



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

ISSN 0123 - 9066

AÑO XII - Nº 614

Bogotá, D. C., lunes 24 de noviembre de 2003

EDICION DE 12 PAGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMON OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

ANGELINO LIZCANO RIVERA
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camararep.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN SEGUNDA VUELTA DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 15 DE 2003 SENADO, 223 DE CAMARA

*por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 48, 250 y se
adiciona un artículo nuevo a la Constitución Política de Colombia.*

Bogotá, D. C., 25 de noviembre de 2003.

Honorable Senador

LUIS HUMBERTO GOMEZ GALLO

Presidente Comisión Primera Constitucional

Senado de la República

Ciudad.

Señor Presidente:

En cumplimiento del encargo que nos fue encomendado por la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República, a continuación nos permitimos rendir el informe de ponencia para primer debate en segunda vuelta del Proyecto de Acto Legislativo número 15 de 2003 Senado, 223 de Cámara, *por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 48, 250 y se adiciona un artículo nuevo a la Constitución Política de Colombia.*

Para darle más claridad a nuestra exposición, hemos decidido organizarla de la siguiente forma:

1. Antecedentes del proyecto de acto legislativo.
2. El problema en la definición del "Terrorismo" y la necesidad de proteger a la población de las posibles violaciones de sus derechos.
3. Implicaciones del Proyecto de Acto Legislativo frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a los Principios Democráticos y de libertad individual, fundantes de la Constitución Política de 1991.
4. Estudio de la legislación comparada.
5. Casos de violaciones a los derechos humanos relacionado con las facultades de Policía Judicial otorgadas a las Fuerzas Militares durante el último estado de excepción.
6. Otras consideraciones.
7. Proposición.

1. Antecedentes del proyecto de acto legislativo

El proyecto de acto legislativo radicado por el Gobierno a través de la entonces Ministra de Defensa, que hoy se somete a consideración de la

Comisión Primera del Senado para su primer debate en segunda vuelta, ha sido modificado en los diferentes debates, como se señalará a continuación:

El proyecto original proponía la modificación de los artículos 15, 28 y 250 de la Constitución en el sentido de establecer que una ley estatutaria reglamentaría las formas en que las autoridades administrativas, sin previa orden judicial, podrían restringir el derecho a la intimidad, en lo relacionado con la correspondencia, la interceptación y registro de llamadas telefónicas y la realización de detenciones con fines de identificación. También proponía, para la Fiscalía General de la Nación, la posibilidad de conformar Unidades Especiales de policía judicial con miembros de las fuerzas militares, para que estas realizaran las labores propias de la policía judicial. A este proyecto, el General Jorge Enrique Mora adicionó la proposición de modificar el artículo 24, en para proponer que una ley estatutaria podría establecer la obligación de empadronamiento de los habitantes.¹

Los primeros debates en la Cámara, tanto en Comisión Primera como en plenaria, introdujeron cambios importantes en el proyecto. En primer lugar, en lo relativo a los derechos a la intimidad y a la libertad personal, se estableció que podrían restringirse, pero con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y con un control judicial posterior de 36 horas. Igualmente se estableció la obligación para el Gobierno de rendir un informe al Congreso sobre el ejercicio de estas funciones, introduciendo la posibilidad de la moción de censura por parte del Congreso en contra de los ministros responsables políticamente del mal uso de tales funciones. Se aprobó la proposición del Ministro que señalaba que el Gobierno podría establecer la obligación de llevar un informe de residencia de conformidad con la ley estatutaria que se expediría para tal efecto. También se condicionó la creación de las unidades especiales de policía judicial por la Fiscalía, a la inexistencia de autoridades judiciales a las cuales se pudiera acudir. Así mismo se introdujo el aspecto de la temporalidad de tres años para estas medidas, prorrogables por una sola vez.²

Los debates en el Senado también incorporaron importantes modificaciones al proyecto de acto legislativo que estudiamos tras debatirse dos ponencias, una de ellas presentada por los honorables Senadores Rafael Pardo y Carlos Holguín Sardi, y la otra presentada por los abajo

¹ Gacetas del Congreso Año XII - número 174 de 2002 y 182 de 2003.

² Gacetas del Congreso Año XII - número 213 de 2003. Texto definitivo del Proyecto de Acto legislativo número 223 Cámara, p. 23.

firmantes. El texto aprobado por la plenaria del Senado acogió nuestras propuestas en los artículos 24 y 250, como se verá. Se estableció un término para que el Gobierno rinda un informe sobre el uso de las atribuciones ante el Congreso, se reemplazó la referencia hecha durante el Proyecto de acto legislativo a la Procuraduría General de la Nación cambiándola por el juez de control de garantías como la autoridad encargada de expedir las órdenes de interceptación de comunicaciones, con objeto de hacer congruente este proyecto de reforma constitucional con el Acto legislativo número 3 de 2002. También se eliminó la alusión a la institución de la moción de censura por considerarse que ya estaba claramente delimitada en la Constitución. Se reemplazó la referencia a la pérdida de empleo, figura contemplada en el Código Disciplinario Único y se aprobó incluir en la ley estatutaria drásticas sanciones para aquellos funcionarios que abusaran de las facultades en mención. Igualmente se acogieron las modificaciones propuestas con el objeto de introducirle límites constitucionales al informe de residencia aprobando en la plenaria del Senado que la recolección de la información y su manejo estaría a cargo de los alcaldes municipales y de las autoridades administrativas que el Gobierno estableciera.

Finalmente se aprobó la propuesta de reducir las facultades de los militares en las unidades de policía judicial conformadas por la Fiscalía, para que estas cumplan funciones de apoyo y protección a los auxiliares de la justicia.³

Debido a las diferencias entre los textos aprobados por las plenarias de cada Cámara se realizó una Comisión de Conciliación, la cual adoptó el texto aprobado por la plenaria del Senado, texto recogido en el Decreto 1880 de 2003, publicado en el *Diario Oficial* número 45.242.⁴

La segunda vuelta de este proyecto de acto legislativo se inició en la Comisión Primera de la Cámara en donde se aprobaron modificaciones importantes así: se aumentó el término del control judicial posterior para las interceptaciones, registros y detenciones preventivas a 72 horas, se incluyó la prohibición de revelar la identidad de los detenidos a los medios de comunicación por el mismo término y se le dio al Gobierno Nacional la posibilidad de ejercer las facultades otorgadas mediante las reformas a los artículos 15, 24 y 28 de la Constitución con estricta observancia de lo dispuesto en tales artículos y de conformidad con un reglamento transitorio que se deberá expedir para el efecto. Además se eliminaron las restricciones constitucionales que se le habían establecido al informe de residencia y se concedió un término máximo de tres meses para que el Gobierno presentara el proyecto de ley estatutaria que desarrolla este proyecto de acto legislativo. En la plenaria de la Cámara se acogieron estas mismas disposiciones que ahora pasan al estudio de la Comisión Primera del Senado para su primer debate en segunda vuelta.

2. El problema en la definición del “terrorismo” y la necesidad de proteger a la población de las posibles violaciones de sus derechos

Antes de entrar en las consideraciones de fondo sobre el proyecto de acto legislativo, consideramos importante avocar la definición del terrorismo y a las implicaciones que el significado ambiguo de este término puede tener.

Históricamente, la imprecisión del término terrorismo llevó a que grupos que en el pasado se denominaban a sí mismos terroristas dejaran tal autodenominación, debido a las connotaciones abusivas del término⁵

La discusión sobre la definición de terrorista no ha desaparecido y el amplio uso del término tampoco ha dado lugar a superar la controversia. El informe sobre terrorismo y derechos humanos de la Relatora de Naciones Unidas sobre Terrorismo y Derechos Humanos, señora Koufa, señala que tal vez la mayor dificultad de la discusión sobre terrorismo y derechos humanos es el de la definición.⁶

En los organismos internacionales de protección de derechos humanos no se ha llegado a un acuerdo sobre el término, justamente porque existen diferentes tendencias sobre lo que debe entenderse por terrorismo. Algunos expertos se inclinan por una definición amplia en la que se contemplen diversos actos; otros se inclinan por una definición muy precisa, que no dé lugar a interpretaciones fuera de lugar; otros prefieren hablar de terrorismo según el grupo o autor, calificando al grupo como terrorista y, por consiguiente, todas las acciones que de allí se deriven⁷.

La legislación colombiana tiene una definición de terrorismo y distingue entre el que se presenta en el marco de un conflicto armado y el que no. El primero se define como la acción de realizar u ordenar ataques indiscriminados o excesivos o hacer objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia con la finalidad principal de aterrorizarla (artículo 144 del Código Penal). El segundo se define como la acción de provocar o mantener en estado de zozobra a la población o a un sector de ella mediante actos que amenacen la vida, la integridad física o la libertad de las personas. Dicha definición también incorpora amenazas a edificaciones, medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices. El tipo penal contempla como posibles formas de generar el estado de zozobra las llamadas telefónicas, cintas magnetofónicas, videos, casetes o escritos anónimos (artículo 343 del Código Penal). La definición establece criterios para determinar qué es una acción terrorista.

Si bien se trata de un intento por definir el complejo término del terrorismo, la lista de acciones enumerada es demasiado amplia y da lugar a interpretaciones que no respetan adecuadamente el principio de tipicidad objetiva. En últimas, se trata de una definición en la que cabe casi todo ataque o amenaza a personas o bienes. Por supuesto, en la definición se inscribirían hechos claramente terroristas, pero también otros sobre los que no existe tal claridad.

La dificultad del uso ideológico del término terrorista genera estigmatización sobre esos sectores a los que se acusa de ser colaboradores de grupos que realizan acciones terroristas, y amplía de manera inadecuada

³ *Gaceta del Congreso* número 309 de 2003. Texto definitivo del Proyecto aprobado por la Plenaria del Senado en Primera vuelta.

⁴ *Gaceta del Congreso* número 328 de 2003. Actas.

⁵ Así lo señala Rapoport cuando afirma que en “en los años 60, los problemas de definición se tornaron agudos por primera vez y muchos consideran que aún no han sido resueltos. Schmidt y Jongman descubrieron más de cien definiciones y el texto ampliamente leído de Liqueur encuentra que los problemas son tan desconcertantes que, sorprendentemente, se niega a proveer una definición. Los acontecimientos políticos posteriores contribuyen a explicar la confusión. El término “terrorista” sugería connotaciones tan insultantes y generaba cargas políticas tan enormes que los terroristas dejaron de llamarse a sí mismos terroristas. Lehi “la “Pandilla Stern”, un grupo zionista revisionista que se separó del Irgun en la lucha por la independencia de Israel, fue el último grupo que se describió a sí mismo como terrorista. Después, sólo los enemigos de uno eran terroristas. Los rebeldes caracterizaban a todo Gobierno que los enfrentara de terrorista, sin importar qué tácticas utilizara; el Gobierno les devolvía el halago, considerando que todo rebelde que utilizara medios violentos era un terrorista. Traducción informal de la siguiente cita: “In the 1960s, the problems of definition for the fist time became acute, a matter which many find unresolved still. Schmid and Jongman discovered more than 100 definitions, and Liqueur’s widely read text finds the issues so vexing that it oddly refuses to provide a definition.

Subsequent political developments help explain this confusion. The term “terrorist” suggested so many abusive connotations and created such enormous political liabilities that terrorists stopped calling themselves terrorists. Lehi (the “Stern Gang”), a Revisionist Zionist group that split off from the Irgun in the fight for Israel’s independence, was the last group to describe itself as terrorist. Afterward, only one’s enemies were terrorists. Rebels characterized every government that opposed them as terrorist no matter what tactics it employed; governments returned the compliment, deeming every rebel who used violence a terrorist”. David C. Rapoport, “Terrorism”, en *Enciclopedia of Violence, Peace and Conflict*, Volume 3, San Diego y Londres, Academic Press, 1999, página 499.

⁶ Así lo expresa cuando afirma en su informe: “En efecto, el problema de la definición podría muy bien ser el principal factor de controversia en relación con el terrorismo. Esto es tanto más cierto si se tienen en cuenta los importantes intereses políticos concomitantes. El término terrorismo lleva una importante carga emotiva y política². Por lo general va acompañado de un juicio negativo implícito y se usa selectivamente. A este respecto, algunos autores han destacado acertadamente una tendencia entre los comentaristas la esfera de confundir definiciones con juicios de valores y calificar de terrorismo toda actividad o comportamiento violentos a los que se oponen o, por el contrario, rechazar el término cuando se refiere a situaciones con las que simpatizan⁶. De allí la famosa frase “el que para uno es un terrorista para otro el un luchador de la libertad” *Terrorismo y derechos humanos*, Informe sobre la marcha de los trabajos preparados por la señora Kallopi K. Koufa, Relatora Especial de Naciones Unidas, Documento E/CN.4/Sub.2/2001/31, 27 de junio de 2001, párrafo 25.

⁷ *Terrorismo y derechos humanos*, Informe sobre la marcha de los trabajos preparados por la señora Kallopi K. Koufa, Relatora Especial de Naciones Unidas, Documento E/CN.4/Sub.2/2001/31, 27 de junio de 2001, párrafos 28 y 29.

las circunstancias en las que se acude a medidas antiterroristas contra los mismos. Esa situación genera especial preocupación a los abajo firmantes, porque sirve de fundamento irracional para acudir a medidas de restricción de derechos, como las restricciones planteadas en el proyecto de acto legislativo.

Otro gravísimo riesgo que genera el uso ideológico es que se termine calificando de terrorista a grupos de legítima oposición o a grupos que denuncien acciones de sectores estatales por considerarlas inadecuadas, contrarias a la legalidad o ilegítimas; y que, a partir de esa denominación se restrinjan ilegítimamente derechos humanos de personas inocentes.

También es pertinente distinguir entre terrorismo y conflicto armado. El derecho internacional prohíbe la guerra. Sin embargo, dado que la guerra es una realidad, el derecho internacional ha generado un cuerpo normativo que está vigente y es aplicable en Colombia. El derecho humanitario define las acciones que constituyen infracciones específicas a tal ordenamiento jurídico. En ese sentido, algunas acciones de guerra, aunque pueden constituir delitos de conformidad con la normativa interna, e impliquen gravísimas violaciones de derechos, no son por ese simple hecho acciones terroristas. En ese sentido, la Relatora Especial de Naciones Unidas también señaló en su informe que “*sin una clara separación de la guerra y el terrorismo, no se avanzará en la definición de terrorismo*”. La Relatora también ha dicho:

“Una razón evidente para distinguir claramente el conflicto armado del terrorismo es porque el derecho de los conflictos armados (y el derecho humanitario) entra automáticamente en vigor cuando hay un conflicto armado. En este cuerpo el derecho tiene definiciones establecidas desde hace mucho tiempo, como obligaciones manifiestas en lo que respecta a todos los aspectos del comportamiento militar que conlleva operaciones militares y armamento (el derecho de La Haya) y la protección de las víctimas de conflicto armado (las normas de Ginebra)⁸. Según el derecho de la protección de las víctimas de conflictos armados, los actos de guerra no son imputables ni como actos criminales ni como actos terroristas. Lo que es más importante, existen claras obligaciones en lo que respecta a su aplicación, de las cuales el respeto del derecho humanitario en todas las circunstancias no es la menor⁹. Por tanto, es necesario distinguir la guerra del terrorismo y los actos de guerra de los actos de terrorismo”.

El hecho de que existan tan graves preocupaciones sobre la definición de terrorismo no quiere decir que el terrorismo no exista o que ciertas conductas no sean claramente terroristas. Sin embargo, reconocer el problema de la definición debería ser un supuesto sobre el cual tanto el Gobierno como nosotros los legisladores tomemos medidas para proteger a la población. Seguir hablando de terrorismo en términos tan abstractos y ambiguos no le hace bien al manejo del complejo problema colombiano. Las medidas legislativas y constitucionales que asumamos y las facultades que otorguemos a las autoridades administrativas como consecuencia del rechazo al terrorismo deberían partir de la definición de conductas muy concretas que se quieren enfrentar y no del amplio término de terrorismo, que más bien puede generar, nuevas vulneraciones de los derechos de la población derivadas de su uso ideológico o impreciso.

3. Implicaciones del proyecto de acto legislativo frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a los principios democráticos y de libertad individual fundantes de la Constitución Política de 1991

En este acápite trataremos de exponer ante los honorables Senadores las implicaciones que la aprobación de este proyecto de acto legislativo tendría frente a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de Derechos Humanos y frente a los principios democráticos y de libertad individual, fundantes de la Constitución Política de 1991. Para ello hemos dividido este aparte en los siguientes puntos:

1. Aspectos generales

1. La violación del principio de *pacta sunt servanda*.
2. Sobre el desconocimiento del bloque de constitucionalidad.
3. Los límites al poder constituyente secundario.
4. Sobre el desconocimiento del principio *pro homine* del derecho internacional.

5. Sobre el desconocimiento del principio de separación de poderes.

6. Sobre el desconocimiento del proyecto de acto legislativo del derecho de toda persona a ser investigada por un juez o tribunal independiente.

7. Sobre la violación del principio de estricta reserva legal en reglamentación de derechos humanos.

2. Violación del derecho a la circulación por el establecimiento de un censo de población.

3. Sobre la detención sin orden judicial.

3.1 Suspensión del *habeas corpus*.

3.2 La detención es arbitraria – violación de normas que regulan la captura administrativa

4. Sobre el desconocimiento de las reiteradas recomendaciones de organismos de protección de Derechos Humanos.

5. La declaración de Londres

1.1 La violación del principio de *pacta sunt servanda*

El Estado colombiano adquirió obligaciones internacionales en virtud de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos. Colombia ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a través de la Ley 74 de 1968; la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de la Ley 16 de 1972; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes a través de la Ley 70 de 1986 y la Ley 405 de 1997; de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura a través de la Ley 409 de 1997 y de la Convención Interamericana sobre la desaparición Forzada de personas a través de la Ley 707 de 2001. Todos esos tratados generan obligaciones en cabeza del Estado colombiano y de sus autoridades, obligaciones que el mismo Congreso ha ratificado y que por ello debe honrar garantizando los derechos reconocidos en estos tratados.

Esos compromisos son obligatorios para el Estado colombiano en desarrollo del principio *pacta sunt servanda*, que señala que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Este principio, que se encuentra universalmente reconocido y que ha sido plasmado en la Convención de Viena sobre los tratados, también fue ratificado por el Estado colombiano a través de la Ley 32 de 1985. En desarrollo de este mismo principio, las autoridades no pueden aducir la dificultades derivadas del derecho interno para incumplir los tratados y sustraerse de sus compromisos.

El principio de *pacta sunt servanda* es obligatorio también en lo que respecta a normas internacionales de derechos humanos y así ha sido reconocido en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre “Responsabilidad Internacional por expedición y

⁸ Los principales instrumentos del derecho humanitario son: los Convenios y Reglas de La Haya de 1907, 205 Perry’s Treaty Series 277; los Convenios I a IV de Ginebra de 1949, 75 United Nations Treaty Series 31, 75 United Nations Treaty Series 85, 75 United Nations Treaty Series 135 y 75 United Nations Series 267 (los Convenios de Ginebra); el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 United Nations Treaty Series 3 (Protocolo Adicional I); el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, 1125 United Nations Treaties Series 609 (Protocolo Adicional II); la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, 754 United Nations Treaty Series 73. También hay múltiples resoluciones de la Asamblea General, principalmente relativas a la protección de la población civil en los conflictos armados, que también forman parte del derecho de los conflictos armados.

⁹ La Corte Internacional de Justicia destacó enérgicamente la obligación de *jus cogens*, que tienen todos los Estados y Partes, de respetar y garantizar el respeto del derecho humanitario en todas las circunstancias, en particular en las situaciones en las que un Estado no está directamente involucrado. Véase Military and Paramilitary Action in and against Nicaragua, nota 84 supra, párrs. 113 a 115; véase también los párrs. 151 a 153 (opinión particular de Singh) y los párrs. 199 y 200 (opinión particular de Sette-Camara). La Corte reconoció también que esta norma se aplica cualquiera que sea el tipo de conflicto armado, tras determinar que el conflicto armado entre los contras y el Gobierno de Nicaragua era una guerra civil (ibíd., párr. 114) interpretado este principio a la luz de las disposiciones del derecho humanitario que rige las guerras civiles.

aplicación de leyes violatorias de la Convención”.¹⁰ Por consiguiente, cuando los Estados expiden normatividad interna en contravía de sus obligaciones internacionales, comprometen su responsabilidad internacional.¹¹

En este sentido el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, organismo encargado de vigilar el cumplimiento de los tratados, ha dicho:

*“La legislación nacional no puede modificar obligaciones internacionales contraídas por un Estado Parte en virtud del Pacto”*¹².

Por consiguiente, el Estado colombiano, en cabeza de sus autoridades gubernamentales y administrativas y del Congreso, se encuentra en la obligación de cumplir los tratados internacionales de derechos humanos que ha ratificado y a cumplirlos de buena fe, sin atentar contra su vigencia material en el ordenamiento interno y sin expedir normas.

1.2 Sobre el desconocimiento del bloque de constitucionalidad

El artículo 93 de la Constitución colombiana 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.

De conformidad con ese artículo, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte de lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado el bloque de constitucionalidad, que prevalece en el ordenamiento jurídico interno¹³. Por consiguiente, las reformas constitucionales deberían adoptarse teniendo en cuenta la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno y el límite consistente en que una reforma constitucional no debería desconocer el bloque de constitucionalidad sino desarrollarlo y complementarlo.

La adopción de las reformas planteadas en el sentido en el que fueron aprobadas por la plenaria de la Cámara en el segundo debate de la segunda vuelta, desconocen claramente tanto el bloque de constitucionalidad, entendido como los tratados y convenios ratificados por Colombia, como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de las Cortes Internacionales en esta materia.

1.3 Los límites al poder constituyente secundario

El poder del Congreso de la República para reformar la Constitución es limitado por ser un poder derivado y no originario. Así, el poder constituyente derivado puede reformar la Constitución pero no derogarla directamente o a través de la reforma de aspectos sustanciales a ella, porque en la práctica tales reformas constituirían una supresión o anulación del texto constitucional vigente, siendo el Constituyente Primario el que autónoma e ilimitadamente tiene autoridad para derogar la Constitución en su integridad.

En efecto, la jurisprudencia y la doctrina lo han señalado así. En la reciente sentencia sobre el Referendo, la Corte Constitucional advirtió los límites al poder constituyente derivado en el sentido arriba expresado.¹⁴

Por consiguiente, es prudente examinar si en el caso de la reforma constitucional que se está debatiendo ante la Comisión Primera del Senado, se está simplemente modificando la Constitución o se está derogando a través de la reforma de aspectos sustanciales de ella.

En opinión de quienes suscribimos la presente ponencia, la aprobación de este acto legislativo constituiría una derogatoria de la Constitución, puesto que en la práctica se estarían aniquilando principios democráticos fundantes del Estado Social de Derecho y sobreponiendo razones de seguridad a los derechos fundamentales, las libertades individuales –los derechos humanos–, y los principios democráticos como la separación de poderes y los derechos de las personas a ser juzgados por jueces naturales e independientes, preceptos fundamentales de nuestro Estado.

¹⁰ En efecto, la opinión consultiva plantea: “[Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2° [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno contra él, es indiferente para estos efectos”. Opinión Consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41,

42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Serie A: Fallos y Opiniones, número 13, párrafo 26.

¹¹ La Corte Interamericana ha reiterado ese principio en varias ocasiones y ha dicho: “La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de esta y [...], en el evento que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado” Opinión Consultiva OC-14/94, Op. Cit., párrafo 50. En el caso *Loyaza Tamayo* dijo: “Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno” *Caso Loyaza Tamayo, Sentencia de reparaciones, 27 de noviembre de 1998*, párrafo 168, en Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1998, OEA/SER.L/V/III.43, Doc. 11, página 487.

¹² Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.67, párrafo 10.

¹³ Sentencias C-225 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez; C-423 de 1995, M. P.: Fabio Morón; C-135 de 1996, M. P.: Jorge Arango Mejía; C-040 de 1997, M. P.: Antonio Barrera Carbonell; sentencia C-327 de 1997, M. P.: Fabio Morón; C-358 de 1997, M. P.: Eduardo Cifuentes; C-467 de 1997, M. P.: Alejandro Martínez; sentencia C-191 de 1998, M. P.: Fabio Morón; T-568 de 1999 M. P.: Carlos Gaviria; C-010 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez.

¹⁴ “Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado –lo cual está autorizado puesto en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas péticas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana– y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto esta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente –lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder.

La tesis de que el titular del poder de reforma puede sustituir la Constitución enfrenta dificultades insuperables y por ello es insostenible en nuestro ordenamiento constitucional.

(...)

De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que esta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución. Y es que el Título XIII habla de la “Reforma” de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta, lo cual solo puede ser obra del Constituyente originario.

(...)

En tal contexto, como las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido (C. P. artículos 6° y 121), y la Constitución no sólo no consagra expresamente (pudiendo haberlo hecho) la posibilidad de sustitución total de la Carta, sino que además establece expresamente que la Constitución “podrá ser reformada” (Título XIII), una conclusión se impone: en el constitucionalismo colombiano, el poder de reforma tiene límites competenciales, pues no puede sustituir la Constitución de 1991. Se trata de un límite expresamente establecido por el Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano.

(...)

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (C. P. artículo 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma”.

1.4 Sobre el desconocimiento del principio *pro homine* del derecho internacional

El principio *pro homine* está reconocido en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵ y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁶

De conformidad con el principio *pro homine* del derecho internacional, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser invocados para garantizar en menor medida los derechos allí reconocidos. Se trata de un principio exegético: la interpretación a favor del ser humano. Este precepto parte del establecimiento de los tratados internacionales de derechos humanos para garantizar mínimos de protección a las personas y establecer límites al poder del Estado.

Una consecuencia muy importante del principio es que ningún Estado puede invocar ninguna disposición de los convenios para argumentar una protección menor de los derechos que la establecida en ellos o en la propia legislación del Estado. Es decir, invocar los tratados internacionales para restringir la protección de los derechos humanos es una interpretación contraria al derecho internacional y perversa porque va en sentido contrario al que se pretende a través de los tratados, este es, el de dar cada vez mayor protección de los seres humanos.

Por consiguiente, no son admisibles las argumentaciones en el sentido de entender que en la medida en que los tratados internacionales permiten la restricción de derechos humanos, estos puedan ser citados para argumentar la restricción permanente de algunos derechos (como el de libertad, intimidad, inviolabilidad domiciliaria y de correspondencia, el derecho a ser investigado y juzgado por autoridades independientes) o la suspensión de otros como el *habeas corpus*.

Dicha interpretación resulta violatoria del principio *pro homine* y por consiguiente, de los artículos 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de ninguna manera es aceptable como fundamento para el trámite legislativo en curso.

1.5 Sobre el desconocimiento del principio de separación de poderes

La Carta Democrática Interamericana reconoció la división de poderes como elemento fundamental de la democracia, al señalar:

“Artículo 5°. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales (...) y la separación e independencia de los poderes públicos”.

El proyecto de reforma constitucional desconoce el principio de separación de poderes, principio democrático por excelencia, establecido en la Constitución de 1991, en la medida en que otorga facultades judiciales a las Fuerzas Militares –que son autoridades que no pertenecen a la rama judicial– y, además, faculta al ejecutivo para reglamentar la limitación de los derechos prevista por la reforma constitucional que se tramita. De acuerdo con el proyecto, entonces, se permite que las facultades de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, se concentren en la rama ejecutiva.

La atribución de limitar derechos como los regulados en la reforma constitucional –libertad, intimidad, inviolabilidad del domicilio y de correspondencia– es judicial porque se trata de la definición sobre el ejercicio de un derecho. La valoración de la procedencia de la limitación de derechos fundamentales debe ser hecha por autoridades pertenecientes a la rama judicial. En el mismo sentido, la regulación legal que se haga para desarrollar las limitaciones a los derechos establecidas por la reforma constitucional que se tramita no puede estar en cabeza de la rama ejecutiva porque desplaza la función legislativa del Congreso. En consecuencia, de acuerdo con el acto legislativo que se tramita, la separación de poderes queda desconocida para favorecer la limitación de derechos por razones de orden público y para enfrentar el terrorismo. Se pasa por encima de principios democráticos indiscutidos.

El principio de separación de poderes es consustancial a la democracia pues impide la concentración del poder en una sola autoridad y, de esa manera, se constituye en una salvaguarda para evitar la arbitrariedad que puede generar el tener un poder tan amplio. La separación de poderes es un triunfo histórico centenario que buscó limitar el poder del monarca y

permitir el ejercicio de controles. Así, este es un valor primordial y central de la democracia que no puede ser abolido ni desconocido so pretexto de circunstancias de orden público.¹⁷

En conclusión, el proyecto de acto legislativo desconoce el principio de separación de poderes y, por consiguiente, los mínimos de un Estado democrático.

1.6 Sobre el desconocimiento del derecho de toda persona a ser investigada por un juez o tribunal independiente

De acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos y con la propia Constitución, todas las personas tienen el derecho a ser investigadas y juzgadas por jueces y tribunales independientes e imparciales.¹⁸

El proyecto de acto legislativo establece en cabeza de las fuerzas militares la función de investigar a personas civiles y limitar sus derechos. Así por ejemplo, las fuerzas militares podrían detener personas, allanar domicilios, interceptar comunicaciones y correspondencia y ejercer facultades de policía judicial. Las funciones de policía judicial incluirían: Práctica de pruebas, medidas de aseguramiento de pruebas, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a las personas capturadas, conocer a prevención de la investigación previa, entre otras. De acuerdo con el acto legislativo, dichas funciones pueden realizarse sin la presencia o dirección de la Fiscalía.

En primer lugar, esas disposiciones no garantizan la prevalencia de la autoridad civil sobre la militar. En ese sentido, las fuerzas militares adquirirían facultades que deben estar sólo en cabeza de una autoridad civil, en este caso, de una autoridad judicial. La Fiscalía no va a controlar las facultades de policía judicial que tendrían las fuerzas militares porque no va a estar presente durante la práctica de las funciones.

¹⁵ Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

¹⁶ “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) 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 o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de Gobierno, y excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

¹⁷ En este sentido, la Corte Constitucional ha dicho: “El principio de la separación de los poderes surge como resultado de la búsqueda de mecanismos institucionales enderezada a evitar la arbitrariedad de los gobernantes y a asegurar la libertad de los asociados. Por esta razón, se decide separar la función pública entre diferentes ramas, de manera que no descansa únicamente en las manos de una sola y que los diversos órganos de cada una de ellas se controlen recíprocamente” Corte Constitucional, sentencia C-312 de 1997, M. P.: Eduardo Cifuentes.

¹⁸ En efecto: el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, **independiente e imparcial**, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, **independiente e imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (Negrilla fuera de texto).

En segundo lugar, aun estando presente, la Fiscalía no estaría en condiciones adecuadas para controlar las funciones judiciales de fuerzas militares, porque lo harían, por ejemplo, en campos de combate y en condiciones en que su seguridad depende de las autoridades a las que deben controlar. Por esa razón, la Corte Constitucional declaró inconstitucional el artículo 1° del Decreto 2002 de 2002 de conmoción interior que preveía el acompañamiento de la Fiscalía a las operaciones que adelantara la Fuerza Pública.¹⁹

La dirección y control que la Fiscalía pueda hacer de las facultades judiciales está limitada de hecho y de derecho. De derecho, porque no es función de la Fiscalía estar en el campo de batalla acompañando a las fuerzas militares y supervisando sus dobles funciones de militares y de investigación judicial –como quedó visto y lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional–. Tampoco lo ha podido desempeñar dichas funciones, de hecho. En efecto, durante el estado de conmoción interior en el que rigieron atribuciones similares para las fuerzas armadas, especialmente en las “zonas de rehabilitación y consolidación” la Fiscalía no estuvo en condiciones de realizar controles adecuados.²⁰

En tercer lugar, porque las Fuerzas Militares no cumplen con los requisitos de independencia e imparcialidad exigidos por las normas internacionales de derechos humanos. Las Fuerzas Militares tienen como finalidad constitucional “*la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*”. Luego, la función de las Fuerzas Militares es la defensa armada del territorio y del Estado. Su función es completamente ajena a la función jurisdiccional que es civil y en ningún caso debe ser armada. Así lo señaló recientemente la jurisprudencia constitucional cuando examinó el artículo 1° del Decreto 2002 de 2002 de conmoción interior que disponía el acompañamiento permanente de agentes de la Fiscalía a las operaciones de la Fuerza Pública.²¹

Por la importancia de conservar la civilidad en la atribución jurisdiccional, la Constitución de 1991 previó que ni siquiera durante estados de conmoción interior las personas civiles podrían ser investigadas o juzgadas por la justicia penal militar. Si la justicia penal militar que es una estructura con funciones jurisdiccionales no puede investigar a personas civiles, mucho menos lo pueden hacer las fuerzas militares organizadas como cuerpo de policía judicial. La asignación de facultades judiciales a las fuerzas militares implicaría que el funcionario tendría que actuar, por una parte, como militar cumpliendo labores que lo obligan a tomar una posición de contrincante y, por otra, como funcionario con atribuciones judiciales, a actuar como órgano imparcial y autónomo.

En Colombia las fuerzas militares son parte en un conflicto armado de carácter interno y, por consiguiente, participan en combates y en acciones militares. En desarrollo de tales actividades pueden presentarse hechos que deben ser investigados por organismos independientes, no por las propias autoridades que participaron en los mismos. En el mismo sentido, debería evitarse que las detenciones, allanamientos, registros e interceptaciones de comunicaciones sean utilizados como medio de guerra por autoridades no independientes y no decretadas por autoridades judiciales que examinen con distancia los hechos que ameritan tomar decisiones de tal magnitud.

El proyecto de acto legislativo no toma en serio los argumentos de hecho y de derecho que imponen la necesidad de garantizar que las atribuciones de limitación de derechos y de policía judicial se conserven en cabeza de funcionarios judiciales, civiles y que cumplan con los requisitos de independencia e imparcialidad.

1.7 Sobre la violación del principio de estricta reserva legal en reglamentación de derechos humanos

El derecho internacional establece la estricta reserva legal de la reglamentación de los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos. Eso quiere decir que la reglamentación de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales debe hacerse por ley. No

obstante, el último artículo del proyecto prevé que el Gobierno expedirá un reglamento transitorio para regular los derechos limitados por la reforma constitucional mientras que se expide una ley estatutaria. De esa manera, se rompe con el principio de legalidad expresado.

La regla de estricta reserva legal está contemplada en los tratados internacionales de derechos humanos²² y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³.

Dichas previsiones internacionales fueron desarrolladas también en la Constitución Política de 1991. No se trata de un requisito formal. Es un desarrollo del principio de separación de poderes que busca garantizar que las facultades que tendrán autoridades judiciales y ejecutivas en relación con los derechos humanos de las personas estén sometidas a regulación legal que sea conocida previamente para los particulares y para las autoridades y que no sea susceptible de manipulación por la autoridad que la ejerce. En efecto, al respecto la Corte Constitucional ha dicho que se trata de un elemento muy

¹⁹ En efecto, dijo la Corte Constitucional con ocasión de la revisión de constitucionalidad de dicho decreto:

“(…) aparece extraño al ordenamiento jurídico para épocas de normalidad que se exigiera por la ley que la Fuerza Pública cuando actúa para el cumplimiento de su misión constitucional, y de acuerdo con la ley necesitara que a los fiscales y a los procuradores se les asignara como función adicional la de “acompañar” a los miembros de aquella cuando tengan a cargo la realización de “operaciones” propias de su actividad. (...) De esta suerte, llevar a los campos donde se realizan operaciones militares a servidores civiles cuyos medios para actuar son las leyes y los libros, así se traten de tomar las medidas necesarias para su integridad física, como lo señala el artículo 1° del decreto legislativo bajo examen, no se acompasa con la Constitución Política”.

²⁰ La propia Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia manifestó en su informe de 2002 sobre Colombia que durante la creación de las zonas de rehabilitación: “La actuación de la fuerza pública en estas zonas, creadas por el Decreto número 2002, no contó con el suficiente y efectivo control de los órganos judiciales y del Ministerio Público, concentrados principalmente en las cabeceras y en algunos municipios. A pesar de la designación de fiscales y procuradores delegados para acompañar los operativos castrenses en aplicación del decreto, la intervención de estos servidores públicos se produjo solamente en algunos casos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, documento número E/CN.4/2003/13, 24 de febrero de 2003, párr. 67.

²¹ En ese sentido la Corte señaló: “Por otra parte, está fuera de toda discusión que las Fuerzas Militares como brazo armado del Estado, tienen por su propia naturaleza funciones distintas de las de los servidores públicos civiles. Por ello, tienen una preparación específica en establecimientos estatales adecuados para su formación; en su actuar obedecen rígidamente al principio jerárquico; a sus miembros se les somete por el ordenamiento jurídico a disposiciones especiales, y las situaciones de enfrentamiento armado con los riesgos que este comporta no les son extrañas, sino que forman parte de su actividad normal, de su misión institucional. Distinto es el caso de los funcionarios civiles, a quienes el Estado no prepara para la vida de las armas, a quienes, en consecuencia, les resulta ajena la disciplina militar, la jerarquía castrense, así como las operaciones militares, a cuyo riesgo no se encuentran obligados como parte de su actuación en la vida de la sociedad.

Es claro que no se trata de la inexistencia de solidaridad de los servidores civiles con los miembros de la Fuerza Pública, sino sencillamente de que unos y otros tienen distintas funciones dentro del Estado, y los dos, sometidos a la Constitución y a las leyes”.

²² El artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos estipula:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

²³ El artículo 12 del prevé:

“Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley, (...)”.

importante para el respeto de la separación de poderes y de la soberanía popular representada en el Congreso.²⁴

Por consiguiente, resulta violatorio del principio de estricta reserva legal estipulado en los tratados internacionales, del principio de separación de poderes y del principio de restricción soberanía popular, la reglamentación de los derechos establecido en el artículo 5° del proyecto de reforma constitucional por parte del Gobierno.

2. Violación del derecho a la circulación por el establecimiento de un censo de población

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho a la circulación²⁵. El censo de población establecido por el artículo 2° del proyecto desconoce el derecho a la circulación. La restricción al derecho de circulación sólo puede hacerse temporalmente con el fin de garantizar los derechos de la población y no de controlarla.²⁶

Eso quiere decir que el derecho de circulación sólo puede ser limitado eventualmente en situaciones excepcionales como las previstas durante los estados de excepción. Una limitación de carácter permanente, como la estipulada en la reforma constitucional, desconoce tal limitación derivada de los tratados internacionales de derechos humanos.

Entonces, si bien es admisible restringir un derecho en estado de excepción, lo que implica que la restricción sea temporal, no ocurre lo mismo con la suspensión. Una limitación al derecho de circulación que en la práctica tenga el efecto de hacerlo inoperante no está permitida ni siquiera durante situaciones excepcionales. Las restricciones al derecho de circulación no pueden llegar al extremo de provocar el desarraigo de las personas. Tales fueron las conclusiones de la sentencia C-295 de 1996²⁷, en donde la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 3° del Decreto Legislativo número 717 de 1996, en el cual fue limitado el derecho a la circulación, a través de una medida de “inscripción en la alcaldía”. La Corte determinó que la norma resultaba inconstitucional, por cuanto “*hacia nugatorio e impracticable de forma absoluta, el derecho que tiene toda persona a circular por el territorio nacional, tal y como lo consagra el artículo 24 superior*”²⁸. Esa interpretación la hizo la Corte en desarrollo del artículo 24 de la Constitución y de los artículos 22 y 12 de la Convención y del Pacto respectivamente.

Por consiguiente, si bien el Estado está autorizado para limitar el derecho a la circulación, esa limitación únicamente puede realizarse temporalmente y durante estados de excepción. No obstante, esa restricción no puede conllevar al desarraigo de las personas. En ese sentido, el recaudo de información de los particulares que puede hacer el Estado no debe tener por finalidad controlar a la población y supeditar su derecho a la circulación al otorgamiento de esa información pues, en ese caso, se está desconociendo el derecho de circulación reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos. Justamente eso es lo que ocurre con la modificación al artículo 24 que propone el proyecto de acto legislativo.

3. Sobre la detención sin orden judicial

El proyecto de reforma constitucional establece una nueva modalidad de detenciones que podrían ser realizadas por las autoridades que se señalen en el reglamento y que sería otorgada a las Fuerzas Militares. La detención se podría adelantar hasta por 72 horas prorrogables por otras 72, lo cual suma seis días en total. Durante ese tiempo la persona detenida no tiene acceso a ningún control judicial, ni siquiera al del hábeas corpus. De esa manera, el proyecto de acto legislativo suspendería el hábeas corpus en los casos de terrorismo.

1.1. 3.1 Suspensión del hábeas corpus

El hábeas corpus consiste en el derecho que tiene cualquier persona que se encuentre detenida y crea estarlo ilegalmente a solicitar a un juez que revise la legalidad de su detención. La decisión del funcionario judicial debe producirse en un término muy breve. Así, el derecho al hábeas corpus

surge desde el momento mismo de la captura, es decir, consiste en el derecho que tiene la persona detenida desde el momento mismo en que es detenida, a acudir a un funcionario judicial para que revise la legalidad de la captura. Es decir, el derecho no surge cuando la persona es puesta a disposición de la autoridad judicial sino desde el momento mismo en que es detenida.

²⁴ Así lo manifestó cuando examinó la constitucionalidad de la ley de seguridad nacional en la que afirmó:

“La voluntad constitucional de someter la acción estatal al derecho, así como los principios de la separación de poderes y de la soberanía popular, tienen una consecuencia directa y es la siguiente: la ley juega un papel trascendental en la regulación y restricción de los derechos constitucionales. En efecto, en general la Carta establece no sólo una reserva de ley para la regulación de los derechos constitucionales sino que incluso, en relación con los derechos fundamentales establece una exigencia aun mayor, puesto que ciertos aspectos de los mismos sólo pueden ser abordados por medio de una ley estatutaria (C. P. artículo 152).

Esta reserva legal en la limitación y configuración de los derechos constitucionales cumple un doble propósito: Es un mecanismo para evitar la arbitrariedad, pues no sólo los particulares conocen previamente el alcance de sus derechos sino que además se evita que el Gobierno los restrinja injustificadamente. El principio de legalidad opera entonces como un desarrollo del Estado de derecho”.

En el mismo sentido se pronunció refiriéndose a la política criminal: “La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que esta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir, una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. Como vemos, el respeto riguroso del principio de legalidad opera no sólo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no sólo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal”. Sentencia C-559 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 21.

²⁵ El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. (...) 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

Por su parte, el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice:

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. (...) 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público”.

²⁶ La Corte Constitucional dijo al respecto: “Cuando hay situaciones anormales de orden público, resulta justificado que eventualmente existan restricciones a los derechos de las personas, las cuales tienen teleológicamente la función de salvaguardar precisamente esos derechos. Esas limitaciones buscan proteger los mismos mandatos y principios constitucionales, y por tanto están ajustadas a la Carta. Pero la restricción no es una suspensión absoluta de los derechos. Por tanto, no resulta razonable que exista un mecanismo que anule, aunque sea temporalmente, un derecho fundamental. 86. La Corte ha aceptado que en los eventos en que es declarado el Estado de excepción, pueden establecerse límites al derecho de locomoción, de forma tal que por ejemplo, la circulación sea restringida temporalmente”. Sentencia C-179 de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷ Sentencia C-295 de 1996 M. P. Hernando Herrera Vergara.

²⁸ Así lo reiteró la Corte Constitucional en su sentencia C-251 de 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas.

El hábeas corpus se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2° y 9°) y, de acuerdo con la Observación General número 29 del Comité de Derechos, órgano encargado de la vigilancia del cumplimiento del Pacto, señaló que el hábeas corpus no es un derecho de los que se puedan suspender, ni siquiera durante estados de excepción.²⁹

El mismo Comité de Derechos Humanos dijo en su Observación General número 8 que incluso las detenciones por razones de seguridad pública deben estar sujetas a las salvaguardas que impiden que sean arbitrarias³⁰ y por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la libertad personal y prevé mecanismos para hacerlo valer.³¹

El hábeas corpus, de conformidad con la Convención no puede ser suspendido ni restringido en ninguna circunstancia. Así ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³².

Así, la Corte declaró que:

*“Los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”*³³.

Lo mismo fue reiterado por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva número 9 de 1987 sobre *“Garantías judiciales en estados de emergencia”*³⁴. En igual sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha recordado que *“el derecho a recurrir a un tribunal competente en virtud del artículo 7(6) —que, por su naturaleza, es necesario para proteger derechos no derogables durante la detención penal o administrativa, como el derecho a un trato humano— no puede ser objeto de derogación en el sistema interamericano”*³⁵. Así, la Comisión recordó que *“en circunstancias en que no exista un estado de emergencia estrictamente definido de acuerdo con los instrumentos aplicables de derechos humanos, los Estados están completamente obligados por las restricciones y limitaciones del derecho internacional de los derechos humanos que rigen las privaciones de la libertad personal. Estos incluyen el derecho de las personas a: [...] ser llevado ante un tribunal competente para determinar la legitimidad de su arresto o detención y a que se ordene su liberación si el arresto o la detención fuera ilegítima”*³⁶. Asimismo, en tiempo de conflicto armado, la Comisión ha recordado que deben mantenerse *“mecanismos adecuados de revisión judicial [como los recursos de amparo y de hábeas corpus] para supervisar las detenciones, inmediatamente después del arresto o la detención, y a seguir supervisando en intervalos razonables, cuando la detención se prolonga”*³⁷.

Lo mismo prevé el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión³⁸ y se ha pronunciado la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas³⁹ y el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias⁴⁰.

Por consiguiente, es claro e incontrovertible que el hábeas corpus no puede ser suspendido ni restringido bajo ninguna circunstancia, ni siquiera en estados de emergencia o excepción o como mecanismo para enfrentar el terrorismo.

La propuesta de modificación al artículo 28 constitucional del proyecto de acto legislativo hace inoperante el hábeas corpus y no sólo lo restringe sino que lo deroga, pues las personas detenidas en las circunstancias allí propuestas no podrían acceder a ningún control judicial, incluyendo el del hábeas corpus. Así fue señalado por el ponente disidente en la Cámara el honorable Representante Zamir Silva quien presentó un salvamento parcial de voto al informe de ponencia y pliego de modificaciones para

Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo, en virtud del párrafo 3° del artículo 2° del Pacto. [...] A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre recursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. [...] Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que estos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto”. Documentos de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párrafos 14 y 16.

³⁰ En efecto el Comité afirmó: *“Incluso en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública esta debe regirse por las mismas disposiciones (de la detención por orden judicial), es decir, no debe ser arbitraria, (...) y debe ponerse a su disposición el derecho a recurrir ante un tribunal (...). Si, por añadidura, en dichos casos se formulan acusaciones penales, debe otorgarse la plena protección establecida en los párrafos 2° y 3° del artículo 9°, así como el artículo 14”*. El derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9), Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General número 8, párrafo 4.

³¹ *“Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada debe ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que esta decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”*.

³² En su Opinión Consultiva número 8 de 1987 *“el hábeas corpus bajo suspensión de garantías”* en la que dijo: *“La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el Gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el Gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. [...] el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”*.

(...)

“Es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

(...)

“Los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática”. Opinión Consultiva OC-8/87 *“El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, de 30 de enero de 1987, párrafo 24.

³³ Opinión Consultiva OC-8/87 *“el Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, de 30 de enero de 1987, párrafo 24.

³⁴ Opinión Consultiva OC-9/87 *“Garantías Judiciales en Estados de Emergencia”* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6 de octubre de 1987.

³⁵ Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 126.

³⁶ Ibid, párrafo 138.

³⁷ Ibid, párrafo 139.

³⁸ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

³⁹ Resoluciones 1992/35 y 1993/36.

⁴⁰ Ver entre otros los informes del Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas e involuntarias en los documentos de las Naciones Unidas: E/CN.4/1983/14, párrafo 141; E/CN.4/1986/18/Add.1, párrafos 55-58; E/CN.4/1989/18/Add.1, párrafo 136; E/CN.4/1990/13, párrafo 346; E/CN.4/1991/20/Add.1, párrafo 167; E/CN.4/1991/20, párrafo 409; E/CN.4/1992/18, párrafos 368-370; y E/CN.4/1993/25, párrafo 51.

²⁹ En efecto, el Comité señaló que: *“El párrafo 3° del artículo 2° del Pacto exige a los Estados Partes en el Pacto que proporcionen recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto. Aunque esta cláusula no se mencione entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión enumeradas en el párrafo 2° del artículo 4°, constituye una obligación inherente del Pacto en su conjunto.*

primer debate, en segunda vuelta, presentado por la mayoría de ponentes del Proyecto de Acto legislativo número 223 de 2003 Cámara.

3.2 *El artículo 3° del proyecto propone la constitucionalización de una detención arbitraria*

El proyecto de acto legislativo constitucionaliza una detención arbitraria, pues eleva a nivel constitucional la captura administrativa pero sin los controles que se establecieron por la jurisprudencia para evitar la arbitrariedad de la detención. Uno de los controles fundamentales es que la captura no puede ser realizada por autoridades militares. Si bien es cierto que en la sentencia C-024 de 1994 la Corte Constitucional determinó que la existencia de esta figura es constitucional, en virtud de lo señalado en diversos tratados internacionales, estableció unas reglas que deben cumplirse para realizar esa clase de capturas, a saber:

1. La detención preventiva gubernativa tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados. La Corte estableció que se debía entender por motivo fundado “un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado”.

2. La detención preventiva debe ser necesaria, esto es, debe operar en situaciones de apremio en las cuales no pueda exigirse la orden judicial, porque si la autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz.

3. La detención preventiva tiene como único objeto verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si es el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta. En ese sentido, la detención debe ser tan breve como sea necesario para el cumplimiento de esos fines.

4. La detención preventiva tiene un límite máximo que no puede en ningún caso ser sobrepasado liberada o puesta a: Antes de 36 horas la persona debe ser disposición de la autoridad judicial competente. No se entiende por qué razón el proyecto establece el plazo de 72 horas prorrogables por otras 72 como principio, esto es, 6 días en total.

5. La aprehensión, además de dirigirse a cumplir un fin preciso –verificar ciertos hechos o identidades–, debe ser proporcionada. Debe tener en cuenta la gravedad del hecho y no se puede traducir en una limitación desproporcionada de la libertad de la persona. Por consiguiente, no pueden admitirse capturas por sospecha.

6. La captura sólo puede ser realizada por funcionarios de naturaleza civil que en ningún caso se extiende a las fuerzas militares.

Las exigencias mencionadas buscan tanto proteger los derechos ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias como garantizar la legitimidad de la aprehensión. Por tratarse de una excepción al principio general de la estricta reserva judicial, reconocido en el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para toda privación de la libertad, “*estos casos son fenómenos que deben ser interpretados de manera restrictiva a fin de no convertir la excepción en la regla*”⁴¹, especialmente si, como en este caso, un errado entendimiento de la norma puede llevar a la privación de la libertad de personas inocentes con el pretexto de estar luchando contra el terrorismo.

Por consiguiente, la modificación propuesta por el acto legislativo resulta siendo muy grave porque anula las salvaguardas que permiten que la privación de libertad sea la excepción y no el principio en un Estado democrático de derecho. De acuerdo con el proyecto, una persona sospechosa podría ser detenida sin orden judicial, por autoridades militares, en cuarteles, hasta por 6 días. Las autoridades militares podrían, en desarrollo de las facultades de policía judicial, adelantarles interrogatorios. La persona detenida no tendría acceso a ningún control judicial de su captura, ni siquiera al *hábeas corpus*. Se trata realmente de una captura arbitraria en la que la persona detenida queda en un grave estado de indefensión y desprotección pues se encuentra despojada de sus garantías procesales.

4. **Sobre el desconocimiento de las reiteradas recomendaciones de organismos de protección de Derechos Humanos**

Diversas recomendaciones de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, basadas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, establecen que la asignación de funciones judiciales a miembros de las fuerzas militares vulnera el deber de respeto y garantía de los derechos humanos establecido por el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho deber exige no sólo adoptar las medidas eficaces para garantizar el debido proceso, sino abstenerse de introducir en la normatividad interna disposiciones con las cuales aquel sea vulnerado o desconocido.

Esa obligación fue el fundamento para que el 4 de abril de este año la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos instara al Estado colombiano a “*a no introducir en el ordenamiento jurídico colombiano normas que faculten a los miembros de las fuerzas militares para ejercer funciones de policía judicial, ni otras que sean incompatibles con la independencia de la justicia*”⁴². Esa recomendación fue reproducida en la Declaración aprobada sobre Colombia en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el pasado 25 de abril, que se adoptó previa negociación con el Gobierno de Colombia y luego de que este diera su consentimiento al respecto.

En todo caso, no es la primera vez que la comunidad internacional y, en concreto, los organismos internacionales de protección de derechos humanos han instado al Gobierno colombiano a no otorgar facultades judiciales a las fuerzas militares. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, después de la visita a Colombia realizada en 1988, determinó que poderes de policía judicial otorgados a las fuerzas armadas facilitan la comisión de desapariciones forzadas⁴³. En esa oportunidad el Grupo de Trabajo formuló como recomendación “*la necesidad de una revisión a fondo de los poderes judiciales esgrimidos por las fuerzas armadas de los servicios de seguridad, con objeto de garantizar mejor los derechos humanos del ciudadano particular*”⁴⁴.

De igual manera, los Relatores Especiales sobre Tortura y sobre Ejecuciones Extrajudiciales, que visitaron el país en 1994, manifestaron en su informe ante la Comisión de Derechos Humanos en 1995 que los “*actos que incluyen la detención y la reunión de pruebas de cargo, deberían incumbir exclusivamente a una policía judicial civil*”⁴⁵.

Lo anterior fue reiterado por el Relator Especial sobre la Independencia de Jueces y Abogados, quien también visitó nuestro país en 1996 y quien consideró, en el informe sobre tal visita, presentado en 1998, que “[l]as funciones de la policía judicial deberían estar exclusivamente a cargo de una entidad civil, a saber, el cuerpo técnico de la policía judicial. De esta forma se respetaría la independencia de las investigaciones y se mejoraría mucho el acceso a la justicia por parte de las víctimas y testigos de violaciones de los derechos humanos, cuyas denuncias suelen ser investigadas actualmente por las mismas instituciones a las que acusan de perpetrar esas violaciones”⁴⁶.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴² Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Colombia, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, www.hchr.org.co, doc. E/CN.4/2003/13, Bogotá, 24 de febrero de 2003, párrafo 169.

⁴³ Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Naciones Unidas, Informe realizado en Colombia por dos miembros del Grupo (24 de octubre a 2 de noviembre de 1988), Doc. E/CN.4/1989/18/Add.1, 6 de febrero de 1989, párr. 132. Las recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos formuladas al Estado colombiano se encuentran recopiladas en los libros *Recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos al Estado colombiano 1980-2000*, publicado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Universidad Nacional, Bogotá, 2001, y *Contra viento y marea*, publicado por la Defensoría del Pueblo y la Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 1997.

⁴⁴ Ibidem, párr. 132.

⁴⁵ Naciones Unidas, Relatores Especiales sobre Tortura y sobre Ejecuciones Extrajudiciales, documento E/CN.4/1995/111, párr. 118-119.

⁴⁶ Naciones Unidas, Relator Especial sobre la Independencia de los Jueces y Abogados, documento E/CN.4/1998/39/Add. 2, párr. 185.

Al respecto también se pronunció en 1997 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, manifestando su preocupación ante las denuncias en el sentido de que miembros de las fuerzas armadas ejercieran facultades de policía judicial. Con motivo del cuarto informe periódico presentado por Colombia⁴⁷.

De igual manera, en 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego de su tercera visita in loco a Colombia, recomendó “[q]ue el Estado adopte medidas para asegurar que las fuerzas de seguridad del Estado no ejerzan una influencia indebida en la administración de la justicia penal ni en procesos penales individuales”⁴⁸.

Como si fuera poco, el Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha dirigido durante todos los debates a los Congresistas para señalar la inconveniencia del proyecto por ser desconocedor de las normas internacionales de derechos humanos. Debido al desconocimiento de las observaciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, el Alto Comisionado desde Ginebra expidió un comunicado en el que expresó “su firme respaldo al trabajo de su Oficina en Colombia y a las actividades desarrolladas para cumplir con los desafíos que su presencia y mandato representan en el país” y recordó “el importante compromiso asumido por el Gobierno colombiano ante la comunidad internacional durante las recientes sesiones en Ginebra, Suiza, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, plasmado en la Declaración de su presidenta sobre las situación de derechos humanos en Colombia”⁴⁹. La preocupación del Alto Comisionado ha sido expresada en cinco oportunidades frente a nosotros los Congresistas.

La última recomendación fue la formulada la semana pasada por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas que, tras recibir, evaluar la información recibida, incluyendo el informe del Gobierno colombiano, manifestó su preocupación porque las medidas de la reforma favorecen la tortura.⁵⁰

Son, pues, reiteradas y coincidentes las recomendaciones muy claras formuladas al Estado Colombiano. No hay duda de que hay un señalamiento claro y persistente de la profunda preocupación por la contradicción entre la reforma constitucional propuesta por el Gobierno y las obligaciones internacionales de Colombia en materia de derechos humanos.

La recomendación de no otorgar funciones judiciales a las fuerzas militares es concluyente, no da lugar a interpretaciones; ha sido formulada por organismos de distinta índole, del sistema interamericano y del sistema universal, reiteradamente, desde hace más de una década. La recomendación no genera dudas sobre el modo de implementarla en el orden interno pues expresamente señala la conducta exigible por parte del Estado: no conceder facultades judiciales a miembros de las fuerzas militares.

El Estado colombiano podrá demostrar su buena fe y disposición a cumplir los tratados internacionales de derechos humanos e implementarlos efectivamente en el orden interno, si no aprueba este proyecto de acto legislativo.

5. La declaración de Londres

El pasado 10 de julio se realizó en Londres una premesa de donantes para decidir el marco en el que la comunidad internacional cooperaría con el Estado colombiano. A raíz de la reunión se expidió una declaración en la que se respalda al Gobierno colombiano y se le anuncia que los Gobiernos reunidos estarán acompañándolo y pendientes del cumplimiento de las recomendaciones internacionales de derechos humanos.

El Gobierno de Colombia, representado por el Vicepresidente de la República y la Ministra de Relaciones Exteriores, se comprometió a llevar rápidamente a la práctica las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Dicho compromiso se formalizó ante representantes de los Gobiernos de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, la Unión Europea, Japón, México, Noruega, Suiza y los Estados Unidos y de la Comisión Europea, la Organización de las Naciones Unidas y sus instituciones, la Corporación Andina de Fomento, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Así consta en la declaración final de la reunión⁵¹.

El vicescanciller británico, señor Bill Rammell, declaró en un discurso pronunciado el pasado 30 de julio que el apoyo del Gobierno británico al Gobierno colombiano se encuentra condicionado al cumplimiento integral de las normas y recomendaciones internacionales sobre derechos humanos y derecho humanitario⁵².

Por consiguiente, si el Estado colombiano y el Congreso de la República y el Gobierno desean honrar el compromiso allí adquirido, demostrar su seriedad y asegurar una amplia e importante cooperación internacional para enfrentar el terrorismo deberían archivar la reforma constitucional que se tramita, como lo proponemos con este informe.

4. Disconformidad del proyecto de acto legislativo con la legislación antiterrorista de otros países. Legislación comparada

Cuando se analizan las normas de los Estados que fueron citados como experiencias internacionales del manejo del terrorismo en la exposición de motivos del Gobierno, es contundente que en ninguno de tales Estados se le otorgaron facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares, a pesar de estarse combatiendo el terrorismo.

Es primordial considerar que si bien otros Estados han librado luchas antiterroristas, la experiencia colombiana es bien diferente y compleja. El mismo Gobierno reconoce la situación y la ineficiencia de medidas como estas, al reseñar la legislación nacional que le ha otorgado mayores discrecionalidades a las Fuerzas Militares en el manejo del orden público, sin mayores ni mejores resultados de los obtenidos sin las potestades excepcionales.

A continuación haremos un breve recuento de la normatividad citada por el Gobierno, para justificar las medidas que se proponen, en él podrá notarse que en ninguno de los países citados se le otorgan funciones de Policía Judicial a las Fuerzas Militares.

1. España: Se cita la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 9ª de 1984) expedida para la lucha en contra del Terrorismo. En esta ley se establecen procedimientos para el juzgamiento de funcionarios públicos, la prórroga de la detención provisional, la prolongación de la detención preventiva y la incomunicación policial entre otros. También se establece el allanamiento sin orden judicial y ciertas limitaciones del derecho a la privacidad. Varios apartes de esta ley fueron declarados inexecutable por el Tribunal

⁴⁷ El Comité incluyó como uno de sus principales motivos de preocupación el siguiente: “Preocupan al Comité las denuncias en el sentido de que militares miembros de las fuerzas de seguridad o de otro tipo siguen ejerciendo sobre los civiles y las autoridades civiles, incluso las autoridades judiciales, facultades especiales que se les habían conferido en virtud del establecimiento de Zonas Especiales de Orden Público en los Decretos 717 y 900 de 1996, pese a que dichos decretos ya no están en vigor. Preocupa especialmente al Comité el hecho de que los militares ejerzan funciones de investigación, detención, encarcelamiento e interrogación” (negrillas fuera de texto) Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Naciones Unidas, Doc. CCPR/C/79/Add.75, Comité de Derechos Humanos, 59 período de sesiones, 9 de abril de 1997.

⁴⁸ Tercer informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento OEA/Ser.L/V/II.102, doc.9 rev.1, Cap. V, E, párr. 9.

⁴⁹ Pronunciamiento del Alto Comisionado para los derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 22 de mayo de 2003.

⁵⁰ El Comité dijo: “El Comité manifiesta su inquietud por el hecho de que diferentes medidas adoptadas o en vía de adopción por el Estado en materia antiterrorista o contra grupos armados ilegales podrían favorecer la práctica de la tortura. En este sentido, el Comité expresa su preocupación, en particular, por: (...) b) El proyecto de ley número 223/2003 de reforma constitucional, el cual, de adoptarse, parecería otorgar facultades de policía judicial a las fuerzas militares y permitir detenciones e interrogatorios, en principio hasta un período de 36 horas, sin control judicial”.

⁵¹ Así, los Gobiernos allí reunidos (...) “Tomaron nota con satisfacción de la promesa del Gobierno de Colombia de llevar a la práctica las recomendaciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y apremiaron al Gobierno del país para que aplicara estas recomendaciones rápidamente y para que adoptara medidas eficaces contra la impunidad y la connivencia, especialmente con los grupos paramilitares” Declaración de Londres, Reunión en Londres sobre el apoyo internacional a Colombia, 10 de julio de 2003.

⁵² Discurso pronunciado por el señor Bill Rammell, Ministro del Reino Unido de la Foreign and Commonwealth Office, en el evento “The British and Colombian Chamber of Commerce”, 30 de Julio de 2003, Canning House, www.fco.gov.uk.

Constitucional Español, sin embargo no se le otorgaban facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares.

2. Reino Unido. Fueron citadas la Ley de Medidas Urgentes, y la Ley de Prevención y Control del terrorismo. Estas leyes permitían prolongados periodos de detención sin cargos y sin acceso a un abogado y allanamientos sin orden judicial entre otros. La Corte Europea de Derechos Humanos encontró que el Reino Unido fue responsable por la violación del artículo 3° de la Convención Europea de Derechos Humanos por malos tratos, en virtud de tales medidas. Esta ley tampoco otorgaba facultades de Policía Judicial a los Militares.

3. Francia. La ley de seguridad y libertad incluye la función de ejemplaridad de la pena, supresión del juez de instrucción para ciertos casos y controles de identidad por sospecha, la Ley 1020 de 1986 incrementó penas, estableció que la conducción de la investigación correspondía a la Policía, no a las Fuerzas Militares, y autorizó la detención preventiva hasta por 4 días para casos de terrorismo. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recomendó modificar estas leyes antiterroristas con el objeto de que se ajustaran plenamente a lo dispuesto en los artículo 9° y 14 del Pacto.

4. Alemania. La ley de interrupción de contactos de 1977 interrumpía los contactos entre el abogado y el detenido fundamentado en un estado de necesidad, la Ley de modificación de enjuiciamiento criminal de 1978: Amplió las facultades de la policía para la investigación del delito de conformación de grupos terroristas. Ambas leyes han sido ampliamente criticadas y en el primero de los casos dicha ley ya no se practica. Como puede verse esta ley tampoco otorga facultades de Policía Judicial a los Militares.

5. Estados Unidos. Ley Patriótica. Esta ley amplió los poderes de FBI de la policía y de las fuerzas de seguridad federales. Para interceptar comunicaciones sólo se necesita una orden expedida por el Tribunal Especial de Inteligencia. Las fuerzas de seguridad tienen autoridad para vigilar el uso de internet y correo electrónico y utilizar como pruebas lo encontrado. Se incrementaron las penas para actos terroristas y se pueden imponer sanciones a los Estados que no cooperen con las investigaciones adelantadas. Ya se han presentado algunos casos de detenciones arbitrarias, sin embargo esta ley, como ninguna de las anteriores, tampoco le otorga funciones de Policía Judicial a las fuerzas Militares.

5. Casos de violaciones a los derechos humanos relacionado con las facultades de Policía Judicial otorgadas a las Fuerzas Militares durante el último estado de excepción

Entre el 1° de julio de 2002 y el 30 de junio de 2003, aproximadamente 4.362 personas fueron detenidas arbitrariamente, es decir, sin que mediara una decisión que ordenara la detención y sin evento de flagrancia⁵³. En muchos casos las detenciones se llevaron a cabo con fundamento en lo estipulado en el artículo 3° del Decreto 2002 de 2002, aun cuando no existían circunstancias que imposibilitaran el requerimiento de autorización judicial para practicarlas, o sin haberse dado la “urgencia insuperable” y la “necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”. La Corte Constitucional declaró inexecutable este artículo del Decreto 2002 de 2002; sin embargo, muchas detenciones siguen efectuándose sin que exista una orden judicial. La fuerza pública ha detenido arbitrariamente a reconocidos líderes sociales y defensoras y defensores de derechos humanos. Contra las personas detenidas en estas condiciones no cursan investigaciones previas a la detención y, por consiguiente, esta se lleva a cabo sin orden judicial.

En otros casos las detenciones han tenido como fundamento meras sospechas o razones poco objetivas, como los señalamientos de informantes de la fuerza pública, desertores de las guerrillas o ciudadanos en busca de recompensas. Muestra de ello son los criterios que tienen algunos informantes para considerar que una persona es “sospechosa” y debe ser denunciada ante las autoridades⁵⁴.

También se han efectuado detenciones masivas de personas que son privadas de la libertad durante periodos prolongados de tiempo, con el pretexto de verificar sus antecedentes penales.

En las zonas de rehabilitación, donde operaron atribuciones similares a las que se otorgarían por el proyecto de acto legislativo, se presentó falta

de control de la fiscalía en allanamientos y otras atribuciones similares en cabeza de las FF.MM. La propia Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia manifestó en su informe de 2002 sobre Colombia que durante la creación de las zonas de rehabilitación “la actuación de la fuerza pública en estas zonas, creadas por el Decreto número 2002, no contó con el suficiente y efectivo control de los órganos judiciales y del Ministerio Público, concentrados principalmente en las cabeceras y en algunos municipios. A pesar de la designación de fiscales y procuradores delegados para acompañar los operativos castrenses en aplicación del decreto, la intervención de estos servidores públicos se produjo solamente en algunos casos”. Con esto se demuestra que en muchos casos la autoridad civil no estaba presente al momento de realizar los allanamientos y que, en esa medida, las fuerzas militares quedaban sin la supervisión de una autoridad civil, violando así el principio mencionado⁵⁵.

6. Otras consideraciones

Debemos considerar que las conquistas de las luchas por la democracia no pueden ser ignoradas so pretexto de mejorar la seguridad en un Estado, existen consensos universales respecto de los cuales, nosotros como legisladores, no podemos hacer caso omiso. En este punto es fundamental considerar que en el Estado está delegado el poder de protección del deber de respeto y garantía de los derechos humanos. El tipo de Estado que tiene esta responsabilidad tiene unas condiciones políticas especiales sobre las cuales se sitúan dichas obligaciones:

1. El Estado debe estar fundado sobre la base de una democracia real y no formal.
2. La democracia tiene que estar fundada sobre un régimen constitucional.
3. Los Gobiernos deben ser elegidos democráticamente por representación electoral.
4. Debe existir una auténtica y verdadera división de los poderes públicos.
5. El Estado no es el epicentro del poder político sino el ciudadano, y, más concretamente, el ciudadano inscrito en una sociedad política.⁵⁶

Partiendo de estos supuestos y considerando que estas son algunas de las bases sobre las que deben edificarse los proyectos de seguridad ciudadana, no debemos olvidar que el respeto de los derechos humanos y las garantías no debe suspenderse, pero si ello se hace imperioso, será entonces lo mejor, establecer límites razonable que no se contrapongan con los derechos humanos ni impliquen su negación, garantizando siempre

⁵³ La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a partir de los análisis de la normatividad internacional aplicable en la materia, ha definido la detención arbitraria de la siguiente manera: “Según las normas y principios internacionales, la privación de la libertad que no está basada en la existencia de indicios que permitan inferir la comisión de un delito, ya sea en flagrancia o en el curso de una investigación penal, constituye una privación arbitraria de esa libertad y es incompatible aun en estados de excepción. Las autoridades no pueden presumir la culpabilidad de las personas, sino respetar la presunción de inocencia, razón por la cual no puede privarse de la libertad a las personas en aplicación de principios subjetivos como que la persona parezca “sospechosa”, o con el fin genérico e hipotético de prevenir delitos, sin que la privación de la libertad esté vinculada a una relación directa del detenido con la comisión de un delito previsto en la legislación como tal y para el cual se otorgan dichas facultades a las autoridades”. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ponencias del Director de la Oficina, *Desafíos de los derechos humanos en el marco de los estados de excepción*, www.hchr.org.co

⁵⁴ “Para mí es sospechosa la persona que no es del pueblo. (...) Si un vendedor pasa varias veces por la misma calle, enseguida llamo a la policía. (...) Si un tipo se viste como campesino, no sabe combinar la ropa, se pone una camiseta roja con verde y tiene rasguños en los brazos, ahí mismito le analizo la cintura porque puede ser guerrillero. (...) Si tiene tatuajes o un arete, puede ser paramilitar” Entrevista a un informante en el departamento del Cesar. “Así vigilan los informantes”, *El Tiempo*, 20 de agosto de 2002, páginas 1-11.

⁵⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, documento número E/CN.4/2003/13, 24 de febrero de 2003, párr. 67.

⁵⁶ Eduardo Pizarro, *Terrorismo y Democracia. El caso de Colombia*. En Terrorismo y Seguridad, Ed. Planeta, Semana, Bogotá, 2003.

que la ejecución de las políticas de limitación sean ejecutadas por autoridades independientes y que no estén inmersas en el conflicto.

Ahora bien, sin desconocer que los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos, consideramos que una estrategia eficaz de lucha contra el terrorismo debería utilizar estratégicamente los derechos humanos y los derechos fundamentales, las libertades individuales y los principios democráticos como marco estructural de acción.

La esencia de los derechos humanos es que la vida y la dignidad humanas no pueden verse comprometidas jamás, y que ciertos actos no están justificados jamás para ningún fin. El enfoque irresponsable de la vida y la libertad humana socava la legitimidad de las medidas de lucha contra el terrorismo propuestas por el Gobierno y el sistema democrático. No perdamos de vista que en todo el mundo, las personas se sienten inseguras cuando corren peligro sus derechos y los de los demás y ello es un detonante más para cualquier guerra. La aplicación de una definición más amplia de seguridad hace que el derecho de cada persona a no ver constantemente amenazados sus derechos sea un elemento central en los análisis de la seguridad y su manejo político.

Por lo anterior, siguiendo con nuestro compromiso en la tarea de encontrar mecanismos que permitan superar esta situación de tragedia entre los colombianos, a continuación nos permitimos repasar puntos fundamentales que se constituyen en elementos orientadores para fundamentar una verdadera política en contra del terrorismo:

1. Se debe evitar a toda costa una represión generalizada, esta puede destruir el régimen democrático aun más rápido y de manera más efectiva que cualquier campaña antiterrorista.

2. Se debe evitar, igualmente, una reacción insuficiente, es decir, un apoyo débil a la autoridad y a la ley.

3. El Gobierno y las fuerzas de seguridad deben en todo momento y en toda situación actuar en el marco de la ley. Si fallan en este punto se socavarán su legitimidad democrática, así como la confianza pública y el respeto a la policía, las fuerzas militares y el sistema judicial.

4. El secreto para ganar una batalla contra el terrorismo en una sociedad democrática es ganando la guerra de inteligencia.

5. Los organismos de inteligencia y todo el resto de instituciones envuelta en el combate contra el terrorismo, deben estar firmemente bajo el control de los Gobiernos electos y ser responsable ante estos.

6. Si es indispensable dictar leyes de emergencia para enfrentar conflictos terroristas particularmente serios, estas leyes deben tener un carácter temporal.

7. No debe haber ninguna concesión de estatus especial para terroristas convictos: los terroristas no son condenados a causa de sus convecciones, sino por cometer crímenes de naturaleza particularmente atroz.

8. Las campañas de propaganda y difusión en contra de las autoridades legítimas deben ser neutralizadas; si esto no se lleva a cabo, los grupos antiterroristas pueden maximizar su capacidad de desestabilización.

9. A pesar de los serios dilemas que enfrentan los Gobiernos en las tomas de rehenes, las autoridades deben evitar realizar concesiones.

10. Bajo ninguna circunstancia un Estado democrático en su lucha antiterrorista se puede apoyar en grupos paramilitares.⁵⁷

7. Proposición

Por los problemas vistos en la definición de terrorismo y la necesidad de proteger a la población de las posibles violaciones de sus derechos; por las graves implicaciones del proyecto de acto legislativo frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a los Principios Democráticos y de libertad individual, fundantes de la Constitución Política de 1991 y por los múltiples casos de violaciones a los derechos humanos relacionados con las facultades de Policía Judicial otorgadas a las Fuerzas Militares, los suscritos proponemos a los honorables Senadores: Archívese el Proyecto de Acto legislativo número 15 de 2003 Senado 223 de Cámara, *por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 48, 250 y se adiciona un artículo nuevo a la Constitución Política de Colombia.*

Atentamente,

Jesús Enrique Piñacué A.,

Héctor Helí Rojas J.,

Senadores Ponentes.

⁵⁷ Paul Wilkinson, citado por Eduardo Pizarro, *Terrorismo y Democracia. El caso de Colombia*. En Terrorismo y Seguridad, Ed. Planeta, Semana, Bogotá, 2003.