



NACIONES UNIDAS
ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS
OFICINA EN COLOMBIA

UNITED NATIONS
HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS
OFFICE IN COLOMBIA

OBSERVACIONES DE LA OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DECRETO LEGISLATIVO 2002 DE 2002

En desarrollo de su función de “velar porque todo proyecto de ley en materia de derechos humanos sea respetuoso de los instrumentos internacionales en la materia” y de “asesorar a las instituciones nacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos (...) y a los miembros de la rama jurisdiccional, con miras a fortalecer su acción”, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado para Derechos Humanos cree necesario formular algunas observaciones sobre el Decreto 2002, adoptado por el Gobierno colombiano el 9 de Septiembre de 2002.

Las disposiciones contenidas en el Decreto 2002 de 2002 se cotejaron con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y con la interpretación autorizada que de los mismos han hecho los órganos internacionales competentes.

El examen de la conformidad de las normas internas con las internacionales, es consecuente con lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹. En dicho instrumento se afirma la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, así como el deber de cumplir de buena fe lo estipulado en los tratados internacionales². Esta obligación se explica como consecuencia del consentimiento libremente asumido por los Estados al ratificar o adherirse a esos instrumentos. Es en ese marco que Colombia se ha comprometido internacionalmente a respetar sus obligaciones convencionales y a adecuar su legislación interna a esas disposiciones.

Igualmente, las observaciones contenidas en este documento han tomado en consideración las recomendaciones de órganos internacionales sobre derechos humanos hechas a Colombia, así como otros compromisos surgidos de la aplicación del derecho internacional consuetudinario.

¹ Adoptada el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

² De conformidad con los artículos 27 y 26 respectivamente.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES GENERALES EN RELACIÓN CON EL DECRETO

a) Estado de excepción y normas permanentes

Los Estados tienen no sólo el derecho sino también la obligación de asegurar su defensa, combatir los actos terroristas y criminales, y promover la seguridad ciudadana en el marco del respeto de la legalidad, de los derechos humanos y del Estado democrático de derecho. No todas las limitaciones a los derechos humanos constituyen, por lo tanto, una violación a los mismos. No obstante, es menester recordar que debe existir un justo equilibrio entre el goce de las libertades individuales y el interés general en torno de la seguridad nacional.

En sentencia de 30 de mayo de 1999, en el caso Castillo Petruzzi y otros, señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”*.³

Las políticas y medidas que se adopten en ese marco deben ser confrontadas con los estándares internacionales de derechos humanos para garantizar el respeto del principio de legalidad, el Estado de derecho y las reglas democráticas.

Los artículos 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos humanos establecen que las disposiciones adoptadas por el Estado para afrontar hechos cuya existencia justifica el ejercicio del llamado “derecho de suspensión”, deben ceñirse a los principios de estricta necesidad, excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad. En particular, incluso durante un conflicto armado, las disposiciones que se apartan de lo dispuesto en tratados tales como el Pacto sólo están permitidas en situaciones de excepcional gravedad, en la medida en que la situación constituya “una amenaza para la vida de la nación” cuya existencia haya sido proclamada oficialmente.⁴

La Corte Interamericana ha señalado su preocupación por los abusos a los que ha dado lugar estas medidas excepcionales en el hemisferio. Por ello considera fundamental que las medidas que se adopten para enfrentar esas situaciones especiales se ajusten “a las

³ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 121.

⁴ Artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

exigencias de la situación” y respondan a los criterios expuestos en el artículo 27 de la Convención Americana.

La juridicidad y legitimidad de estas medidas dependerá, según la Corte, “*del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad, y razonabilidad que guarden*” dichas medidas.⁵ La Corte indica también que del artículo 27.1 de la Convención Americana se deriva la necesidad genérica de que en todo estado de excepción “*subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella*”.⁶

A los efectos del artículo 27.2 de la Convención (que prohíbe la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que non pueden ser suspendidos ni siquiera en el marco de un estado de excepción) la Corte indica que “*deben considerarse como indispensables aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud*”.⁷

El 24 de julio de 2001, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), aprobó la Observación General No 29 al artículo 4 del Pacto. El Comité enfatizó, entre otros puntos, que aun en tiempos de conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto solo estarán permitidas en la medida en que la situación sea de carácter excepcional, constituya un peligro para la vida de la nación y sea de vigencia temporal.⁸

En 1984, en una Conferencia Internacional en la ciudad de Siracusa, se interpretaron los alcances de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptando así un documento titulado "Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" Este documento establece con gran precisión los alcances de las situaciones excepcionales señaladas en el artículo 4 del Pacto. Indican los principios de Siracusa:

"39.- Un Estado Parte solamente puede adoptar medidas para suspender sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con lo

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC – 8/87: “El Habeas corpus bajo suspensión de garantías” (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 30 de enero de 1987, párrafo 22.

⁶ Opinión consultiva OC – 8/87 citada, párrafo 21.

⁷ Opinión consultiva OC – 8/87 citada, párrafo 30.

⁸ Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 29: Estados de emergencia (artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), párrafo 3.

dispuesto en el Artículo 4 (en lo sucesivo denominadas "medidas de derogación") cuando se enfrente con una situación excepcional y un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación cuando:

a) Afecte a toda la población y a todo el territorio del Estado o a parte de él y

b) Amenace la integridad física de la población, la independencia política o la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto"

"40.- El conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la nación no pueden justificar las derogaciones en virtud del artículo 4. " ⁹

De su parte, el Comité de Derechos Humanos observa: *"... El solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte. Al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité ha expresado su preocupación por el hecho de que no se presta suficiente atención al principio de proporcionalidad".¹⁰*

El Comité señala, además, que durante un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional, *"son aplicables las normas del derecho internacional humanitario, que contribuyen, junto con las disposiciones del artículo 4 y del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto"¹¹, a impedir el abuso de las facultades excepcionales del Estado".¹²*

Por otra parte, el Comité señala: *"... Ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión*

⁹ Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1984.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 29 ya citada, párrafo 4.

¹¹ El artículo 5.1 del Pacto establece que "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".

¹² Idem nota 10, párrafo 3.

*entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general”.*¹³

Todas estas reglas se explican por los cambios que ha experimentado la noción de estados de excepción en la concepción moderna del mismo. Como lo señalara Roberto Garretón, Representante Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “Originalmente los estados de excepción estaban vinculados a una concepción militarista para la solución de los conflictos. De allí que Maurice Hauriou los definiera como “una institución legal preparada de antemano que con el fin de asegurar la paz pública, organiza el robustecimiento del poder Ejecutivo, transfiriendo de la autoridad civil a la militar una parte de los poderes de la policía y una parte del poder represivo de la sociedad civil”¹⁴. Cuando Hauriou planteaba ese concepto la ciencia jurídica estudiaba el fenómeno de las emergencias sólo desde el ángulo de los poderes públicos, en el derecho constitucional [...] No obstante, hoy esa definición aparece superada, y a ello contribuyeron sin duda los fracasos de las soluciones militares. Desde la segunda mitad del siglo XX los estados de excepción han pasado a estar regulados fundamentalmente por el derecho de los derechos humanos, y el enfoque ya no es “en cuánto se refuerzan los poderes de la autoridad” sino “cómo se garantiza el respeto de los derechos fundamentales”.¹⁵

b) Conexidad entre la necesidad de las medidas adoptadas en estados de excepción y el peligro o amenaza grave e inminente que pretende superar

Las medidas que se adopten en el marco de un estado de excepción deben estar irremediablemente en conexión directa con la emergencia que justifica su proclamación.

No está de más recordar aquí las exigencias que deben orientar el ejercicio de los poderes de excepción y la legitimidad de esas situaciones excepcionales. Los requisitos fundamentales al respecto son:

- Que las situaciones excepcionales constituyan una amenaza para la vida de la nación o para la independencia o seguridad del Estado;
- Que la existencia de la situación excepcional haya sido proclamada oficialmente;
- Que las medidas adoptadas sean estrictamente proporcionales a las exigencias de la situación;
- Que las disposiciones que se adopten no entrañen discriminación;
- Que las suspensiones no sean incompatibles con las demás obligaciones impuestas al Estado por el derecho internacional,

¹³ Idem nota anterior, párrafo 9.

¹⁴ Derecho Público y Constitucional, Instituto Editorial Reus, Madrid, pág. 123.

¹⁵ Ponencia de Roberto Garretón: “Estados de excepción”, presentada en el Seminario Internacional sobre Reforma de la estructura del Estado y derechos humanos. Bogotá, 24 y 25 de septiembre de 2002.

- Que las medidas sean necesarias en una sociedad democrática
- Que el Estado informe de inmediato a los demás Estados Partes por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas de las disposiciones cuya aplicación se haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. El Estado también está obligado a informar por el mismo conducto la fecha en que haya dado por terminada la suspensión.

Dentro de este marco general que regula los estados de excepción, cabe señalar la consecuencia lógica que impone la afirmación de que cuando la amenaza pueda ser enfrentada mediante las medidas ordinarias, no se justifica la utilización de poderes excepcionales. Esto es así porque la exigencia de la “necesidad social imperiosa”¹⁶ y del principio de proporcionalidad, que implica que siempre se va a recurrir a la medida menos restrictiva para hacer frente a dichas amenazas, impone la conclusión de que sólo cuando no exista otra alternativa pueden tener justificación las medidas excepcionales.

Es importante citar en esta materia lo señalado por la Comisión Interamericana respecto a sus preocupaciones sobre los estados de excepción en Colombia, y en particular sobre la declaratoria hecha en noviembre de 1995. La Comisión destacó su convicción respecto de que *“la situación mencionada como causal para la declaración del estado de emergencia no constituye una situación de excepción que no pudiera haber sido enfrentada mediante mecanismos normales”*.¹⁷

Adicionalmente, como ya se señaló, el Comité de Derechos Humanos ha observado, en este sentido, que *“el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación.”*¹⁸

Finalmente, en relación con este último punto, merecen ser citadas las observaciones de la Comisión Interamericana que señala: *“El vago fundamento del estado de emergencia (“hechos de violencia en diferentes regiones del país”) hace imposible cualquier análisis acerca de si las medidas adoptadas fueron las estrictamente necesarias para corregir la*

¹⁶ De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos. Véase por ejemplo la observación general N°22 del Comité de Derechos Humanos, sobre el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (libertad de pensamiento, conciencia y religión), párrafo 8 y el Caso "Silver y otros c. Reino Unido" de la Corte Europea, de 16 de diciembre de 1992, Serie A, n° 251-B.

¹⁷ Véase el Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9 rev.1, 26 de febrero de 1999, capítulo II: Estados de excepción en el sistema jurídico colombiano.

¹⁸ Observación general 29 (interpretación del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ya citada; párrafo 4.

*situación. Esta afirmación es tanto más cierta cuanto que ni siquiera quedó claro qué causas de violencia se pretendía combatir mediante las medidas”.*¹⁹

De conformidad con el principio de conexidad, resulta difícil afirmar que las medidas previstas por el Decreto 2002, en materia de control de la población civil y de restricción a sus derechos y libertades fundamentales, están destinados a enfrentar la amenaza excepcional que justificó la proclamación del estado de conmoción interior.

c) Ley previa

Tratándose de restricciones a derechos fundamentales, las medidas adoptadas en el marco de un estado de excepción tienen que adecuarse a la exigencia de que éstas solo pueden ser impuestas por una ley previa, conforme al artículo 30 de la Convención Americana. En una opinión consultiva la Corte tuvo oportunidad de referirse in extenso al sentido de la palabra “leyes” en el marco del artículo 30 de la Convención, referido a la legitimidad de las restricciones a los derechos y libertades reconocidos en ella.²⁰ La Corte Interamericana afirmó que la expresión “leyes” no debe ser utilizada como sinónimo de cualquier norma jurídica, concluyendo que dicha expresión, *“no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”.*²¹ A tal definición llegó con base en el análisis de los principios de “legalidad” y “legitimidad” propios del régimen democrático, dentro del cual hay que entender el sistema interamericano de derechos humanos. Por ello, *“la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”.*²²

La Corte hace también notar que *“en una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención”.*²³

¹⁹ Idem nota 17

²⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86: La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, párrafo 26.

²¹ Ídem nota anterior, párrafo 27.

²² Ídem nota anterior, párrafo 22

²³ Idem nota anterior, párrafo 32

En la mencionada opinión consultiva sobre el “Habeas corpus bajo suspensión de garantías”, la Corte afirma: *“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. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”*.²⁴

En la concepción moderna de los estados de excepción, la delegación de facultades legislativas al órgano ejecutivo se justifica sólo para la adopción de medidas estrictamente temporáneas y dirigidas a restablecer la normalidad. Como lo ha indicado Leandro Despouy, Relator especial sobre estados de excepción de la Subcomisión para la Promoción y Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas, las medidas adoptadas en el marco de un estado de excepción, limitadas en el tiempo y cuya aplicación debe ser proporcional a la causa que las genera, tienen como única finalidad *“restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos más fundamentales”*.²⁵ Tienen, por tanto, un carácter de defensa y amparo de la dignidad humana, y no un carácter represivo. Su utilización es legítima sólo cuando la restricción de algunas garantías es el único medio posible para defender los derechos fundamentales y el orden democrático. Como lo señala el Relator, *“tanto el carácter tuitivo de los derechos humanos más fundamentales como la defensa de las instituciones que los garantizan y dan fundamento a la suspensión transitoria de algunos derechos y libertades, explican que, cada día con mayor precisión y claridad, los distintos órganos de supervisión internacional vinculen el ejercicio de esta facultad excepcional a la defensa de la democracia, entendida esta última no solamente como una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar sino como un sistema que establece límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana”*.²⁶

Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su segundo informe sobre Colombia, *“la decisión de la Comisión Legislativa de mantener vigentes las penas y delitos establecidos por decreto de estado de sitio en 1988 y la de conservar en existencia la de jueces separados para terrorismo y narcotráfico antes vigentes, va en*

²⁴ Opinión consultiva OC – 8/87 citada, párrafo 24.

²⁵ Despouy, Leandro: La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: cuestión de los derechos humanos y estado de excepción, 23 de junio de 1997, doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/19, página 8.

²⁶ Ídem nota anterior, párrafo 44.

*contravía de los principios democráticos que inspiran la Carta Política, y en especial del título II que regula los derechos fundamentales. Del análisis racional de la Constitución no es factible deducir que ésta admita la perpetuación del régimen de excepción”.*²⁷

La suspensión no se puede prolongar más allá de la superación de la emergencia que la originó, pues de lo contrario la excepción se convertiría en regla, la legalidad extraordinaria suplantaría a la legalidad ordinaria y desaparecería con ello el Estado de Derecho. De otro lado, resulta claro que la proclamación de un estado de excepción no otorga poderes legislativos absolutos al Ejecutivo, y que el órgano Legislativo mantiene sus plenas competencias y funciones exclusivas para legislar en toda materia por la cual no exista la estricta necesidad de adoptar medidas urgentes y temporáneas que tengan por único fin el inmediato restablecimiento de la normalidad. Estas medidas deben cesar una vez finalizada la emergencia.

d) Normas precisas, claras e inequívocas

Algunas de las disposiciones del decreto 2002 (en particular los artículos 2, 3, 5, 6, 15, 18 y 21) se caracterizan por una formulación genérica y poco precisa. En materia penal, la ausencia de precisión y claridad de las normas constituye una violación del principio de legalidad y de los principios de derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, es menester recordar el pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre la necesidad de normas claras y unívocas, en la mencionada sentencia sobre el caso Castillo Petruzzi.

*En particular, “la Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales [..]. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”.*²⁸

²⁷ Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, Capítulo IV a, “Principales problemas que afectan a la administración de justicia”

²⁸ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 121

e) Restricción de derechos fundamentales

La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto. Sin embargo, la obligación de limitar cualquier suspensión a la medida de lo estrictamente necesario según las exigencias de la situación, refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación.

En varias de sus disposiciones y bajo determinadas circunstancias, el Pacto contempla también la limitación de derechos. Por ejemplo, la libertad de circulación (Art. 12) puede limitarse, así como el derecho a la libertad de expresión y de información (Art. 19). Del mismo modo, el derecho de reunión pacífica (Art. 21) y el derecho de asociación (Art. 22) podrán estar sujetos a restricciones. El derecho de participar en asuntos públicos (Art. 25) no podrá estar sujeto a restricciones indebidas.

En repetidas oportunidades, el Comité de Derechos Humanos ha hecho hincapié en que solamente podrán imponerse, respecto de los derechos consagrados en el Pacto, las restricciones que sean necesarias y proporcionales. Las restricciones deben además ser compatibles con el objeto y el fin del Pacto, y no deben ser aplicadas en forma arbitraria. Corresponde al Estado la carga de justificar la legitimidad de las restricciones a los derechos.

Según la Comisión Interamericana "las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos... y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno"²⁹.

En virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las medidas legislativas, de política u operacionales para combatir el terrorismo, así como las que surgen en aplicación de los poderes de excepción, deben basarse en los siguientes principios:

- a) Las restricciones legítimas a los derechos deberán:
- ser permitidas a la luz de las disposiciones respectivas del tratado;
 - estar previstas en la ley, la cual debe establecer claramente qué restricciones pueden hacerse, bajo qué condiciones y por medio de qué autoridades;
 - ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática y cumplir con los requisitos señalados en los párrafos anteriores;
 - no menoscabar la esencia del derecho, es decir que esas restricciones no comporten la supresión del derecho mismo;

²⁹ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 38/96, caso 10.506 párr. 58 y siguientes, Informe Anual 1996.

- ser interpretadas en favor de los derechos cuestionados, por aplicación del principio pro homine que impone una interpretación amplia de los derechos y una estricta y restrictiva de las limitaciones a éstos;
 - ajustarse al principio de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas con las circunstancias y necesidades específicas;
 - ser compatibles con el objeto y el fin de los tratados de derechos humanos, es decir, con la protección y garantía de los derechos humanos y del Estado de derecho;
 - respetar el principio de no discriminación;
 - no ser aplicadas en forma arbitraria;
 - ser compatibles con los principios de legalidad y del Estado democrático de derecho;
 - someterse al control judicial para determinar la legalidad y legitimidad de las medidas adoptadas.
- b) Al establecer los límites de los derechos y las libertades, las leyes que autorizan las restricciones deberán:
- emplear criterios precisos, que indiquen claramente el marco de la actuación del Estado, los límites de esa actuación y las obligaciones impuestas a los ciudadanos;
 - no conferir una discrecionalidad irrestricta a quienes están a cargo de su aplicación;
 - prever los controles necesarios para garantizar la legalidad y legitimidad de las medidas que se adopten en aplicación de dichas leyes o decretos.

II. ALGUNOS COMENTARIOS ESPECÍFICOS SOBRE EL DECRETO 2002

Al analizar el decreto, además de las anteriormente mencionadas, las principales preocupaciones de la Oficina en torno del mismo son, entre otras:

- Justificación de las medidas (Considerando 3°)
- Funcionamiento coordinado de las autoridades públicas (Artículo 1)
- Captura y captura sin orden judicial (Artículos 2 y 3)
- Interceptación o registro de comunicaciones e inspección o registro domiciliario y allanamiento (Artículos 5 y 6)
- Allanamientos sin previa orden judicial (Artículo 7)
- Deberes de los extranjeros. Tránsito y permanencia de extranjeros (Artículos 10 y 22)
- Reglamentación del derecho de circulación y residencia (Artículo 14)
- Información sobre desplazamientos en la zona (Artículo 15)
- Desplazamientos no autorizados (Artículo 16)
- Deber de informar (Artículo 18)
- Identificación (Artículo 20)
- Revisión de carga (Artículo 21)
- Utilización de bienes o servicios de particulares (Artículo 23)

1. Justificación de las medidas (Considerando 3°)

El Decreto da por sentado que uno de los principales soportes de la acción delincencial de los grupos criminales está constituido por “la mimetización de sus integrantes dentro de la población civil” y, por otra parte, por “el constante abastecimiento que funciona en los lugares en que permanecen”. Preocupan estas consideraciones que lanzan sobre el conjunto de la población civil la grave acusación de ocultar y encubrir a los autores de masacres, secuestros y demás delitos mencionados en la parte considerativa del acto. Estas consideraciones impiden el ejercicio del principio de distinción, impuesto por las reglas humanitarias y pueden dar un justificativo a los grupos armados ilegales para explicar el no respeto de dicho principio.

2. Artículo 1: Funcionamiento coordinado de las autoridades públicas

El artículo 1 del decreto 2002 prevé la designación de un Fiscal cuya misión será “la de acompañar, en ejercicio de las funciones propias de su cargo, las operaciones de la Fuerza pública, sin que esto se constituya en requisito para adelantar dichas operaciones”. El Decreto atribuye a las autoridades judiciales y del Ministerio Público una ambigua función de acompañamiento, no obligatorio, a la Fuerza Pública. Dicha disposición no define de manera clara las funciones de esas autoridades, razón por la cual su aplicación puede tener un impacto negativo en el desarrollo de sus funciones ordinarias de control, en la independencia judicial y en la eficacia de la administración de justicia y de la potestad disciplinaria.

3. Artículos 2 y 3: Captura y captura sin autorización judicial

a) Los poderes de policía judicial

Tanto el artículo 2 como el artículo 3 otorgan poderes de captura, con o sin mandamiento judicial, a “la Fuerza pública, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y aquellos organismos que cuenten con atribuciones permanentes de policía judicial”.

Es menester recordar que el ordenamiento jurídico colombiano incluye entre los miembros de la Fuerza pública a todos los miembros de las fuerzas militares. Los artículos 2 a 8 del Decreto 2002 atribuyen entonces a todos los miembros de las fuerzas armadas de Colombia poderes específicos de captura, de interceptación o registro de comunicaciones, de inspección o registro domiciliario y de allanamiento, funciones que normalmente asumen los cuerpos de policía judicial.

Desde el punto de vista de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, no cabe duda de que los actos de captura, allanamiento y inspección o registro domiciliario constituyen atribuciones propias de órganos judiciales. El Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales sobre Colombia de 5 de mayo 1997, mostró su preocupación por el ejercicio de funciones de arresto y detención por parte de miembros de la fuerza militar.³⁰ En las observaciones finales, el Comité expresó su preocupación por la atribución de funciones de policía judicial a las autoridades militares³¹. Agregó además: *“el Comité está preocupado porque integrantes de las fuerzas militares y de seguridad u otras fuerzas supuestamente siguen ejerciendo poderes especiales sobre la población y las autoridades civiles, incluidas las autoridades judiciales, poderes que se les otorgaron mediante el establecimiento de las zonas especiales de orden público por decretos que ya no están en vigor. El Comité está especialmente preocupado por el hecho de que los militares ejerzan las funciones de investigación, arresto, detención e interrogatorio”*.³²

Cabe también recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la atribución de funciones de policía judicial a miembros de la fuerza armada colombiana.

En particular, mediante decreto 1793 de noviembre de 1992, el Gobierno del Presidente Gaviria instauró el estado de conmoción interior. Con base en esta declaratoria se expidió el decreto 1810 sobre la “Asignación de funciones de investigación judicial a las fuerzas militares”. La Comisión Interamericana observó, en su segundo informe sobre Colombia, que *“una de las medidas que la Comisión ve con más preocupación es la referente a permitir a miembros de las fuerzas militares ejercer funciones de policía judicial en investigaciones realizadas por la Fiscalía en relación con civiles. La utilización de militares como agentes de policía judicial por parte de los fiscales puede prestarse a la violación de derechos de los ciudadanos, a la realización de pruebas amañadas o al ocultamiento de pruebas cuando puedan indicar responsabilidades por parte de las Fuerzas Armadas, a las cuales se sindicó con frecuencia de presuntas violaciones a los derechos humanos. Es para la Comisión satisfactorio comprobar que esta medida no pudo ser aplicada al ser declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, dentro del proceso de revisión obligatoria que debe hacer de todos los decretos expedidos en ejercicio de las facultades del estado de sitio”*.³³

“La Comisión considera que el presente Informe ya ha cumplido, en muchos aspectos, un papel importante logrando que algunas de sus objeciones críticas al sistema normativo colombiano se hayan traducido en cambios significativos, como en el presente caso, en el

³⁰ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Colombia, 5 de mayo de 1997.

³¹ Idem nota anterior, párrafo 23

³² Idem nota anterior, párrafo 19.

³³ Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., 14 octubre 1993, Capítulo III, “El régimen de excepción en el ordenamiento jurídico vigente”.

que los organismos públicos del Estado colombiano dejaron sin efecto la aplicación de la norma que confiaba funciones de investigación judicial a la fuerza armada. Seguidamente se transcriben algunos párrafos de la sentencia N° C-034, del 8 de febrero de 1993, de la Corte Constitucional, que justifica la declaratoria de inconstitucionalidad del decreto 1810 de 1992:

Las fuerzas militares, en atención a sus objetivos constitucionales (defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio y del orden constitucional) carecen de competencia en materia de Policía Judicial. En verdad, desnaturalizaría su fisonomía atribuir a las fuerzas militares funciones de Policía Judicial. En este orden de ideas, adscribir a las fuerzas militares una dualidad de funciones (la militar y la de policía judicial) e imponer una correlativa dualidad de jerarquías (el superior en el rango y la Fiscalía General de la Nación), desvertebra su estructura, quebranta la necesaria unidad de mando y en modo alguno asegura que en el caso de conflicto entre las dos funciones (no descartable dentro del clima de confrontación armada que se vive en varios lugares del territorio nacional y que ha obligado a las fuerzas militares a robustecer su presencia y multiplicar sus operativos) prime la de Policía Judicial. La integración de las unidades de Policía Judicial con militares, en el plano constitucional, equivale a una intromisión de la administración en la función jurisdiccional”.³⁴

Es importante señalar que, por su parte, el mismo Gobierno colombiano hacía notar, en sus observaciones a la Comisión, que *“de ninguna manera permite el decreto 1810 que las fuerzas militares adelanten investigaciones judiciales sobre civiles o presenten acusaciones contra ellos en el marco de procesos penales, como se ha dicho en algunos documentos de organizaciones no gubernamentales. Esta asignación de funciones de policía judicial a las fuerzas militares está prevista en la Constitución, pero únicamente bajo el control y dirección de la Fiscalía”*.³⁵

Estas mismas consideraciones podrían ser repetidas en relación con el decreto 2002, en el cual, como se verá más adelante, tanto el artículo 5 como los artículos 6 y 8 prevén que miembros de la Fuerza pública (incluidos los militares) pueden realizar interceptaciones o registros de comunicaciones, inspecciones o registros domiciliarios, allanamientos y inspecciones o registros a bienes inmuebles no domiciliarios, naves o aeronaves, con “el único fin de buscar pruebas con fines judiciales o de prevenir la comisión de delitos”.

Además, es menester señalar que el mismo ordenamiento colombiano excluye las capturas, los allanamientos y las interceptaciones de las funciones de policía judicial, no porque estos actos pueden ser cumplidos por cualquier persona (excepto en caso de captura en flagrancia), sino porque, tratándose de actos que afectan libertades y derechos fundamentales, están estrictamente vinculados a la existencia de una orden judicial y resultan indelegables (art. 316 del Código de Procedimiento Penal).

³⁴ Idem nota anterior.

³⁵ Ibidem, Capítulo III, “Alegato de los representantes del Gobierno en defensa de los decretos dictados bajo el estado de emergencia”

En este sentido, la Comisión Interamericana expresó preocupación, asimismo, con respecto al contenido de las medidas especiales adoptadas por el Presidente Samper durante el estado de excepción, declarado en noviembre de 1995.

En particular, en su tercer informe sobre Colombia, la Comisión declaraba que *“las medidas especiales adoptadas en las zonas de orden público comprendían el otorgamiento de autorización a las Fuerzas Militares y a la policía para realizar allanamientos sin orden judicial. Se autorizó también a las Fuerzas Militares y la policía a detener sin orden judicial a toda persona que se considerara vinculada con actividades delictivas. En esos casos la persona detenida podía ser mantenida en custodia por las fuerzas de seguridad durante 36 horas antes de ser llevada ante una autoridad judicial”*.³⁶

“La Comisión debe señalar, en relación con estas medidas, que ya ha expresado preocupación con respecto a las disposiciones que permiten a los militares realizar investigaciones y arrestos, inclusive en situaciones de emergencia. Lo que corresponde es que esas funciones estén en manos de fuerzas policiales regulares o de la policía judicial especial bajo la supervisión del Poder Judicial. La movilización de las Fuerzas Militares para combatir el delito supone poner tropas entrenadas para el combate a un enemigo armado en situaciones que requieren capacitación especial en seguridad pública e interrelación con civiles. Además, esta situación crea grave confusión con respecto al equilibrio de poderes y a la independencia del Poder Judicial. Las facultades generalmente otorgadas a los órganos judiciales para ordenar o denegar allanamientos, disponer y realizar arrestos o liberar personas detenidas se transfieren a autoridades que forman parte del Poder Ejecutivo. Esta preocupación suscita otro motivo de inquietud con respecto a la disposición que permite que esas detenciones realizadas por autoridades militares se mantengan sin ningún control judicial durante un período de 36 horas”.³⁷

b) El carácter genérico de las disposiciones

La Oficina debe señalar, además, que son poco precisas las razones señaladas para autorizar las capturas a que se hace referencia en el decreto.

El artículo 2 del Decreto 2002 prevé que la aprehensión preventiva puede recaer en “aquellas personas de quienes se tenga indicio sobre su participación o sobre sus planes de participar en la comisión de delitos”. En el inciso segundo, el mismo artículo dispone que “si existiere urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro, bastará la comunicación verbal de la autorización judicial previamente escrita”. Estas condiciones son en extremo vagas y equívocas. Es obvio que no en todo caso de peligro grave o inminente para un derecho fundamental se justifica privar de la libertad a quien ha puesto ese bien jurídico en situación de riesgo. La privación de libertad para quien sin causa justa pone efectivamente en peligro un derecho dotado de

³⁶ Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, Capítulo II, “Estados de excepción en el sistema jurídico colombiano”.

³⁷ Ibidem.

fundamentalidad sólo se justifica cuando su conducta comisiva u omisiva es una de aquellas que el legislador penal ha definido, de manera inequívoca, expresa y clara, como delictiva o contravencional.

Por lo demás, el artículo 3 del decreto se refiere a la “captura del sospechoso”, termino genérico que contrasta con la necesidad de normas claras e inequívocas. Ello resulta tanto más grave por tratarse de una captura sin autorización judicial. Este artículo faculta a las autoridades de la rama ejecutiva a aprehender a cualquier persona que según sus valoraciones subjetivas haya puesto o pueda poner un derecho fundamental en grave o inminente peligro. Tal norma es pues, arbitraria por su incompatibilidad con el respeto fundamental de toda persona a la libertad y con los principios de legalidad y de presunción de inocencia, ya que permite la aprehensión de sujetos no indiciados.

c) La captura sin orden judicial

Cabe además señalar que según los artículos 9,1 del Pacto y 7,3 de la Convención Americana, resulta arbitrario aprehender sin orden judicial a quien no fue privado de la libertad en el momento mismo de la realización del hecho punible o en momentos subsiguientes a éste. La facultad de privar de libertad sin mandamiento de fiscal o de juez constituye una excepción al principio constitucional de reserva judicial de la libertad y, por lo tanto, esa facultad no puede ejercerse cuando ya desapareció la actualidad o inmediatez de la conducta delictiva, situación que justificaba su empleo. Para el ordenamiento internacional es arbitraria cualquier privación de la libertad que contradice abiertamente los contenidos sustanciales del Estado de derecho. Los requisitos que para privar de la libertad exigen los artículos ya mencionados son:

- Que no sea arbitraria, sino fundada en indicios necesarios y no en meras sospechas.
- Que tenga una causa precisa e inequívoca establecida en la ley.
- Que se ejecute de conformidad con el procedimiento legal para llevarla a cabo.
- Que a la persona por ella afectada se le informe, en el momento de aplicar la medida, cuáles son las razones de la misma.
- Que a tal persona se le lleve de inmediato y sin demora ante una autoridad judicial.
- Que a dicha persona no se le impida ejercer la acción pública de hábeas corpus.

En consecuencia, no se ajustan a la legislación internacional aquellas normas que, como el artículo 3 del Decreto:

- Facultan a las autoridades administrativas para privar de libertad sin fundamento en razones objetivas que señalen claramente la vinculación del aprehendido a una conducta punible.
- Permiten a esas autoridades aprehender por fuera de situaciones de urgencia o de peligro inminente (por la mera necesidad de obrar a prisa o prontamente).

- Desconocen a la persona privada de la libertad sus derechos fundamentales a informarse de inmediato sobre las razones de su detención y a solicitar el control judicial de la legalidad de la misma.

Asimismo, la Oficina reitera las observaciones que en materia de detención administrativa ha formulado con respecto a Colombia la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.³⁸

d) La entrega del capturado o aprehendido a la autoridad judicial

En el artículo 3 del Decreto se ha previsto que la persona objeto de captura será puesta “a disposición de un fiscal”.

La Oficina advierte que el artículo 9^o,3 del Pacto y el artículo 7^o,5 de la Convención Americana establecen que la persona detenida debe ser llevada “sin demora” ante el juez, y no simplemente que se le ponga a su disposición mediante aviso verbal o escrito. Los tratados internacionales sobre derechos humanos han establecido que las personas afectadas por una privación de libertad sean llevadas inmediatamente ante el juez. No han dispuesto esos tratados que la entrega física de la persona capturada a la autoridad judicial pueda sustituirse por una mera comunicación en la cual se informe a dicha autoridad que el capturado queda a su disposición. La obligación convencional impuesta por los artículos mencionados no se cumple dando noticia de que una persona fue privada de la libertad, sino conduciéndola, sin tardanzas ni retardos, ante el servidor público facultado para conducir un asunto por la vía procesal adecuada. Ante el derecho internacional de los derechos humanos no son la misma cosa poner a disposición del juez y llevar ante el juez. Esta última medida es esencial para proteger la vida e integridad de una persona privada de libertad, al permitir al juez no sólo examinar la legalidad de la detención sino también sus condiciones físicas y de salud.

4. Artículos 5 y 6: Interceptación o registro de comunicaciones y Inspección o registro domiciliario y allanamiento.

El artículo 5 y el artículo 6 prevén, respectivamente, la interceptación o registro de comunicaciones privadas y la inspección o registro domiciliario y allanamiento, previa autorización judicial, con el objetivo “de buscar pruebas para fines judiciales o de prevenir la comisión de delitos”. En ambos casos, cuando “existan circunstancias de urgencia insuperable y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, bastará la comunicación verbal de la autorización judicial previamente escrita”. La

³⁸ Ver informes de la Alta Comisionada sobre la situación de los derechos humanos en Colombia: 1999, párrafo 41; 2000, párrafo 48; 2001, párrafo 101.

redacción de estas disposiciones, al señalar el fin de las interceptaciones, no respeta el principio de legalidad, pues utiliza expresiones ambiguas. Así, por ejemplo, las expresiones “con el único fin [...] de prevenir la comisión de delitos” o “cuando [...] sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro”, constituyen fórmulas vagas e equívocas que contrastan con la necesidad en materia penal de normas claras y precisas.

La finalidad de “buscar pruebas para fines judiciales” atribuye claramente funciones judiciales a los miembros de las fuerzas armadas. La Oficina reitera sus comentarios expresados en relación con los artículos 2 y 3 del Decreto 2002.

Por lo demás, con arreglo a lo estipulado en el artículo 14,2 del Pacto y el 8º,2 de la Convención Americana, en caso alguno puede presumirse con respecto a una persona la comisión de un delito. Lo que una y otra norma mandan presumir es la inocencia de toda persona acusada o inculpada mientras “no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” o “mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Según los pactos internacionales jamás puede presumirse que alguien cometió un delito. Para esos instrumentos no existen los “presuntos infractores”. Las disposiciones analizadas en este acápite no definen las circunstancias o los elementos que justifican el empleo de la interceptación y del registro para prevenir la comisión de delitos. En cuanto a la necesidad de proteger un derecho fundamental en peligro, la Oficina debe remitirse a lo ya afirmado con relación al artículo 3 del Decreto.

5. Artículo 7: allanamiento sin previa orden judicial

El allanamiento sin previa orden judicial previsto en el artículo 7 del Decreto viola los artículos 17 del Pacto y 11 de la Convención Americana, al establecerse que el mismo puede cumplirse “siempre que haya urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”. De una y otra norma convencionales se colige que, en el ámbito penal, la penetración de las autoridades en un recinto protegido por la inviolabilidad domiciliaria sólo puede darse sin mandamiento jurisdiccional cuando en aquél hay una situación de flagrancia o es inminente la perpetración de una conducta punible. De no darse cualquiera de estas dos hipótesis el allanamiento constituye una “injerencia arbitraria” prohibida en los Pactos.³⁹

A este respecto es importante anotar que en la legislación colombiana vigente el funcionario judicial sólo puede ordenar un allanamiento cuando hay “serios motivos para

³⁹ “A juicio del Comité, la expresión “injerencias arbitrarias” puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”, Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 16 relativa al derecho de toda persona a ser protegida respecto de las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, aprobada en el 32º período de sesiones, 1988.

presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentre alguna persona contra quien obra orden de captura, o las armas, instrumentos o efectos con los que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución...”(art. 294 C.P.P.). En la misma normativa la policía judicial sólo puede ingresar en lugar no abierto al público sin orden escrita de funcionario judicial cuando allí “se esté cometiendo un delito” y con la finalidad de “impedir que se siga ejecutando la conducta” (art. 294 C.P.P.).

Los artículos 8 y 26 del Decreto 2002, establecen adicionalmente la suspensión del inciso primero del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, norma en la cual se establece cuándo pueden los funcionarios judiciales ordenar, por providencia motivada, el allanamiento y el registro de muebles, naves y aeronaves no amparados por inmunidad diplomática. Como consecuencia de estas disposiciones la Fuerza Pública (incluidos los miembros de las Fuerzas Militares) podrá proceder a allanamientos e inspecciones o registro domiciliarios sin mandamiento judicial, cada vez que discrecionalmente entiendan que existe la necesidad de “prevenir la comisión de delitos”.

6. Artículo 10 y artículo 22: Deberes de los extranjeros. Tránsito y permanencia de extranjeros

Estos dos artículos imponen el deber de comparencia de los extranjeros ante las autoridades colombianas, así como limitaciones al tránsito y permanencia de extranjeros en las Zonas de Rehabilitación y Consolidación. Estas disposiciones no resultan compatibles con el principio de no-discriminación y son violatorias de la normativa internacional.

En su Observación General No. 15, el Comité de Derechos Humanos (sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) señaló que *“una vez que un extranjero se encuentra lícitamente dentro de un territorio, su libertad de circulación en el territorio y su derecho a salir de él pueden limitarse sólo de conformidad con lo previsto en el párrafo 3 del artículo 12. Con arreglo a lo previsto en esa disposición, será necesario justificar las diferencias de trato a ese respecto entre extranjeros y nacionales, o entre diferentes categorías de extranjeros. Como tales restricciones, entre otras cosas, deben ajustarse a los demás derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Partes, al limitar la libertad de circulación de un extranjero o al deportar a éste a un tercer país, no podrán impedir arbitrariamente que regrese a su propio país (párrafo 4 del artículo 12)”*.⁴⁰

El Comité destacó igualmente que los Estados Partes deben velar por que se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción. En general, los derechos reconocidos en el

⁴⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 15: Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto; párrafo 8.

Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, de su nacionalidad o de que sean apátridas.

El Comité reconoce que el Estado puede regular la entrada y salida de los extranjeros al país, pero aclara que *“una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto”*.⁴¹

El Comité, en su Observación General No. 29 señaló que *“según el párrafo 1 del artículo 4, una de las condiciones para la justificación de cualquier suspensión de las disposiciones del Pacto es la de que las medidas adoptadas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Aun cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (artículos 2 y 3, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 23, párrafo 1 del artículo 24 y artículo 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna. En particular, se debe dar cumplimiento a esta disposición del párrafo 1 del artículo 4 cuando se hagan cualesquiera distinciones entre las personas al recurrir a medidas que suspenden la aplicación de determinados artículos del Pacto”*.⁴²

7. Artículo 14: Reglamentación del derecho de circulación y residencia

Este artículo prevé la posibilidad genérica de limitar el derecho de circulación o residencia en las zonas de rehabilitación y consolidación.

En su Observación General No. 27 sobre el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos sostiene el Comité de Derechos Humanos, al tratar las restricciones a los derechos de circulación y residencia: *“La disposición autoriza al Estado a restringir esos derechos sólo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros. Para ser permisibles, las restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto (...). La propia ley tiene que determinar las condiciones en que puedan limitarse esos derechos.”*⁴³

Como se ha recordado en las consideraciones preliminares generales, las medidas adoptadas en el marco de un estado de excepción deben ser necesarias, temporales, proporcionales a la gravedad del peligro y no discriminatorias. Por el contrario, en el

⁴¹ Idem nota anterior, párrafo 6

⁴² Observación general N° 29 ya citada, párrafo 8

⁴³ Comité de Derechos Humanos, observación general No. 27, párrafo 11

artículo aquí analizado la medida de suspensión del derecho de libre circulación y residencia no está vinculada con un fin específico y con una situación determinada de peligro, sino que prevé una facultad genérica de limitación de la circulación o de la residencia. Resulta evidente que indicar que “el derecho de circulación o residencia podrá limitarse mediante medidas como el toque de queda, retenes militares, indicativos especiales para la movilización, permisos especiales para el libre tránsito, circulación o permanencia restringida o prohibida de personas o vehículos en horas y lugares determinados” sin definir cuándo, cómo y porqué ello puede hacerse, no es compatible con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

8. Artículo 15: Información sobre desplazamientos en la zona

Este artículo prevé la adopción de medidas para exigir “a personas determinadas” que comuniquen con una antelación de dos días todo desplazamiento fuera de la Zona de rehabilitación cuando se trate de su residencia habitual. La indicación de “personas determinadas” contrasta con la necesidad de normas precisas, claras e inequívocas y puede resultar en una violación del principio de no discriminación. Todas las excepciones al principio de libre circulación deben interpretarse en sentido estricto y su ejercicio y alcance quedarán limitados por los principios generales del derecho, como los de no discriminación, de proporcionalidad y de protección de derechos fundamentales.

Por otra parte, al igual que en el artículo 14, la falta de indicación de las situaciones en las cuales se podrá exigir la comunicación de todo desplazamiento no permite identificar la estricta necesidad de la medida, con evidente violación de los principios de necesidad y proporcionalidad.

9. Artículo 16: Desplazamientos no autorizados

El incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 15 (información sobre desplazamientos en la Zona) es sancionado con la retención transitoria inmutable hasta por 24 horas. Es evidente que el presente artículo introduce un tipo penal, identificando una conducta punible (el incumplimiento de la obligación de informar sobre el desplazamiento) y la sanción a éste aplicable (identificada en la privación de libertad hasta las 24 horas).

Por el presente artículo se atribuye a la autoridad administrativa el poder de imponer *motu proprio* una sanción que entraña la privación de la libertad, en ausencia de un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, y en violación de las garantías judiciales y procesales que protegen la libertad personal y el debido proceso.

Cabe recordar que, a juicio del Comité de Derechos Humanos, las garantías relacionadas con la institución de la suspensión se basan en los principios de legalidad y del Estado de

derecho inherentes al Pacto en su conjunto. Por esta razón *“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. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia”*.⁴⁴

10. Artículo 18: Deber de informar

El decreto 2002, en su artículo 18, introduce el deber de informar sobre la tenencia, porte o uso de armas, explosivos, accesorios, municiones o equipos de telecomunicaciones. El incumplimiento de este deber, que se configura como una obligación de carácter administrativo, confiere sin embargo a cualquier miembro de la Fuerza pública (incluso, entonces, a los militares) la facultad de proceder a la captura preventiva, con un largo margen temporal (36 horas) para que el capturado sea puesto a disposición de la autoridad judicial competente. A parte de la eventual suspensión del respectivo salvoconducto, el artículo no da indicación alguna de la sanción que se aplicaría a esta infracción, con la consiguiente violación del principio de legalidad.

Cabe señalar que el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica de manera clara que, en caso alguno la suspensión de garantías en el marco de estados de excepción puede autorizar, entre otras, la suspensión del artículo 9 de la Convención, relativo al principio de legalidad y de retroactividad, ni de las garantías judiciales para su protección.

Además, la formulación ambigua del artículo (si se considera el carácter vago de términos como “accesorios” o “equipos de telecomunicación”) genera dudas sobre el mismo contenido del deber de informar y viola la necesidad de normas claras, precisas e inequívocas.

11. Artículo 20: Identificación

Este artículo establece que la persona que no porte su documento de identificación en la Zona de Rehabilitación y Consolidación, “será retenida mientras se verifica su identidad y se establece que no es requerida por ninguna autoridad judicial o de policía” por un tiempo que no podrá ser superior a las 24 horas.

Desde el punto de vista del derecho internacional comparado, el derecho a la libertad y, consecuentemente, a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado, en principio, por las diligencias policiales de cacheo e identificación.

⁴⁴ Véase la “Observación general 29: estados de emergencia”, párrafo 16.

Esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una privación de libertad ni atenta contra su derecho de libre circulación, que quedan intactos tras la práctica de dichas medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir con el fin que persiguen.

Sin embargo, la medida de identificación prevista en el artículo 20 supone una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, pues da lugar a que la persona sea “retenida”. Por lo demás, la norma no indica cuál es la autoridad facultada para proceder a la retención. La medida analizada comporta una nueva modalidad de privación de libertad sin mandamiento judicial y sin la exigencia de justificar una necesidad y un fin legítimos.

En este sentido, la medida aquí considerada se manifiesta como arbitraria, al no prever que, antes de retener a un ciudadano a efectos de verificar su identidad, habrá de agotarse todos los medios que puedan servir para identificar a la persona o personas requeridas.

De otro lado, cabe señalar que la diligencia de identificación no se podrá prolongar más allá del “tiempo imprescindible”, lo que implica que debe realizarse de manera inmediata y sin dilación alguna. El plazo máximo del artículo 20 (24 horas), parece proporcional a la práctica de esta diligencia que nunca podría justificar tan dilatado período de tiempo. El instituto del hábeas corpus debe, además, proteger al afectado frente a una eventual prolongación abusiva de la permanencia en dependencias policiales.

El artículo 20 tampoco da indicaciones respecto al derecho del retenido de ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento.

12. Artículo 21: Revisión de carga

Se prevé en este artículo la posibilidad de capturar preventivamente a los conductores y a los auxiliares del medio de transporte que ingresen, transiten o salgan de la Zona de Rehabilitación, cuando existan indicios que permitan “inferir que con la carga que transportan se pretende auxiliar a alguna organización delictiva o a sus miembros”. Esta última indicación contrasta con la necesidad en materia penal de normas precisas, claras e inequívocas y asocia la existencia de un indicio genérico a la presunción de intención delictiva.

Por lo demás, como ya se ha mencionado, con arreglo a lo estipulado en los artículos 14,2 del Pacto y 8,2 de la Convención Americana, en caso alguno puede presumirse con respecto a una persona la comisión de un delito. Lo que una y otra norma presumen es la inocencia de toda persona acusada o inculpada mientras “no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” o “mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Además, el término “carga” sin otras indicaciones precisas, junto a la mera necesidad de un indicio genérico de autoría, deja un espacio muy amplio a la subjetividad de la autoridad facultada para la revisión de carga.

13. Artículo 23: Utilización de bienes o servicios de particulares

Preocupa en este artículo la posibilidad de imponer la prestación de servicios técnicos y profesionales a quienes ostentan tal calidad, cuando no existan o sean insuficientes los servicios oficiales para proteger derechos fundamentales o cuando sean urgentes para garantizar la vida y la salud de las personas.

Cabe señalar que el artículo 27 de la Convención Americana prohíbe, en las situaciones de ejercicio de poderes excepcionales, la suspensión de la libertad de conciencia y de religión, protegida por el artículo 12 de la misma Convención.

Como consecuencia, toda vez que se imponen compulsivamente, con prescindencia de las convicciones y bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones, prestaciones profesionales que no se quieren efectuar por razones de conciencia, se incurre en una violación del derecho a la libertad consagrada en los artículos 12 de la Convención y 18 del Pacto. En ejercicio de esta libertad las personas están facultadas para discernir y elegir la prestación de servicios profesionales de acuerdo con su valoración ética de las acciones.

Otro elemento de preocupación está representado por la necesidad de respetar el principio de distinción impuesto por el derecho internacional humanitario. La obligación de prestar servicios técnicos o profesionales podría, según las circunstancias, cuestionar el principio de distinción al vincular a personas civiles a actividades que les pudieren hacer perder la protección humanitaria.

Igualmente, la sola finalidad genérica de “proteger derechos fundamentales”, que autoriza a los servidores públicos para exigir bienes y prestaciones particulares, no justifica la imposición de cargas extraordinarias. Es, por lo demás, incompatible con la necesidad de normas claras e inequívocas y con los principios de necesidad y proporcionalidad.

Bogotá, 1 de octubre de 2002