derecho fundamental a la igualdad de todas personas residentes en Colombia, aduciendo que: “Artículo 13. 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 ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Las Naciones Unidas establecieron una serie de normas comunes sobre los derechos humanos cuando aprobaron en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aunque esta Declaración no forma parte de la ley internacional vinculante, su aceptación por parte de todos los países del mundo supone un apoyo moral al principio fundamental de que todos los seres humanos, ricos y pobres, fuertes y débiles, hombres y mujeres, de todas las razas y religiones, deben ser tratados con igualdad y es preciso respetar su valor natural como seres humanos. Es decir, que a nuestro juicio, los Derechos humanos son el conjunto de facultades o prerrogativas que se predicán a favor de todas las

personas por el solo hecho de serlo. Los derechos humanos entonces no son más que ese mundo de posibilidades que todas las personas debemos gozar y ejercitar en todo momento, por tratarse de Derechos inherentes al individuo.

1.2.- Breve reseña histórica de los derechos humanos.

“Los derechos humanos se comprenden todavía mejor si van acompañados de un estudio de su evolución histórica y de los desarrollos filosóficos respecto del papel de la persona humana en sus distintas facetas y contextos sociales, económicos, religiosos y antropológicos”⁵⁰⁹.

La historia de los de los Derechos humanos podemos considerarla como uno de los acontecimientos universales más importantes de la humanidad, pues con la declaración universal de los Derechos Humanos se abre paso a una carta de prerrogativas que dignifican y permiten el desarrollo integral a favor de toda persona por el solo hecho de pertenecer a la especie humana. Tales derechos se han predicado y deben ser respetados por todos los estados.

Entonces es así como, a lo largo de la historia, los conflictos, las guerras, se han producido a menudo como reacción a un tratamiento inhumano y a la injusticia. La Declaración de derechos inglesa de 1689, redactada después de las guerras civiles que estallaron en este país, surgió de la aspiración del pueblo a la democracia. Exactamente un siglo después, la Revolución Francesa dio lugar a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y su proclamación de igualdad para todos. Sin embargo, muy a menudo, se considera que el Cilindro de Ciro, redactado en el año 539 a.C. por Ciro El Grande del Imperio Aqueménide de Persia tras la conquista de Babilonia, fue el primer documento sobre derechos

⁵⁰⁹ Molina, Gerardo. Derechos humanos fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento. Bogotá. Panamericana Formas e Impresos S.A, 2008

humanos. En cuanto al Pacto de los Virtuosos acordado por tribus árabes en torno al año 590 d.C., es considerado una de las primeras alianzas de derechos humanos.

Otros autores se remontan “incluso a los 10 mandamientos como fuente histórica y cristiana de los derechos humanos, específicamente para referirse al enunciado de postulados claros sobre algunos derechos inalienables, como el derecho a la vida y a la propiedad (“No mataras, No robaras”)⁵¹⁰.

Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento.

El documento que más tarde pasaría a ser la Declaración Universal de Derechos Humanos, se examinó en el primer período de sesiones de la Asamblea General, en 1946. La Asamblea revisó ese proyecto de declaración sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales y lo transmitió al Consejo Económico y Social para que lo sometiera al análisis de la Comisión de Derechos Humanos y que ésta pudiera preparar una carta internacional de derechos humanos. La Comisión, en su primer período de sesiones, celebrado a principios de 1947, autorizó a sus miembros a formular lo que denominó un anteproyecto de Carta Internacional de Derechos Humanos. Posteriormente, esta labor fue asumida oficialmente por un Comité de Redacción integrado por miembros de la Comisión procedentes de ocho Estados, que fueron elegidos teniendo debidamente en cuenta la distribución geográfica.

⁵¹⁰ *Ibídem.*

“Uno de los principales logros de las Naciones Unidas poco después de su fundación fue la declaración universal de los derechos humanos, aprobada por la asamblea general de las naciones unidas el 10 de diciembre de 1948. Este valioso instrumento sigue ejerciendo una influencia considerable en las vidas de las personas de todo el mundo. Por primera vez en la historia un documento considerado de valor universal era aprobado por una organización internacional. También por primera vez se enunciaban detalladamente los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En la declaración se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana y que esa dignidad está vinculada al reconocimiento de los derechos fundamentales a los que todo ser humano aspira”⁵¹¹.

Eleanor Roosevelt quien fue una defensora y activista de los derechos humanos, esposa del presidente de los Estados Unidos Franklin Roosevelt, y quien participo y presidio la comisión de derechos humanos de la ONU, se preguntaba a través de un discurso con motivo al décimo aniversario de la declaración universal de derechos humanos, lo siguiente:

“En definitiva ¿Dónde empiezan los derechos humanos universales? Pues en pequeños lugares, cerca de nosotros; en lugares tan próximos y tan pequeños que no aparecen en los mapas. Pero esos son los lugares que conforman el mundo del individuo: el barrio en que vive; la escuela o la universidad en que estudia; la fábrica, el campo o la oficina en que trabaja. Esos son los lugares en los que cada hombre, mujer y niño busca ser igual ante la ley, en las oportunidades, en la dignidad sin discriminación. Si esos derechos no significan nada en esos lugares tampoco significan nada en ninguna otra parte. Sin una acción decidida de los

⁵¹¹ Publicación de las Naciones Unidas. ABC, La Enseñanza de los Derechos Humanos. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.

ciudadanos para defender esos derechos a su alrededor, no se harán progresos en el resto del mundo”⁵¹²

a.- Vulneración a los derechos humanos.

La vulneración a los derechos humanos es más frecuente cada día en nuestras sociedades, pues como quiera que nuestra sociedad ha cambiado, que los valores y principios ya no son respetados como tal vez fue años atrás, las personas son más insensibles respecto de la observancia de las normas mínimas que imponen el derecho de vivir en sociedad, desconociendo la importancia de tratar a los demás como personas, haciéndoles sentir que son parte de la sociedad sin importar sus condiciones. Entre las formas más comunes de violar los derechos humanos tenemos: la discriminación en cualquiera de sus expresiones, el trato cruel, inhumano o degradante, las humillaciones, las violaciones sexuales, privaciones injustas, etc. Ante esta situación, defensores de los derechos humanos están de acuerdo en que tras sesenta años después de su publicación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es todavía más un sueño que una realidad. Existen violaciones de estos derechos en todas partes del mundo. Por ejemplo, en el Informe Mundial de 2009 de Amnistía Internacional y de otras fuentes muestra que a los individuos; se les tortura o se abusa de ellos en 81 países por lo menos, enfrentan juicios injustos en por lo menos 54 países, se les restringen sus libertades de expresión en por lo menos 77 países, no sólo eso, sino que a mujeres y niños en particular se les margina de numerosas maneras, la prensa no es libre en muchos países y se calla a los disidentes, con demasiada frecuencia en forma permanente. Aunque se han logrado algunas ganancias en las últimas seis décadas, las violaciones de los derechos humanos siguen azotando a nuestro mundo actual.

⁵¹² Roosevelt, Eleanor. En Nuestras Manos. Discurso pronunciado con ocasión del décimo aniversario de la declaración universal de derechos humanos. 1958

b.- EL RACISMO Y DISCRIMINACION RACIAL.

Para efectos de llegar a una determinada conclusión respecto de las distintas formas de violación a los Derechos humanos, es menester mencionar conceptos de diferentes autores y así finalizar con una definición propia.

“Racismo tiene que ver con valorizar a las personas por las características de su cuerpo, no solo por el color de su piel. No solo se expresa en discriminación, maltrato, rechazo y oprobio hacia otras personas, sino también está presente en el esteticismo o valoración estética de las personas”⁵¹³. La Real Academia Española define el racismo como:

“1. m. Exacerbación del sentido racial de un grupo étnico, especialmente cuando convive con otro u otros.

2. m. Doctrina antropológica o política basada en este sentimiento y que en ocasiones ha motivado la persecución de un grupo étnico considerado como inferior”⁵¹⁴.

“El racismo es una forma de discriminación centrada en diferencias biológicas, reales o imaginarias, que se hacen extensivas a signos o indicadores culturales o religiosos. Constituye una ideología que apeló a la biología para establecer relaciones jerarquizadas de desigualdad entre grupos humanos”⁵¹⁵.

“El racismo consiste en cualquier teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas que enuncian un vínculo causal entre las características fenotípicas o genotípicas

⁵¹³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Módulo Pedagógico para la Transversalidad de los enfoques de género, derechos humanos y diversidad en el iii ciclo de la educación básica pública. Producción editorial-servicios especiales del IIDH, San José. C.R. 2012

⁵¹⁴ Disponible en: [Http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=racismo](http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=racismo)

⁵¹⁵ Disponible en: [Http://inadi.gob.ar/promocion-y-desarrollo/publicaciones/documentos-tematicos/racismo-hacia-una-argentina-intercultural/que-es-el-racismo/](http://inadi.gob.ar/promocion-y-desarrollo/publicaciones/documentos-tematicos/racismo-hacia-una-argentina-intercultural/que-es-el-racismo/)

de individuos o grupos y sus rasgos intelectuales, culturales y de personalidad, incluido el falso concepto de la superioridad racial.

El racismo da lugar a desigualdades raciales, así como a la noción de que las relaciones discriminatorias entre grupos están moral y científicamente justificadas. Sin embargo, se ha señalado que hay múltiples formas en que el racismo es manifestado y reconocido como tal y, por ese motivo, es que se podría hablar de muchos “racismos” en plural”⁵¹⁶

Basándonos en las anteriores definiciones podemos establecer que el racismo es una creencia de superioridad que tiene una persona o grupo de personas con respecto a otras a las que consideran inferiores por motivos de raza, color o linaje, origen nacional o étnico.

En cuanto a la discriminación racial de conformidad con los estatutos establecidos en 1948 por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, podemos definir la discriminación racial como cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. El artículo 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos preceptúa que: “Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra el racismo, la

⁵¹⁶ Segato. Rita Laura. Racismo, Discriminación y Acciones Afirmativas: Herramientas Conceptuales. Universidad de Brasilia, Brasilia. 2006

discriminación racial y formas conexas de intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada”⁵¹⁷.

Dentro de este marco de intolerancia y discriminación racial consideramos conveniente tratar dos casos relevantes al tema en mención, en la medida en que se vulneraron derechos humanos de los accionantes. El primer caso se presentó en la jurisdicción interna, mientras que el segundo caso correspondió a la jurisdicción internacional.

c.- CASO Liliana Cuéllar Sinisterra vs. Establecimientos comerciales la Carbonera LTDA y la Discoteca QKA-YITO de Cartagena. Discriminación racial.

“Los fundamentos fácticos objeto de litigio dentro de esta sentencia se resumen a continuación:

La señora Liliana Cuéllar Siniestra, interpone acción de tutela contra los establecimientos comerciales La Carbonera Ltda. Y la discoteca Qka-Yito, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana y la honra.

Manifiesta que es natural de la ciudad de Cali-Valle, de tez morena, profesional en contaduría y actualmente se encuentra vinculada en la Empresa Multinacional de Finanzas Deloitte, desempeñando el cargo de Coordinadora Regional en Centroamérica y el Caribe, con sede en Houston – Texas (Estados Unidos). Agrega que, la Multinacional envió una comisión laboral a nuestro país, con el objeto de realizar un análisis financiero de la empresa estatal Ecopetrol.

⁵¹⁷ La Convención Interamericana Contra el Racismo, La discriminación racial y Formas Conexas de Intolerancia (A-68), en su Artículo 2do ha previsto el Derecho fundamental que tiene toda persona a ser protegida contra cualquier forma del racismo. Fuente: C.I.R.D.R.Y C.I. 2.013.

Una vez terminada la comisión, se dedicó a enseñarles a sus compañeros de trabajo (extranjeros) la belleza histórica y cultural de la ciudad de Cartagena. El 2 de julio de 2005, se desplazaron a la calle Arsenal, ubicada en el centro de la ciudad, donde se encuentran las diferentes discotecas de la ciudad. Señala que, cerca de las diez de la noche (10:00 P.M.), se dirigieron a la discoteca La Carbonera y, el guardia de seguridad les negó el acceso, informándoles: “que para poder entrar, tenían que tener una reservación y que, además la discoteca se encontraba llena”. Luego se dirigieron a la discoteca Qka-yito, donde, con el mismo argumento utilizado en La Carbonera tampoco les fue permitida la entrada.

Luego, nuevamente se dirigieron a la discoteca La Carbonera, para ver si al ser más tarde, era posible el ingreso, pero ante su insistencia, el portero les “confesó”: “Aquí los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero”. La vergüenza frente a sus colegas, y sentirse discriminada en su propio país por el hecho de ser de raza negra, vulnera abiertamente los principios propios de la Constitución Política y los derechos fundamentales allí consagrados.

Ante esta situación tan incómoda para la ciudadana, la señora Liliana Cuéllar Sinisterra solicita la protección de sus derechos de igualdad y honra, por cuanto considera que los actos de dichos establecimientos de comercio, comportan un trato discriminatorio al no permitirle el ingreso, por ser una persona de tez negra. En consecuencia solicita la protección de sus derechos fundamentales.

- **¿Cómo se defendieron los accionados?**

Dentro del presente caso de discriminación racial, la Carbonera Ltda., mediante su representante legal, afirma que la entidad en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental alguno a la señora Liliana Cuéllar Sinisterra.

Sostiene el representante legal, que no es cierto que se tengan criterios de tipo étnico o religioso, para limitar la entrada al establecimiento, la razón por la cual no pudo ingresar al lugar se debe a circunstancias diferentes. Aclara que, por el puente vacacional de mitad de año, el turismo se incrementa un 100%, y la capacidad de la discoteca había llegado a su tope, resalta que por razones de seguridad, cuando se llega al máximo de capacidad, no se permite la entrada de ninguna persona, sin importar si son blancas, negras, mestizas, altos, bajos, gordos o flacos. Agrega que, nunca se ha prohibido el ingreso de personas debido a su raza o cultura.

También hace referencia que no existe record de las personas que ingresan o aquellas que no a la discoteca, razón por la cual no hay medio para comprobar que la señora Liliana Cuéllar Sinisterra, pretendió ese día ingresar y no pudo, debido a los parámetros establecidos, “según ella” por los dueños del establecimiento.

Por su parte, Discoteca Qka-Yito mediante su representante legal de la discoteca Qka-yito entidad demandada, afirmo que el establecimiento es público, razón por la cual ingresan personas cuyos nombres se desconocen, por lo anterior no se puede saber si la mencionada señora Liliana Cuéllar Sinisterra, asistió a la discoteca o no.

Por otro lado, comunicó que a los empleados únicamente se les sugiere se impida el ingreso a personal que no reúna las condiciones frente a su vestuario, calzado, y que las personas que ingresen lo hagan en óptimas condiciones, pues con ello se garantiza un ambiente confortable para quienes van a divertirse. Aclara que, son respetuosos con la Constitución y las Leyes, por ello no es dable adelantar prácticas discriminatorias como la que sugiere la señora Liliana Cuéllar Sinisterra.

- **Sentido del fallo de primera instancia.**

En primera instancia, el Juzgado Trece Civil Municipal de Cartagena de Indias, denegó la tutela solicitada, al considerar que si bien la accionante no tiene la carga probatoria de acreditar la existencia de la discriminación, sí debe por lo menos demostrar la ocurrencia de los hechos, en el caso en estudio la señora Liliana Cuéllar simplemente indicó el día y la hora sin existir una constancia real de los hechos.

Por otra parte, del testimonio del portero de la discoteca, se muestra que existe un control del ingreso de personas a la discoteca que en principio se ajusta a derecho, como a las personas que pretendan entrar en “chanclas o pantalonetas” no se les permite la entrada, sin que exista directriz alguna que impida el acceso de personas por su raza o color de piel, por lo que tales limitaciones no resultan contrarias a la Constitución, razón por la cual consideró impropia la acción.

No obstante lo anterior, consideró que el hecho de otorgar carnet a determinadas personas, sí puede ser en cierta forma una discriminación, por cuanto el hecho de permitir el ingreso de unas personas y de otras no, dependiendo si cuentan con el carnet, evidencia un trato diferencial injustificado, teniendo en cuenta que se trata de un establecimiento público abierto a la clientela en general, por lo que ordenó a la citada accionada no seguir otorgando privilegios a sus clientes con carnet.

- **Sentido del fallo de Segunda instancia.**

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena de Indias, revocó el fallo del a quo, al considerar este despacho que fue desafortunada su apreciación, al estimar que no existió vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante, con fundamento en la debilidad probatoria del día y la hora en que

quiso ingresar a los establecimientos, sin tener en cuenta los verdaderos hechos que dieron origen a este trámite.

Este despacho no comparte, que el A-quo le haya dado prelación al testimonio de Guido Arellano (portero de la discoteca), quien expresó los parámetros para la restricción de la entrada a las personas, encontrándolos ajustados a derecho, señalando que entre ellos no se incluye la discriminación de personas por razones de tipo racial, el cual está en una relación de subordinación con la discoteca La Carbonera, y le restó importancia a lo manifestado por la actora que es colombiana natural de Cali- Valle, de tez negra, a quien le fueron vulnerados sus derechos al prohibirle el ingreso a la discoteca por su color de tez, sin tener en cuenta los antecedentes de los establecimientos accionados respecto al trato discriminatorio frente a las personas de color.

- **Consideraciones de la Corte Constitucional frente al caso concreto.**

En este caso en particular, la honorable corte constitucional de Colombia ha dicho en varias oportunidades que cualquier juicio de diferenciación, para que sea legítimo, debe ser compatible con los valores de la Carta y que, en todo caso, no puede ser contrario a los criterios del artículo 13 de la Constitución “ 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 ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.(...)”. Como nos podemos dar cuenta, este artículo rechaza cualquier trato excluyente o diferenciador que no tenga estricta justificación en sus postulados, que fueron inspirados por obligaciones y normas definidas internacionalmente.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define discriminar como “Seleccionar excluyendo, Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”. Tal acción comporta entonces la diferenciación que se efectúa respecto de ciertos sujetos o grupos de personas con base en un rasgo distintivo particular gobernado por el prejuicio. Este vocablo, en su acepción negativa, involucra el rechazo, la supresión, la expulsión o la censura cotidiana, a través de diferentes estrategias, negando o impidiendo ilegítimamente o a partir de un paradigma errado, la inclusión, ejercicio o subsistencia de determinadas prácticas sociales.

En el caso que nos ocupa, para la corte constitucional es claro que la conducta desplegada por los establecimientos comerciales La Carbonera Ltda. y Qka-Yito, es contraria al principio de no discriminación. En consecuencia, la Corte coincide con la decisión tomada por la segunda instancia, en donde se encontró vulnerado el derecho a la igualdad, y por tanto, procederá a confirmarla teniendo en cuenta que los actos de las discotecas mencionadas también vulneran los derechos a la dignidad humana de Liliana Cuéllar Sinisterra. Por estas razones, la corte constitucional decidió CONFIRMAR, la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, que revocó la sentencia del Juzgado Trece Civil Municipal de la misma ciudad, y que concedió la acción de tutela presentada por Liliana Cuéllar Sinisterra contra los establecimientos de comercio “La Carbonera LTDA” y “QKA-YITO” por la vulneración del derecho a la igualdad y la dignidad humana. En consecuencia, tutelo los derechos fundamentales a la igualdad y la dignidad humana. Asimismo, previno a los representantes legales de las discotecas “La Carbonera LTDA” y “QKA-YITO” que en el futuro se abstengan de impedir el ingreso de cualquier persona a esos establecimientos en razón a su raza”⁵¹⁸.

⁵¹⁸ Honorable Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 131-2006.M.P. Dr. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. www.corteconstitucional.gov.co

**d.- CASO SIMONE ANDRÉ DINIZ vs. APARECIDA GISELE MOTA DA SILVA.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

“Los hechos que fundamentan esta sentencia son los siguientes:

El 2 de marzo de 1997, la Sra. Aparecida Giselle Mota da Silva, hizo publicar, en la sección de Clasificados del periódico A Folha de São Paulo, el siguiente anuncio: “Se precisa empleada doméstica con cama, con experiencia, para tareas de rutina y cuidado de niños, con documentación y referencias; de preferencia blanca, sin hijos, soltera y mayor de 21 años. Giselle.”

La Sra. Simone André Diniz, de tez negra, para presentarse a la vacante anunciada, llamó al teléfono que se indicaba en el anuncio, habiendo sido atendida por una colega de trabajo de Aparecida Giselle Mota da Silva, de nombre María Tereza, que le preguntó cuál era el color de su piel. Al responder que era negra, la Sra. Simone André Diniz fue informada de que no llenaba los requisitos que exigía el cargo.

La Sra. Simone André Diniz, al sentirse víctima de racismo por el color de su piel, denunció el hecho ante la Comisaría de Investigaciones de Delitos Raciales el día 2 de marzo de 1997.

La indagatoria policial fue iniciada con el número 10.541/97-4, para determinar si había habido práctica de delito de racismo, conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 7716/89 que dispone: “practicar, inducir o incitar, por medio de la comunicación social o por publicación de cualquier naturaleza, la discriminación o el prejuicio de raza, color, etnia, religión u origen nacional. Pena: reclusión de 2 a 5 años y multa.”

En la indagatoria policial se escuchó a Simone André Diniz declarar que había tomado conocimiento del anuncio cuando buscaba empleo en los clasificados del periódico “A Folha de São Paulo” y habiendo llamado por teléfono al número indicado, fue rechazada para el trabajo en razón de ser negra, conforme al tenor de la declaración que se transcribe a continuación:

“Debidamente intimada, la víctima declara a fojas 06, que buscaba empleo cuando una amiga suya encontró el anuncio –fojas 04 de autos- demostrando indignación. Que llamó por teléfono al número anunciado, oportunidad en que le solicitaron que informara sobre el color de su piel. Que al responder ser negra, tuvo como respuesta que no llenaba los requisitos para el cargo”.

- **Análisis de la responsabilidad internacional del estado por el acto practicado.**

En el caso presente de discriminación racial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en primer lugar sobre la responsabilidad internacional del Estado en relación con los hechos aquí analizados.

En la jurisdicción internacional, las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Fundada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso presente, la Comisión tiene atribuciones, no para investigar y sancionar la conducta individual entre particulares, pero sí para establecer la responsabilidad internacional del Estado en razón de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana.

Como lo subrayó la propia Corte que el derecho internacional de derechos humanos tiene por finalidad proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente ante el Estado y ante todos los que actúen en su nombre. Es principio básico del derecho internacional de derechos humanos que todo Estado es internacionalmente responsable de cualquier acto u omisión de alguno de sus poderes u órganos en violación de derechos internacionalmente consagrados.

En una relación entre particulares, es preciso tener en cuenta que existe una obligación de respetar los derechos humanos entre particulares. La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, viene explicando la aplicación de los efectos de la Convención Americana en relación con terceros (*erga omnes*) señalando que:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención Americana de Derechos humanos.

La Corte también dejó en claro que esa obligación de respetar y garantizar los derechos humanos ante terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre

particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar porque en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.

Por lo tanto, aunque el presente caso trate de una relación entre particulares – concretamente, entre Simone André Diniz y Aparecida Giselle Mota da Silva- el Estado tenía la obligación de velar porque en esa relación se respetasen los derechos humanos de las partes a fin de prevenir que ocurra una violación y, en la eventualidad de haberla, debía procurar diligentemente investigar, procesar y sancionar al violador en los términos requeridos por la Convención Americana de Derechos humanos.

- **Racismo Institucional.**

La Comisión sabe que el racismo institucional es un obstáculo a la aplicabilidad de la ley antirracismo en el Brasil. “De la prueba testimonial, pasando por la indagatoria policial a la decisión de la justicia, existe prejuicio contra el negro. Los tres niveles son incapaces de reconocer el racismo contra el negro”.

Según informaron los peticionarios, este tratamiento desigual que se da a los delitos raciales en el país, sea en la etapa de investigación, sea en la judicial, refleja la distinción con que los funcionarios judiciales y policiales tratan las denuncias de casos de discriminación racial, pues la mayoría de las veces en que reciben estas denuncias alegan ausencia de tipificación del delito y dificultad para probar la intencionalidad discriminatoria, toda vez que el perpetrador niega que quiso discriminar a la víctima, como factores para no procesar la denuncia. En el presente caso, se pretende también minimizar la actitud del agresor, haciendo parecer que todo no pasó de un malentendido. Pocos o rarísimos casos son denunciados, y, entre estos, la mayoría queda detenida en la comisaría, donde los funcionarios policiales minimizan la acción del acusado, entendiendo el caso como

simple broma o malentendido. De las denuncias que llegan a pasar a la etapa de investigación, muchas son caracterizadas como un mero insulto.

- **Violación del derecho de Simone André Diniz a la igualdad y a la no discriminación.**

La Comisión ya determinó que toda víctima de violación de los derechos humanos debe tener garantizada una investigación diligente e imparcial y, existiendo indicios de autoría del delito, el inicio de la acción pertinente para que el juez competente, en el marco de un proceso justo, determine si ha habido o no delito, como ocurre con todo delito que se lleva a examen de la autoridad pública.

Al no ocurrir eso con las denuncias de discriminación racial formuladas por personas afro descendiente, el Estado viola flagrantemente el principio de igualdad consagrado en la Declaración y Convención Americanas, al que se obligó a respetar, y que determinan que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a la igual protección de la ley.

En primer lugar, la Comisión entiende que excluir a una persona del acceso al mercado de trabajo por su raza constituye un acto de discriminación racial. Al respecto, la Comisión toma nota de que el artículo 1 de la ICERD dispone que “la expresión discriminación racial apunta a alguna distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la raza, el color, la ascendencia en el origen nacional o étnico, que tenga como objetivo o como efecto destruir o comprometer el reconocimiento, el goce o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales en los campos político, económico, social y cultural o en cualquier otro campo de la vida pública.

En el caso concreto de Simone André Diniz, existía un anuncio publicitario que la excluía, por su condición racial, de un trabajo. Al presentar la denuncia, las autoridades judiciales procedieron a su archivo, a pesar de que la propia autora confirmó su publicación.

Del análisis de los hechos aquí denunciados, se deriva la inaplicabilidad de la Ley 7716/89 en razón de la denegación de recurso efectivo para llevar a la apreciación del Poder Judicial la lesión del derecho a no ser discriminado. La Corte señaló reiteradamente que no brindar al lesionado el derecho de acceso a la justicia conculca las disposiciones convencionales. Por lo anterior, la Comisión entiende que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 en conjunción con el artículo 1(1) de la Convención Americana, en perjuicio de Simone André Diniz por no haber iniciado la acción penal pertinente para determinar la denuncia de discriminación racial sufrida por ésta. Sobre la base del análisis y las conclusiones del presente informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera al Estado las siguientes recomendaciones:

1. Reparar plenamente a la víctima Simone André Diniz, considerando tanto el aspecto moral como el aspecto material, por las violaciones de los derechos humanos.
2. Reconocer públicamente la responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de Simone André Diniz.
3. Conceder apoyo financiero a la víctima para que pueda iniciar y concluir un curso superior.

2. Establecer un valor pecuniario que se pagará a la víctima a título de indemnización por daños morales⁵¹⁹.

- **Formas conexas de intolerancia.**

“Las formas conexas de intolerancia encuentran su fundamento legal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Dentro de estos instrumentos internacionales, se establecen las normas jurídicas tanto del Derecho interno como del Derecho internacional que regulan el comportamiento que deben adoptar los organismos internacionales para contrarrestar toda clase de discriminación y violación contra los derechos humanos, en especial las medidas que se deben tomar para proteger a todos los individuos de la discriminación racial. Entre esos artículos podemos citar el artículo 2do de la convención Interamericana de Derechos humanos.

En este mismo contexto, se define jurídicamente las formas conexas de intolerancia, precisando que Intolerancia es el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias.

Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o

⁵¹⁹ Caso de SIMONE ANDRÉ DINIZ vs. APARECIDA GISELE MOTA DA SILVA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_infinteresante/informe%20n%2066-06.htm

como violencia contra ellos”⁵²⁰. De la anterior definición, podemos concluir que la intolerancia se manifiesta de forma muy clara, pues los comportamientos anormales de la personas frente aquellas que por su situación socioeconómica, política, religiosa, su raza, su sexo, estirpe, son en algo diferentes de los demás. Se trata entonces de comprender, aceptar y respetar a los demás sin importar sus condiciones de cualquier índole esta es la principal idea que nos transmite la Convención Interamericana de Derechos humanos y las distintas formas conexas de intolerancia.

2.- Conclusiones.

El derecho fundamental a la igualdad que le asiste a toda persona humana puede verse conculcado de múltiples formas; la intolerancia, la discriminación racial, la privación injusta de la libertad individual, el despido laboral o prohibición al mercado laboral por las condiciones de raza de una persona, no solo es protegido por el ordenamiento jurídico interno, en este caso por el sistema jurídico Colombiano, sino que afortunadamente contamos con instrumentos internacionales para su efectiva protección como es el sistema interamericano de derechos humanos que tienen como misión principal promover y velar por los derechos humanos, redactar informes y hacer recomendaciones a través de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos (CIDH) a los estados que hagan parte de la OEA que hayan ratificado la convención americana de derechos humanos y que hayan reconocido y aceptado la competencia contenciosa de la CorteIDH. De igual forma la comisión dictara medidas cautelares para evitar daños o perjuicios irreparables que conlleven a violaciones de los derechos humanos.

⁵²⁰ Instituto Interamericano de Derecho humanos. La igualdad de los modernos. Reflexiones acerca de la realización de los Derechos sociales, económicos y culturales en América Latina. San José de Costa Rica, IIDH/CEPAL, 1997. http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_infinteresante/informe%20n%2066-06.htm.

Se concluye finalmente que la discriminación racial no es más que esa conducta que en entraña una distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de cualquier persona humana. No existe razón justificada para discriminar a las demás personas por razones de su color de piel, pues en virtud del Derecho fundamentalísimo de la igualdad, todos somos personas valiosas por el solo hecho de serlo.

3.- Bibliografía.

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

MOLINA, Gerardo. DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTACION, OBLIGATORIEDAD Y CUMPLIMIENTO. Bogotá. Panamericana Formas e Impresos S.A, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio. SOBRE LOS VALORES FUNDAMENTALES DE LOS DERECHOS HUMANOS. Guatemala. Arte Nativas, 2003, p. 37

PUBLICACION DE LAS NACIONES UNIDAS. ABC LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004

PAPACCHINI, Ángelo. FILOSOFÍA Y DERECHOS HUMANOS. Cali, Colombia, Universidad Del Valle Programa Editorial. 2003.

ROOSEVELT, Eleanor. EN NUESTRAS MANOS. Discurso pronunciado con ocasión del décimo aniversario de la declaración universal de derechos humanos. 1958.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. MODULO PEDAGOGICO PARA LA TRANSVERSALIDAD DE LOS ENFOQUES DE GÉNERO, DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD EN EL III CICLO DE LA EDUCACION BASICA PÚBLICA. Producción editorial-servicios especiales del IIDH, San José. C.R. 2012

<http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=racismo>

<http://inadi.gob.ar/promocion-y-desarrollo/publicaciones/documentos-tematicos/racismo-hacia-una-argentina-intercultural/que-es-el-racismo/>

SEGATO. Rita Laura. RACISMO, DISCRIMINACION Y ACCIONES AFIRMATIVAS: HERRAMIENTAS CONCEPTUALES. Universidad de Brasilia, Brasilia. 2006.

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA (A-68), en su Artículo 2do ha previsto el Derecho fundamental que tiene toda persona a ser protegida contra cualquier forma del racismo. Fuente: C.I.R.D.R.Y C.I. 2.013.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, CERD, de las Naciones Unidas. Asamblea General de la ONU. 1969.

Honorable Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 131-2006.M.P. Dr. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. www.corteconstitucional.gov.co

Caso de SIMONE ANDRÉ DINIZ vs. APARECIDA GISELE MOTA DA SILVA. Comisión Interamericana de Derechos http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_infinteresante/informe%20n%2066-06.htm

Instituto Interamericano de Derecho humanos. La igualdad de los modernos. Reflexiones acerca de la realización de los Derechos sociales, económicos y culturales en América Latina. San José de Costa Rica, IIDH/CEPAL, 1997. http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_infinteresante/informe%20n%2066-06.htm.

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L' HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



UNIVERSIDAD LIBRE

**UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA.
PROGRAMA DE DERECHO.
CENTRO DE INVESTIGACIONES.
CARTAGENA DE INDIAS.
2015.**