

Autoridad moral

La pretendida reforma a la Administración de Justicia y los Derechos Humanos

“Si su propia vida respondiera a la severidad de sus procedimientos, estaría bien, pero si, por casualidad, él fallara, se sentenciaría a sí mismo...

Vergüenza para aquéllos que con crueldad golpean las faltas que ellos mismos cometieran”.

SHAKESPEARE.

“Cuando el gran Camino está en decadencia, aparece la humanidad y la justicia...

Cuando el Estado y la dinastía caen en el desorden, aparecen los vasallos honestos”.

LAO-TZU.

En el mundo que hemos creado y habitamos, los Estados asumen tener la facultad de poder imponer normas y establecer líneas de conducta que los habitantes—por azar—sometidos a su jurisdicción son obligados a acatar. Así, seres vivientes se ven compelidos a respetar las decisiones de las autoridades estatales, so pena de (poder) ser objeto de sanciones o nocivas consecuencias que tales organizaciones han creado.

Como justificación de lo anterior, es frecuente escuchar que las normas jurídicas destinadas a regular la actividad humana son

necesarias con tal de que exista una sana convivencia social, donde la anarquía y el caos sean tan sólo especulaciones.

Pero... ¿cumple el derecho siempre tal propósito?

Los agentes estatales suelen pasar por alto, pese a sus solemnes declaraciones y manifestaciones en defensa del respeto al derecho, que ellos mismos se encuentran sujetos a obligaciones.

Y es que, precisamente, los Estados son sujetos de derecho en la sociedad internacional. Como tales, se ven obligados a respetar y cumplir sus obligaciones internacionales, pues, por un lado, aquéllas los vinculan jurídicamente y, por otro, los discursos sobre la necesidad de respetar las normas les son tan predicables—en el marco del derecho internacional— como ellos pretenden les sean a sus propios habitantes—en el marco del derecho interno—.

Lo anterior cobra aún mayor importancia cuando las obligaciones internacionales pertenecen al campo del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH), cuyo objeto es precisamente la protección de los derechos esenciales a los seres humanos frente a los diversos Estados.

En pocas palabras, si el Estado predica la obligatoriedad de sus normas jurídicas

para los individuos sujetos a su jurisdicción, debe recordar que él igualmente se encuentra vinculado a normas internacionales... y es que si lo ignora, ¿con qué autoridad moral va a exigir que los particulares respeten su derecho?, con lo cual ingresamos, quizá, en el discurso de la desobediencia civil pregonado por THOREAU.

Las anteriores líneas me sirven como preludeo para tratar el tema del que me propongo hablar en este escrito: ¿la propuesta de Reforma a la Administración de Justicia por Acto Legislativo respetaría, de ser incorporada en el ordenamiento interno colombiano, las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos que Colombia debe respetar?

A continuación expondré los lineamientos convencionales y jurisprudenciales según los cuales la contradicción entre el derecho interno y el derecho internacional generan responsabilidad internacional para un Estado determinado, para posteriormente establecer si algunas de las propuestas de reforma a la administración de justicia contrarían el DIDH.

I. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LA ADOPCIÓN DE NORMAS DE DERECHO INTERNO QUE CONTRARÍEN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el estado actual de evolución del derecho de los Tratados –aún insuficiente¹, considerando la necesidad de establecer mínimos de respeto a la humanidad que toda organización política debe observar–, los Estados, en ejercicio de su soberanía, deciden si desean vincularse o no a determinado instrumento internacional². Una vez hayan adoptado tal decisión y se conviertan en Partes contratantes de determinado tratado, se ven obligados a respetar sus disposiciones. Consecuencia de lo anterior es el que, en caso de

violar tales disposiciones, los Estados incurran en responsabilidad internacional.

Ahora bien, al derecho internacional le es indiferente el que los actos estatales que violen las obligaciones que emanan de los tratados sean acordes o no al derecho interno³, por lo cual no pueden los Estados invocar tales normas para excusarse frente a un incumplimiento de los tratados de los que son Parte⁴.

Ligado a lo anterior encontramos que la jurisprudencia de las Cortes Internacionales ha establecido que, precisamente, la adopción (o no adopción) de determinadas normas internas puede generar responsabilidad internacional⁵. Esto se fundamenta en el criterio según el cual el Estado compromete su responsabilidad por los actos u omisiones de sus agentes, independientemente del órgano o rama del poder a que pertenezcan y de su jerarquía⁶; por lo tanto, las normas internas –de cualquier rango– son consideradas por el derecho internacional como simples actos estatales⁷, lo que permite que los órganos de control establecidos por los tratados internacionales realicen una comparación a fin de determinar si las aludidas normas se adecuan o no a los preceptos del Tratado cuyo respeto es estudiado.

De lo dicho se desprende que la adopción de normas constitucionales puede implicar un desconocimiento de los compromisos internacionales a que se ha sometido determinado ente político, bien sea que tal adopción se realice por medio de referendo, acto legislativo, o cualquier otro procedimiento que el derecho constitucional tenga a bien crear.

Establecido lo anterior, procederé a estudiar si las posibles consecuencias del frenesí reformista que vive –¿padece?– actualmente el pueblo colombiano son respetuosas de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos *voluntariamente* –lo que

se debe al actual estado de cosas del DIDH— asumidos por Colombia, o si por el contrario los contrarían y podrían, por tanto, generar el surgimiento de responsabilidad jurídica imputable a tal Estado.

Aprovecho esta oportunidad para hacer una pequeña aclaración, sobre el por qué efectuaré el análisis del Proyecto de reforma a la administración de justicia a la luz de los derechos humanos garantizados por los instrumentos internacionales de los que Colombia es parte y por qué no realizaré un estudio de los posibles efectos frente a los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados. La respuesta es muy sencilla: a más de lo expuesto hasta ahora, al ser la Constitución *un todo* donde tanto la parte dogmática como la orgánica (lamentablemente) tienen un mismo valor normativo (si bien la segunda debe interpretarse considerando la parte dogmática), las reformas que eventualmente violen derechos fundamentales seguirán siendo *jurídicamente* —que no ética o políticamente, a mi parecer— legítimas y válidas, dada la necesidad de efectuar un análisis sistemático de las —posiblemente futuras— normas constitucionales, en relación con todos los demás preceptos de la Constitución. En cambio, el DIDH *obliga* a los Estados a acatar en sus normas internas sus disposiciones. En otras palabras, no es *inconstitucional* una norma *de la Constitución* que contraríe otra norma *constitucional*, el ejercicio aquí consiste en emplear los métodos de solución *interpretativos* de antinomias. *Contrario sensu*, una norma *constitucional* que transgreda determinada *Convención* deviene en ilegítima a la luz del derecho internacional, y acarrea el *deber* del Estado que la haya adoptado en eliminarla de su ordenamiento jurídico. Un ejemplo de lo anterior, a mi parecer, lo constituye el que, pese a reconocerse en la Constitución la libertad de

conciencia (art. 18), donde incluso se dice —bellamente en las letras— que nadie será obligado «a actuar en contra de su conciencia», muchos son los obligados a portar armas y balas, pese a estar íntimamente —y de manera justificada— en contra de las instituciones bélicas, situación esta, a mi parecer, incomprensible y muy criticable.

II. NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS VULNERADAS POR EL PROYECTO DE REFORMA A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LO CONCERNIENTE A LA ACCIÓN DE TUTELA

En este acápite expondré algunas de las propuestas de reforma constitucional que considero desconocen los compromisos internacionales de Colombia. Tendré en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, habiendo sido ambos instrumentos ratificados por parte del Estado colombiano; por esto, tales tratados lo vinculan internacionalmente.

Sin lugar a dudas, es la subsistencia de la acción tutela tal como la conocemos actualmente uno de los temas más polémicos por estos días. ¿Debe eliminarse? ¿Es la panacea? ¿Deben atenuarse sus efectos, o bien debe ser limitada de una u otra manera? Preguntas de este estilo se escuchan tanto educadamente como con pasión, fervor e inquina por diversos personajes que protagonizan en los medios de comunicación.

Pero, dejando por un momento la acalorada y apasionada discusión a personas igual de acaloradas y apasionadas, es necesario realizar un análisis estrictamente jurídico de ciertas modificaciones que se pretende dar a la garantía analizada.

Considero que los puntos álgidos de la propuesta de reforma, en este punto, se

derivan del artículo 3.º del Proyecto a que hemos venido haciendo referencia, siendo aquellos los siguientes:

- En primer lugar, según tal artículo, la acción de tutela podrá interponerse «cuando quiera que [los derechos fundamentales] resulten vulnerados o amenazados *por acción u omisión de carácter administrativo* [...] A través de la tutela no podrán los jueces imponer a las autoridades públicas obligaciones [...] *que supongan alterar las leyes, ordenanzas o acuerdos del Plan de Desarrollo o del Presupuesto Nacional, Departamental o Territorial* [...] La acción de tutela *no procede contra decisiones y actuaciones judiciales*, pero los respectivos procedimientos deben incluir mecanismos especiales para la protección de los derechos constitucionales fundamentales ante el superior jerárquico» (subrayados fuera de texto).

- Tal como dijo la Corte Constitucional en su comunicado de prensa de julio 30 de 2003, el proyecto «prohíbe la presentación de acciones de tutela para proteger el derecho a la salud, los derechos de los niños, de los adolescentes, el derecho a la educación, los derechos de los discapacitados, de las madres cabeza de familia y mujeres embarazadas, y muchos otros sectores sociales. Además, excluye la acción de tutela para proteger derechos esenciales en un Estado democrático».

Tenemos entonces dos reformas significativas que podría sufrir la acción de tutela: su procedencia en caso de violaciones de índole *administrativa*, y la imposibilidad (aparente, tal como explicaré más adelante) de defender por medio de tal mecanismo judicial los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC). Analicemos cada una de las posibles implicaciones.

A. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Respecto al primer cambio que *sufriría* (y hago énfasis en tal palabra) la acción de tutela, es pertinente transcribir un aparte del artículo 86 vigente de la Constitución, donde se lee: «toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces [...] la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados *por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*» (subrayado nuestro).

Comparando la norma actual con la pretendida modificación, es evidente que la acción de tutela dejaría de permitir a los habitantes de Colombia defender sus derechos cuando éstos se vean amenazados o transgredidos por parte de *cualquier autoridad pública*, para dejar abierta la posibilidad de proteger tales derechos por esta acción sólo cuando la acción u omisión sea *de carácter administrativo*. Las (para mí oscuras) intenciones que deja entrever el proyecto son aún más claras si permitimos que los ojos bajen unas cuantas líneas y se encuentren con la *expresa* prohibición de que por medio de la tutela se protejan los derechos fundamentales que se encuentren amenazados por decisiones judiciales.

¿Qué podemos inferir del parangón entre la acción de tutela tal como es hoy en día y como sería en caso de que se acoja la –por algunos– buscada reforma? Que, sencillamente, la acción de tutela dejaría de proceder cuando se buscara proteger por su empleo los derechos fundamentales que resulten amenazados por la acción o inacción de cualquier autoridad pública.

Claro, se dirá, el Proyecto no dice que la acción de tutela defenderá los derechos amenazados por las *autoridades* administrativas sino por las *actuaciones* administrativas, actuaciones éstas que en determinados

momentos pueden cumplir los agentes de las ramas legislativa y judicial del poder público.

Tengo, sin embargo, un par de observaciones a la prácticamente ineludible réplica atrás expuesta. En primer lugar, la experiencia –y la doctrina– han demostrado que los derechos fundamentales pueden ser violados no sólo por actuaciones administrativas. También las leyes o las decisiones judiciales pueden afectar tales derechos. Así, encontraríamos que algunas personas cuyos derechos se viesan violados podrían invocar la acción de tutela; otros, por el simple hecho de que la violación fue cometida por una autoridad que ejercía funciones no administrativas, tendría como única opción la resignación, la cual tomaría mientras observa cómo su vecino afectado por un agente administrativo defiende sus derechos por medio de la tutela.

Por otra parte, el Proyecto es claro en establecer que la tutela no procede contra *actuaciones* o decisiones judiciales. ¿Qué quiere esto decir? Que ni siquiera cuando los jueces realicen trámites que no impliquen una toma de decisión en derecho será procedente la acción de tutela. Naturalmente, tales trámites pueden implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales. ¿Queda entonces desamparado el individuo en esta situación? Parece ser que los artífices del Proyecto piensan que tal individuo no se encontraría desamparado, pues se vería provisto de un mecanismo ante el superior jerárquico del juez violador para proteger sus derechos fundamentales.

No es tan acertado, sin embargo, el parecer de los artífices. Lo anterior lo digo puesto que pueden existir actuaciones judiciales que contraríen derechos fundamentales, que hayan sido realizadas por jueces que no tienen superior jerárquico. En tales eventos, sencillamente, al no cumplirse la condición expresada por la norma, el afectado se ve-

ría desprovisto de un mecanismo de protección de sus derechos.

Por otra parte, es posible que la violación a los derechos fundamentales vaya a subsistir aun con un recurso ante un superior. ¿Por qué? Son muchas las posibilidades –infinitas con el derecho y sus igualmente infinitas interpretaciones, lo cual, dicho sea de paso, deja serias dudas sobre su carácter “científico”–; puede que la violación se realice en virtud del cumplimiento por parte del juez de determinada norma de derecho interno que igualmente considere el superior ha de ser aplicada; puede que una decisión basada en un derecho –que no sé cómo merece tal nombre– “ordinario”, que no considere las normas constitucionales y por ello no las emplee al momento de tomar determinadas decisiones, sea considerada correcta por parte del superior jerárquico; puede que éstos desarrollen un planteamiento según el cual sólo en determinados casos excepcionales proceda tal protección; puede que el superior no resulte “subjétivamente” imparcial, por mil variantes. Pero, haciendo uso de la buena fe tan alabada en nuestro medio, encontramos lo siguiente: aún si no sucede lo anterior –y ojalá no suceda, y ojalá no se apruebe la reforma–, encontraríamos que los individuos cuyos derechos son violados por parte de las autoridades judiciales no tendrían la posibilidad de recurrir la decisión que define si protege o no sus derechos fundamentales en un caso determinado, posibilidad que sí tendrían aquellos cuyos derechos se vean afectados por *actuaciones administrativas*.

Ahora bien, ¿respeto el Proyecto en el punto ahora analizado las normas internacionales sobre derechos humanos? Considero que no, por los motivos que expresaré a continuación:

En primer lugar, la reforma desconocería el derecho a la igualdad ante la ley. Éste se encuentra regulado en el artículo 24 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”), donde se establece: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, *tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*».

El artículo mencionado garantiza a toda persona un tratamiento similar al que se le brinde a personas que se encuentren en una misma situación. La Corte Interamericana ha establecido que no contrarían tal disposición las diferencias de trato que se funden en consideraciones objetivas, razonables y que tengan como finalidad *el ejercicio* de los derechos humanos⁸.

Cuando un individuo ve sus derechos fundamentales violados por una autoridad judicial, tal persona se encuentra, *en esencia*, en la misma situación de hecho que alguien cuyos derechos fueron vulnerados por parte de una autoridad administrativa; esto, por cuanto ambos individuos fueron ultrajados en sus derechos por parte de personas que cumplían *funciones oficiales*.

Al brindársele a ambas personas diferentes instrumentos de protección de sus derechos afectados, de la manera como propone hacerlo el Proyecto, se establece una diferenciación que no es razonable ni se dirige a *garantizar* el ejercicio de los derechos humanos. Más aún, la distinción trae como consecuencia que la persona afectada por una actuación judicial se vea en una posición de desventaja por cuanto *su mecanismo de protección de los derechos fundamentales* tiene una sola instancia, mientras que el individuo provisto de la acción de tutela tiene, como regla general, la posibilidad de recurrir la decisión del juez de tutela. Lo anterior se desprende del texto del Proyecto, donde se dice que, «el fallo, que será de inmediato cumplimiento, *podrá impugnarse* salvo las excepciones que consagre la ley» (subrayado nuestro).

En síntesis, el mecanismo de protección de derechos fundamentales violentados por actuaciones judiciales tiene menos garantías que la acción de tutela, por lo cual los individuos que puedan emplear tan solo el primer recurso se encuentran en una posición inferior, con lo cual la ley (entendida en sentido lato) no les brinda la misma protección que sí le otorga a personas en una situación similar (consistente en que los derechos fundamentales de todas estas personas se ven violados por agentes del Estado).

En directa relación con mi anterior argumento, encuentro que la reforma, de prosperar, igualmente violaría los artículos 25 y 8.2.h de la Convención Americana.

Tales artículos rezan:

«Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante 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*.

2. Los Estados partes se comprometen:
a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos *de toda persona* que interponga tal recurso» (subrayado nuestro).

«Artículo 8. Garantías Judiciales

[...] h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior».

El análisis de los dos preceptos transcritos ha de hacerse conjuntamente, por cuanto el derecho a un mecanismo judicial de protección de los derechos humanos (consagrado en el artículo 25 de la Convención) debe garantizar que tal mecanismo goce de las garantías del debido proceso legal (previstas

en el artículo 8.º convencional), dentro de las cuales se encuentra la garantía de la doble instancia. Ese ejercicio de analizar tales derechos de manera conjunta ha sido realizado y avalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en anteriores oportunidades⁹.

A nuestro juicio, el artículo 25 se viola, pues tal precepto consagra el derecho de toda persona a tener la posibilidad de interponer (lo que tiene como condición necesaria su provisión por parte de los Estados, que se encuentran obligados a ello¹⁰) un mecanismo judicial con las características descritas en tal artículo, para proteger sus derechos (inclusive constitucionales) contra todo acto violatorio que sea cometido aun por personas que ejerzan *funciones oficiales*, no haciendo el texto de la disposición comentada distinción en cuanto al tipo de función estatal que estas personas desempeñen. Por ende, el Estado colombiano omitiría, de existir en su ordenamiento jurídico la propuesta planteada en el Proyecto, su deber de consagrar un mecanismo que ampare a los individuos en sus derechos contra los actos provenientes de *todas* las personas que ejerzan funciones públicas.

Podría argumentarse a lo anterior que la Constitución simplemente establecería un mecanismo de protección a los derechos fundamentales afectados por actuaciones judiciales distinto a la acción de tutela, pero que igual tal mecanismo existiría. Sin embargo, tal instrumento carecería del requisito de la posibilidad de interponer recursos contra el fallo que decida tal acción ante un superior jerárquico, con lo que se desconocería el artículo 8.2.h en conexión con el artículo 25, lo que igual nos llevaría a la conclusión de que el Estado colombiano estaría omitiendo su deber de adaptar su derecho interno a la Convención Americana, y estaría implementando normas que vul-

neran lo dispuesto en tal instrumento, con lo cual incurriría en responsabilidad internacional (ver, *supra*, acápite 1).

Para ilustrar lo expresado hasta este momento con un ejemplo, imaginemos la situación de alguien cuyos derechos fundamentales han sido violados por la acción (u omisión) de un juez de la República. Actualmente, en caso de que éste haya incurrido en vía de hecho (concepto que igualmente *podría –y debería–* ser revaluado y analizado con mayor detenimiento), la persona afectada podría interponer acción de tutela contra tal actuación judicial. De no estar satisfecho con la decisión de primera instancia, la persona podría interponer un recurso de apelación contra aquélla. De prosperar la reforma, la misma persona en la misma situación podría acceder a un mecanismo de protección de sus derechos frente al superior jerárquico *–en caso de que exista–* del juez cuya actuación ignoró sus derechos fundamentales (la actuación ante tal superior sería, en realidad, la primera y única instancia del mecanismo de protección a que venimos haciendo referencia, pues es la primera *–y única–* oportunidad en que se plantearía en sede judicial *la pretensión de protección de determinados derechos fundamentales que han sido vulnerados*); si tal persona queda inconforme con la decisión proferida en virtud del mecanismo a que hacemos alusión, se vería sin la posibilidad de recurrirla, con lo cual tal instrumento no contaría con la garantía de la doble instancia del debido proceso legal, a más de que tal situación implicaría un tratamiento por parte de la Constitución que violaría el derecho a la igualdad ante la ley.

Para concluir este aparte, me permito decir que la inexistencia de un recurso judicial que cuente con las garantías del debido proceso legal y que permita proteger los derechos humanos frente a cualquier

autoridad estatal implica un desconocimiento de la Convención Americana¹¹, y por lo tanto de las obligaciones de los Estados a ella vinculados (entre estos, Colombia). Pero, lo más grave realmente es, tal como lo dice la Corte, que «la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión».

B. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El Proyecto de reforma a la administración de justicia, al establecer en su artículo 3.º que la acción de tutela podrá ser empleada para proteger «los derechos fundamentales de que trata el Capítulo I del Título II de la Constitución», busca impedir que los habitantes de Colombia se valgan del mencionado mecanismo judicial para proteger sus derechos económicos, sociales y culturales, tal como lo afirma la Corte Constitucional en el comunicado de prensa referido líneas atrás.

A mi parecer, tal consecuencia no es fatal e ineludible y, en caso de incluirse las reformas constitucionales planteadas a que venimos haciendo referencia, haría una exhortación a las autoridades judiciales para que recuerden que *todos* los derechos humanos –que comprenden, entre otros, los derechos civiles y políticos y los DESC, en una clasificación ya tradicional y muy acertadamente criticada por parte de la doctrina– son *indivisibles e interdependientes*¹². Por lo anterior, es inconcebible compartimentar los derechos humanos, pues, en la práctica, la afectación de uno de ellos suele conllevar la conculcación de otro derecho.

Ejemplo de lo anterior lo constituyen, entre *muchos* otros, el derecho a la educación¹³, el cual, en palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-

les, es un derecho económico, social y cultural, y «*también [...] es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos*»¹⁴ (subrayado nuestro).

Otro caso lo podría constituir el derecho a la salud, el cual se encuentra íntimamente ligado al derecho a la vida y al deber de los Estados de garantizarlo¹⁵, siendo posible separar estos dos derechos e ignorar su indiscutible y material compenetración sólo mediante complejos y artificiales argumentos. Precisamente sobre tal derecho, la Corte Interamericana ha dicho: «El 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*»¹⁶ (subrayado fuera de texto).

De lo dicho hasta ahora concluyo que, al no negar en su texto el Proyecto el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos (lo cual sería, ciertamente, el descaro más grande que podría ocurrírsele al *inventor* de la propuesta de reforma), una sana y –a mi parecer– obligatoria interpretación constitucional¹⁷ llevaría a permitir continuar protegiendo los

DESC por medio de la acción de tutela en virtud de su innegable conexidad con los derechos civiles y políticos.

Supongamos que, sin embargo, la práctica judicial –que a la larga en mucho define el derecho de manera dinámica– ignora las mencionadas indivisibilidad e interdependencia y, por temor a ser tildados de personas que no apoyan el régimen y la “unidad” (uniformidad), o por cualquier otra razón posible –razones, a la larga, siempre sobran–, los jueces se limitan a proteger los derechos contenidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución. En tal caso, dejaría de existir un mecanismo judicial de protección de los DESC. Analicemos entonces si tal eliminación de un recurso conlleva implicaciones desde la óptica del DIDH.

Para realizar el estudio que nos proponemos es necesario citar el artículo 2.º, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se dice: «1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

A partir de la interpretación de tal norma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, “el Comité”) ha elaborado determinados lineamientos a los que debe ceñirse el Estado colombiano, el cual debe determinar su actuación buscando acatar tales pronunciamientos¹⁸.

El Comité ha establecido que los Estados Parte en el citado Pacto tienen la obligación *de resultado* de adoptar *todas* las

medidas internas disponibles apropiadas para lograr la protección de los DESC¹⁹. Entre tales medidas se cuentan los recursos judiciales que permitan la defensa de los referidos derechos.

Acerca de los Estados que no contemplan en su legislación interna tal clase de recursos, el Comité ha manifestado que «los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales *tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados”[...] o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios*. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales»²⁰ (subrayado fuera de texto).

En la situación colombiana, difícilmente puede decirse que es innecesaria la existencia de un mecanismo judicial como la tutela para lograr que el Estado proteja y garantice tales derechos, y para asegurar el goce, al menos, de un nivel mínimo de los DESC. Efectivamente, ha sido demostrado por el empleo que se ha hecho de la acción de tutela desde su creación que, de no haber sido por su existencia, muchas personas habrían visto sus necesidades sociales mínimas insatisfechas. Por otra parte, mal puede decirse que la acción de tutela es un medio inapropiado considerando el propósito de defensa y protección de los DESC, pues gracias a su uso muchas personas han podido tener el goce y ejercicio de tales derechos.

La conclusión evidente de lo anterior es que, salvo que un cambio radical acontezca, el Estado colombiano no tiene la posibilidad jurídica de eliminar la vía procesal de la tutela como mecanismo por medio del

cual puede perseguirse la protección de los derechos sociales. Tal cambio radical donde los agentes estatales brinden medios que protejan los DESC de manera real y no retórica o –meramente– estadística no se ve de ninguna manera en el horizonte, especialmente en un momento en el que son las prioridades del aparato estatal aquellas concernientes a la “seguridad democrática”.

Es un argumento usual de los detractores de la defensa judicial de los DESC el que las dificultades económicas y la escasez de recursos no hacen viable materialmente tal mecanismo jurídico. En este sentido, el Comité ha dicho que precisamente es la progresividad de los DESC un dispositivo de flexibilidad que «refleja las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales»²¹. Pese a lo anterior, dice el mismo Comité que tal característica de los DESC debe interpretarse considerando la finalidad del Pacto, cual es la de establecer obligaciones para los Estados con miras a lograr la efectividad de los derechos referidos²²; de esto se deriva el que «todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y *deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*» (subrayado fuera de texto)²³.

Es irrefutable que la limitación de la tutela a proteger los derechos civiles y políticos es una medida de carácter “retroactivo” en lo concerniente a los DESC. A la luz de la totalidad del Pacto, donde se establece la anteriormente referida obligación de resultado de consagrar medios de protección *efectivos* (palabra de *vital* importancia en este tema –al igual que la palabra en cursi-

vas–), y donde a su vez se establece la obligación de satisfacer por lo menos niveles *mínimos o esenciales* de cada uno de los derechos sociales, niveles estos que en muchas ocasiones no podrían ser garantizados y asegurados de no ser por su protección vía acción de tutela, *no se justifica* la modificación constitucional planteada en el Proyecto de reforma a la administración de justicia, pues tal implementación acarrearía un ostensible incumplimiento por parte del Estado colombiano de sus obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Para culminar esta sección, y destacar la importancia de los DESC y su *efectiva y asegurada* protección, quiero traer a colación un aparte del Preámbulo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que en mi parecer es muy dicente. Este afirma: «Considerando que [...] la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base *el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables* [...] Reconociendo que [...] *no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles políticos*» (subrayado nuestro).

Agregar palabras sería innecesario y meramente decorativo en estos momentos, después de leer la anterior transcripción.

CONCLUSIÓN

Después de haber escrito los párrafos anteriores, sólo puedo agregar en estos momentos que, de no garantizarse el acceso a las instancias *judiciales* con el fin de proteger los

derechos humanos –sean estos civiles y políticos o sociales, económicos y culturales, o cualesquiera–, estos derechos son letra muerta, ni siquiera una consigna de buenas intenciones, sino una burla, la ironía plasmada en papel. En esta situación, el ser humano se encuentra desamparado frente al *poder* estatal, el cual puede desconocer sus derechos –por medio de sentencias, *de la inacción e inercia* o de mil maneras– y cruzarse de brazos a sabiendas de que no puede exigírsele de manera efectiva el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Es por esto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos adquiere un papel tan relevante e importante, constituyendo un imperativo que no pueden desconocer los Estados, conformando un espacio de salvación de la persona humana y su dignidad, proclamando y exigiendo su respeto independientemente de la autoridad y los pasajeros y momentáneos pareceres de los gobernantes de turno. Es, en últimas, el medio de defensa de gran parte de la humanidad.

Por ello, desconocerlo no sólo conlleva un incumplimiento de deberes jurídicos, no sólo implica la doble moral del Estado que exige pero no cumple [...] no, tristemente va más allá, desconocer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es desconocer al hombre mismo, es aplastarlo y poner el Estado al fin de intereses absurdos. Como dice el jurista y jusinternacionalista AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, el fin del Estado es el ser humano.

Y... después de lo dicho, si se desconocen las directrices internacionales en materia de mecanismos judiciales de protección de los derechos fundamentales, puede ser que se oiga por doquier el grito de desesperación que aparece en el crudo final del *Proceso* de KAFKA: «La lógica es incontro-

vertible, pero un hombre que quiere vivir no puede soportarla. –me permito poner mayúsculas– ¿DÓNDE ESTABA EL JUEZ, QUE JAMÁS HABÍA VISTO? ¿DÓNDE EL ALTO TRIBUNAL, AL QUE NO HABÍA ACUDIDO? Alzó las manos separando todos los dedos... “¡Como un perro!”, dijo él, como si la vergüenza tuviera que sobrevivirle».

Que este grito desesperado lleno de angustia no se oiga por parte de los habitantes de Colombia. Esto lo podemos evitar... (evitando reformar...).

P. D. Una digresión: ¿No viola el principio y derecho de legalidad e irretroactividad (consagrado en artículo 9.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) el referendo, al proponer como norma constitucional un artículo del siguiente tenor?: «Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, *quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo*, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño».

Serías dudas deja, *también*, esa propuesta...

NICOLAS CARRILLO SANTARELLI

1. Opinión esta que comparto plenamente con el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, cuando proclama: «El gran reto que se vislumbra en el horizonte consiste, a mi modo de ver, en seguir avanzando resueltamente hacia la gradual humanización del derecho de los tratados (proceso ya iniciado con la

emergencia del concepto de *jus cogens*), por persistir este capítulo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento». Serie C n.º 27. Corte I.D.H., Caso *Blake*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Voto razonado del juez CAÑADO.

Por los referidos problemas del Derecho de los Tratados en su estado actual, considero que se debe, *de lege ferenda*, realizar un proceso doctrinal y jurisprudencial (a más de un necesario compromiso estatal) que permita, algún día, dejar atrás las situaciones en las cuales la forma y la conveniencia política prevalecen sobre los seres vivientes.

2. En efecto, según MICHEL VIRALLY, la libertad contractual «representa uno de los atributos más esenciales de la soberanía» de los Estados. MICHEL VIRALLY. *El devenir del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 169.

3. En este sentido, el jusinternacionalista CAÑADO TRINDETE ha dicho que «constituye [...] un principio general del derecho de la responsabilidad internacional, la independencia de la caracterización de determinado acto (u omisión) como ilícito en el derecho internacional de la caracterización –similar o no– de tal acto por el derecho interno del Estado. El hecho de que una determinada conducta estatal se conforma con las disposiciones de derecho interno, o inclusive es por este último requerida, no significa que se pueda negar su carácter internacionalmente ilícito, siempre y cuando constituya una violación de una obligación internacional». Serie C n.º 73. Corte I.D.H. Caso “*La Última Tentación de Cristo*”. (*Olmedo Bustos y otros*). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Voto concurrente del juez CAÑADO.

4. Este criterio se encuentra plasmado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que «según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno». Serie A n.º 14. Corte I.D.H., *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1.º y 2.º Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-14/94* del 9 de diciembre de 1994.

5. En su sentencia de fondo del caso *Baena Ricardo*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ex-

presó que «en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente». Relacionado con lo anterior, dijo la Corte en su Opinión Consultiva n.º 14 que «la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades».

6. La Corte Interamericana ha manifestado que «la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado». Serie C n.º 73. Corte I.D.H., Caso “*La Última Tentación de Cristo*”. (*Olmedo Bustos y otros*). Sentencia de 5 de febrero de 2001.

7. En este sentido, es muy ilustrativa la exposición hecha por el juez CAÑADO, en el sentido de que «tal como señala el célebre *obiter dictum* de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso de *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca* (Fondo, 1926), desde el prisma del derecho internacional, las normas de derecho interno no son nada más que simples hechos. Así, no es tarea del derecho internacional ocuparse de la “organización” del Estado» (subrayado nuestro).

8. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en [la Convención Americana sobre Derechos Humanos]». Serie A n.º 17. Corte I.D.H., Condición jurídica y derechos humanos del niño. *Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002.

En igual sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual expresó que «el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un pro-

pósito legítimo en virtud del Pacto» (subrayado fuera de texto). En: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General n.º 18 de 1989, “No discriminación”.

9. En este sentido, por ejemplo, la Corte, en su sentencia de fondo del caso *Tribunal Constitucional*, un análisis del artículo 25, el cual consideró violado por no haber gozado de las garantías de imparcialidad judicial consagrados en el artículo 8.º de la Convención Americana.

Por otra parte, en su fallo de fondo del caso *Ivcher Bronstein*, la Corte expresó que las garantías procesales del artículo 8.º se aplican «al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos» (siendo precisamente la vulneración o no de tales derechos el tema de discusión en los mecanismos judiciales garantizados por el artículo 25). En el mismo fallo expresó que las autoridades judiciales (precisamente las encargadas de resolver los recursos del artículo 25) «tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana».

Por otra parte, en su Opinión Consultiva 9, la Corte expresó que «el artículo 8.º no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención». Por ende, sin tales requisitos, mal puede hablarse de la existencia de un recurso conforme al artículo 25 de la Convención Americana.

10. Serie A n.º 9. Corte I.D.H., *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8.º Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-9/87* del 6 de octubre de 1987.

11. Cfr. Serie C n.º 71. Corte I.D.H., *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Párr. 89.

12. Sobre tales características de los Derechos Humanos, se dice en los Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1986 que «en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos, los derechos civiles y políticos y los

derechos económicos, sociales y culturales».

13. Precisamente es el derecho a la educación uno de aquellos que ya no podrían ser defendidos por medio de la acción de tutela, lo cual resulta alarmante a la luz de lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 11 de 1999.

15. Sobre los deberes de garantía de los Derechos Humanos por parte de los Estados, recomendando leer el artículo 1.1 de la Convención Americana y la siguiente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Serie C n.º 4. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988.

16. Serie C n.º 63. Corte I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*). Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

17. Obligatoriedad que se deriva de la letra y espíritu del artículo 93 de la Constitución Política colombiana, donde se establece 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. *Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia»* (subrayado nuestro). En efecto, los DESC *son derechos humanos*. Además, el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha afirmado la existencia de la referida indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 3 de 1990.

18. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana estableció en su sentencia C-010 de 2000 que, «en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben cumplirse “de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, *es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales»* (subrayado fuera de texto).

19. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observaciones Generales 3 y 9.

20. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 9 de 1998.

21. Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales de Naciones Unidas, Observación General 3 de 1990.

22. Ídem.

23. Ídem.