

W
#0073



LA PERSONERIA ANTE LA NUEVA CONSTITUCION
COLOMBIANA

YOVANIS IVAN CURE RAMIREZ

OSCAR MIGUEL CORDOBA AGUILAR

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

LA PERSONERIA ANTE LA NUEVA CONSTITUCION
COLOMBIANA

YOVANIS IVAN CURE RAMIREZ

OSCAR MIGUEL CORDOBA AGUILAR

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de ABOGADO

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1993

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Junio 30 de 1993

Barranquilla, junio 30 de 1993

Doctor:
CARLOS D. LLANOS SANCHEZ
Decano - Facultad de Derecho-
Universidad Simón Bolívar

Apreciado Doctor:

Atentamente me permito dar concepto favorable sobre el Trabajo de Investigación, que para optar al título de ABOGADO, ha presentado los egresados YOVANIS IVAL CURE RAMIREZ y OSCAR MIGUEL - CORDOBA AGUILAR, la cual lleva por título " LA PERSONERIA - ANTE LA NUEVA CONSTITUCION COLOMBIANA".

Examinado dicho trabajo de tesis considero que reúne los requisitos exigidos para su cometido, no sólo por su contenido legal, sino por su aspecto crítico.

Atentamente,

Director

PLAN DE TRABAJO

	Pág
1. INTRODUCCION	8
2. EVOLUCION HISTORICA DE LAS PERSONERIAS	11
2.1. EVOLUCION EN EUROPA	12
2.2. EVOLUCION EN COLOMBIA	13
3. EL HOMBRE Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES	17
3.1. LOS DERECHOS HUMANOS: UNA SINFONIA INCONCLUSA	17
3.2. EL CASO COLOMBIANO	19
3.3. TEORIAS DE LAS LIBERTADES PUBLICAS	21
3.4. VARIOS NOMBRES PARA A UN MISMO VALOR	26
3.5. NOTA CARACTERISTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS	27
3.6. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS HUMANOS	28
3.7. LA GARANTIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO	33
4. LOS DERECHOS SUSTANCIALES	37
4.1. DERECHO A LA VIDA	37
4.1.1. Respeto por la vida	39
4.1.2. El Estado y la vida Humana	40
4.1.3. La protección del medio ambiente	42
4.1.4. El socorro de la víctimas de desastres	44

4.1.5. La prohibición de la pena capital	45
4.1.6. La asistencia pública	46
4.2. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA	47
4.2.1. Proscripción de la tortura	48
4.2.2. Disposición de componente anatómico	51
4.3. DERECHO A LA LIBERTAD FISICA	52
4.3.1. Prohibición de la esclavitud	53
4.3.2. Prohibición de la detención arbitraria	54
4.3.3. La aprehensión del delincuente en flagrancia	55
4.3.4. La retención administrativa	57
4.3.5. Casos de privación legal de la libertad	58
4.3.6. El <u>Habeas Corpus</u>	61
4.3.7. El secuestro	62
4.3.8. La desaparición forzada	64
4.3.9. La libertad de circulación	65
4.4. DERECHO A LA NACIONALIDAD	66
4.5. DERECHO A LA IGUALDAD	67
4.5.1. La igualdad ante la ley	67
4.5.2. La expulsión de extranjeros	68
4.5.3. La abolición de la discriminación	69
4.6. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO	70
4.7. EL DERECHO DE ASILO	72
5. LA PERSONERIA ANTE LA NUEVA CONSTITUCION	74
5.1. LA GUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS	76
5.2. LA PERSONERIA Y LA PROTECCION DEL INTERES PUBLICO	78

5.3. LA VIGILANCIA DE LA CONDUCTA OFICIAL POR LA PERSONERIA	83
5.4. DELEGACION DE LA ACCION DE TUTELA	88
6. CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFIA	92

1. INTRODUCCION

La importancia y la respetabilidad del Ministerio Público en el marco normativo de la constitución de 1986 se basa fundamentalmente en las funciones de vigilar la integridad del orden jurídico, propender por la investigación tendiente al esclarecimiento del delito y velar por el correcto desempeño de los funcionarios públicos. No incluía el ordenamiento constitucional, mención directa de la institución del Personero, sino al atribuir al Concejo Municipal la función de su elección según el art. 197 num 6º.

La constitución de 1991 tampoco determinó una normatividad específica sobre funciones o atribuciones para el Personero Municipal, pero en principio lo incorporó para ejercer el Ministerio Público, al igual que el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los Procuradores Delegados y los agentes, antes las autoridades judiciales. Además la nueva constitución incluyó otras menciones que involucran al Personero Municipal.

Es posible que en el sentir de muchos de quienes hoy ejercen la importante misión del Personero Municipal, esté la tiente que la nueva constitución no contiene un perfil concreto de la institución, y no hace relevante en consecuencia el papel que debe desempeñar a nivel de las comprensiones territoriales que sirve. Es posible también, la sensación de que, para acceder al articulado de la nueva carta, no era suficiente la presencia de la institución a través de su trayectoria, sino la de emisarios o tragi nantes que lograran una notoriedad ocasional pero en última efectiva. Sin tomar partido por una u otra posición, es posible que la tradición de la Personería, haya merecido una mención más específica en el nuevo ordenamiento, no sólo para reconocer la representación y la vocería que tiene a nivel local, sino para definir con toda precisión sus cada vez más grandes misiones y responsabilidades.

Así, al examinar el nuevo texto constitucional, encontramos el reconocimiento de derechos, la atribución de facultades, la creación de instituciones y la introducción de instrumentos, todos orientados al ejercicio de una ciudadanía más reconocida, más participante y más protegida en sus derechos. Si ello es así, la función del representante de la sociedad que tiene el Personero, puede considerarse, reconocida, participativa y preservada, dentro de la nueva constitución.

Queda entonces el Personero dotado de valiosos instrumentos de acción, para el ejercicio de la misión de representante de la ciudadanía, pues, junto con las de veedor, y defensor de los derechos humanos, le atribuye el art. 118 de la nueva carta al consagrar que al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

Dependerá de la conciencia y la voluntad con que el Personero Municipal, asuma en su envergadura los roles impuestos en la constitución nacional, que su comunidad tenga, la adecuada representación, la oportuna defensa de sus intereses y el ejercicio de las funciones del Ministerio Público. Ello compendia nuestra apreciación de que el Personero Municipal no puede considerarse ignorado o disminuído en su perfil, dentro de la nueva constitución nacional.

2. EVOLUCION HISTORICA DE LAS PERSONERIAS

Los Personeros Municipales pertenecen al Ministerio Público, forman parte de su estructura, son agentes de la institución.

Los supuestos que respaldan la categórica afirmación son históricos y jurídicos. Por eso es necesario examinar brevemente el pasado a fin de ubicar en el tiempo el principio de formación de nuestro Ministerio Público y apreciar, de acuerdo con el momento cultural y político, su razón de ser, sus regulaciones fundamentales, sus elementos integrantes y su desarrollo estructural.

El concepto de institución es importante. Etimológicamente instituto viene de instature, establecer sobre, y anteriormente de in stato, de status, lo que implica idea de permanencia, de continuidad. De manera que la perduración es un elemento esencial de la institución. Pero esto no es suficiente, la continuidad no basta, por si misma, pa

ra crear la institución pues no se institucionaliza lo que adquiere virtualidad orgánica y el material plástico y cambiante de que está formado adopta sus formas a las exigencias de un constante fluir, característico de la vida social a lo largo de la historia. Cuando este material plástico fragua, es decir, se solidifica o consolida -tal como ocurre en el yeso o el cemento-, sus formas adquieren firmeza definitiva. En este momento se configura la institución.

2.1. EVOLUCION EN EUROPA

A través de los siglos las Personerías Municipales han estado estrechamente vinculadas a la suerte de los municipios y han jugado un papel preponderante en esas agrupaciones humanas organizadas en pequeños sectores de patria, con el obvio propósito de remediar sus necesidades más apremiantes.

En Europa fué donde se desarrollaron con mayor importancia las reglamentaciones sobre la necesidad de las Personerías como un ente representante de las comunidades y que dentro del derecho Español tuvo un auge sin precedentes y que de ahí fueron trasladadas a nuestro continente con el nombre de Síndicos personeros, por medio de las llamadas o Reales Cédulas de 1519 a 1528. (1)

¹ NAVAS TALERO, Fernando. El Personero Municipal. Bogotá: Procuraduría General, 1985, p. 31

En su aparición embrionaria a raíz de la implantación de la legislación indiana en el territorio de la Nueva Granada, con los llamados Síndicos Personeros del Común o Procuradores Generales de las ciudades designados por los Cabildos, se desarrolló en nuestro país.

2.2. EVOLUCION EN COLOMBIA

El Ministerio Público es una institución, se creó jurídicamente como manifestación objetiva del poder comunal, como proyección de lo individual a lo social, adquirió virtualidad orgánica y ha evolucionado en el plano doctrinario e instrumental, pero conservando los primitivos elementos operativos.

Nuestro Ministerio Público apareció en forma rudimentaria con la implantación de la legislación indiana en el territorio de la Nueva Granada. No fué con los fiscales, designados por la Monarquía como representantes del poder Real y defensores de los intereses del fisco, con quienes se inició su organización, sino con los síndicos personeros del común o procuradores generales de las ciudades nombrados por los Cabildos como voceros del pueblo, para conseguir su derecho y justicia, como decía la ley I título XI de la Recopilación de las leyes de Indias.

Con la instalación de la Real Audiencia en Santa fé en 1550 aparecieron los fiscales con la función principal de defender y preservar la jurisdicción patronazgo y hacienda y proteger a los indígenas. Pero los Síndicos Procuradores generales de las ciudades siguieron como Curadores de toda la comunidad y en algunos casos como defensores de los indios y sus resguardos.

En 1810 al cambiar el sistema de gobierno, se impuso la separación de los poderes y con ese criterio se organizó la rama judicial pero sin separar de esta al Ministerio Público como institución claramente definida, se conservó el empleo de fiscal en escala superior y el de síndico procurador general en grado inferior.

En desarrollo del mandato constitucional, el Congreso expidió la primera gran ley orgánica del Ministerio Público, sancionada el 11 de Mayo de 1830. Este importante estatuto se dividió en 6 títulos y 41 artículos. La estructura del Ministerio Público se complementó por medio de la ley 30 de Mayo de ese año.

En la constitución de 1858 se dedicó a la sección VII del capítulo IV al Ministerio Público. El legislador por medio de la ley 61 del 25 de Noviembre de 1886, reglamentó

las funciones correspondientes a la Cámara de Representantes, del Procurador General, de los Fiscales de los tribunales superiores, de los juzgados superiores y de circuito y de los Personeros Municipales.

Esa determinación del gobierno la ratificó después el Congreso mediante la ley 63 del 30 de Abril de 1905, ordenó la supresión de los fiscales de circuito y atribuyó alguna de sus funciones a los Personeros Municipales, excepto en las cabeceras de distrito judicial.

El Acto legislativo Nº 3 de 1910 dió a las Asambleas Departamentales, la facultad de presentar ternas para el nombramiento de los fiscales de tribunales superiores de distrito y sus respectivos suplentes.

El Acto legislativo Nº 1 de 1945 derogó las normas que concedieron participación a las asambleas departamentales. Y el decreto ley 1698 de 1964 creó los Procuradores de distrito. El Decreto ley 550 de 1970 organizó el Ministerio Público en los juzgados del circuito. Mediante la ley 40 de 1969 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir y poner en vigencia el código de procedimiento civil, previa la revisión correspondiente por parte de una comisión de expertos en la

materia. El 19 de Julio de 1971 empezó a regir el nuevo estatuto Decreto ley 1400 de 1970 que en su libro I título V se refirió al Ministerio Público, de aquí en adelante las normas han estado dispersas en los diferentes códigos penal, civil y leyes sobre la materia.

La última reforma fundamental fué la Ley 03 de 1990 que amplió profundamente las funciones de los Personeros Municipales.

3. EL HOMBRE Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. LOS DERECHOS HUMANOS: UNA SINFONIA INCONCLUSA

Hace unos años, el gobierno de Camboya dió muerte violenta a un millón de personas que consideraba políticamente, reaccionaria. Entre 1976 y 1981 la dictadura militar Argentina castigó con la desaparición forzada a nueve mil seres humanos, torturados y muertos en nombre de la doctrina de la seguridad nacional. En Israel y los territorios ocupados por sus tropas hay tortura y malos tratos para los presos políticos. En la Unión Soviética se impone tratamiento psiquiátrico forzoso a ciudadanos que disienten pacíficamente del régimen. En la República de Suráfrica los negros sometidos a la segregación del apartheid son víctimas del secuestro y asesinato por las fuerzas gubernamentales de seguridad. En Grecia las cárceles están repletas de hombres que objetan por razones de conciencia la prestación del servicio militar.

En todo el mundo se registran a diario violaciones de los

derechos humanos, perpetrados por regimenes de una y otra ideología. En ciertas ocasiones los atentados se consuman con la sigilosa discreción del criminal que teme ser cogido in flagranti, pero hay casos en que el atropello se realiza sin ocuparse del disimulo, justificándolo con grotescas filosofias de poder para el uso de autócratas y totalitarismo.

Se ha celebrado con bombo y platillos en el 40 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Onu en 1948. Algunos ingenuos se atreven a sostener que los pactos y convenios celebrados en los últimos años para dar mayor fuerza a los enunciados en la Declaración, convierten esta proclama en una realidad, ya que vinculan jurídicamente a los países ratificadores. La realidad no es optimista. Resulta innegable que paulatinamente la humanidad ha ido convenciendo de que es imposible conseguir la paz mientras no haya un respeto efectivo por los derechos del hombre. Pero al lado de esta progresiva convicción aparecen un día tras otro hechos que revelan una constante inobservancia de los principios que garantizan la comprensión, la tolerancia y la amistad sobre las cuales debe apoyarse una auténtica convivencia. Hoy como en 1948 lo denunciaba la O.N.U., el desconocimiento y desprecio de los derechos car

dinales de la persona humana originan actos de barbarie y que ultrajan la conciencia de todos los hombres de buena voluntad.

Las comisiones nacionales de justicia y paz examinaron en 1973 los obstáculos más graves en el camino que conduce al reconocimiento de la dignidad intrínseca de todo miembro de la familia humana.

En este catálogo de dificultades se mencionaban, de un lado, los enfrentamientos ideológicos y políticos que ahogan el legítimo pluralismo de las sociedades, alimentan concepciones dogmáticas, estimulan actitudes de cerril intolerancia y robustecen la injusta dominación de los ciudadanos por minoría que acceden al poder a través de medios no democráticos. De otro, los conflictos sociales y económicos originados ya en la explotación del hombre por el hombre, ya en el abuso de la renta.

Es difícil al concluir este balance desconsolador dejar de preguntarse si mientras subsistan esas dificultades, originadas de un modo o de otro en la violencia, puede esperar la humanidad que la expansión histórica de los derechos humanos conserve el ritmo que en ella se advertía por los años inmediatos al fin de la segunda guerra mundial. (2)

3.2. EL CASO COLOMBIANO

Colombia tiene una constitución política en la cual se le

²RESTREPO P, Carlos. 25 Años de Evolución Política Constitucional. Bogotá: Externado de Colombia, 1976, p.145

garantizan a todas las personas sus derechos fundamentales. En la práctica sin embargo, abundan en nuestro país ciertas acciones y omisiones que lesionan gravemente los bienes jurídicos de millones de seres humanos. Infortunadamente entre nosotros hay atentados contra la vida y la integridad física, prácticas que ofenden la dignidad del hombre, privaciones arbitrarias de la libertad y otros abusos que revelan la existencia de graves pecados sociales.

De otra suerte, la lenta consolidación de nuestra democracia política no ha estado acompañada de las transformaciones económicas y sociales que muchos reclaman con toda justicia. La mala distribución del ingreso, la inequitativa concentración del poder económico en manos de una minoría privilegiada, el fracaso de la reforma agraria, la escasez de puestos de trabajo y otros fenómenos del mismo género, impiden a la mayoría de los Colombianos acceder a condiciones de vidas más humanas. Poco o nada se ha hecho en Colombia por reformar las estructuras opresoras en que provienen del abuso del tener o del abuso del poder, de la explotación de los trabajadores o de la injusticia de las transacciones.

Resulta ello desalentador y atemorizante, porque como lo advierte uno de nuestros más distinguidos estudiosos del

derecho público, no puede haber sentimiento constitucional donde no hay sentimiento nacional, y este no puede existir donde no está arraigado y fortalecido el sentimiento de justicia social. Las situaciones de injusticia que afectan a no pocos Colombianos, constituyen un obstáculo poderosísimo en la búsqueda de la paz nacional. Esta no puede darse mientras haya compatriotas sometidos a condiciones inhumanas de miseria y de opresión.

3.3. TEORIA DE LAS LIBERTADES PUBLICAS

Es la expresión filosófica de una antiquísima preocupación de la humanidad: la de limitar el poder político. El principio de la limitación de los gobernantes constituye el punto de partida de todas las doctrinas que se ocupan de reivindicar para el hombre unos atributos esenciales que el Estado se halla en la obligación de respetar.

La idea de que la autoridad de los gobernantes está limitada por ciertos derechos primordiales de la persona humana -anteriores y superiores a toda forma de organización política-, fué por completo ajena a los ordenamientos jurídicos de casi todas las civilizaciones precristianas. En las sociedades arcaicas el derecho, el poder y la religión no constituían sino tres manifestaciones de una misma realidad: el Estado era comunidad religiosa, el Rey un

pontífice; el magistrado un sacerdote; la ley una fórmula santa. La potestad civil se encontraba de tal manera ligada a que el poder del príncipe era considerado como un atributo divino. De ahí que fuera ilícito ejercer frente a los actos del gobierno, actividades críticas, protesta y resistencia.

El mundo griego fué el primero en reaccionar contra tal estado de cosas. Ya en las enseñanzas de Aristóteles se hacía incapié en los riesgos que entrañaba el ejercicio ilimitado de la autoridad. La exención de toda responsabilidad y el poder vitalicio, es un privilegio excesivamente grande, se lee en La Política, y el poder que no se haya regulado por leyes, sino por el propio arbitrio, es peligroso.

El advenimiento del cristianismo marcó la aparición de un nuevo y decidido clima ético, dentro del cual vino a cristalizarse el principio de limitación con acentuación hasta entonces ignoradas. Al resaltar la teología, la preponderancia de la persona humana sobre la estructura del poder, otorgó al súbdito una posición de equilibrada seguridad frente a los rectores de la soberanía civil. Y, al definir la sociedad política como una graduada sucesión de estamentos a cuyo estrato superior el cuerpo gu

bernativo se demandaba la rigurosa satisfacción de sus deberes. Impuso límites a la capacidad coercitiva de aquellos constituidos en autoridad. A través de la edad media, Tomás de Aquino enseñó que el derrocamiento de un régimen tiránico no constituía sedición, por cuanto tal régimen por no ordenarse al bien común, sino al bien particular del príncipe contrariaba la justicia. Ya en la época de la contrarreforma Roberto Belarmino reconoció el derecho del pueblo de transferir el poder de uno a otro gobernante. Siglos más tarde, frente al absolutismo de o las grandes Monarquías Europeas la tradición empírico-racionalista adoptó las tesis medievales del derecho a la resistencia.

Thomás Jefferson en sus declaraciones decía: todos los hombres son creados iguales dotados de ciertos derechos inalienables y cuando quiera en que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla.

En todas las ideas atrás expuestas aleteaba el pensamiento político de Locke. Pero el hecho de que fuesen adoptadas y puestas en práctica por un grupo de terratenientes de la antigua colonia Británica de Norteamérica, no podía en modo alguno, dejar de producir efectos de gran trascendencia. (3)

³VALLEJO MEJIA, Jesús. Violencia y Democracia. Bogotá: Nacional de Colombia, 1987, p. 28

El 4 de Agosto de 1789, la Asamblea Nacional de Francia promulgó solemnemente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en este documento se hizo por vez primera la distinción entre el derecho de resistencia a la opresión y las libertades públicas propiamente dichas. El primero fué consagrado como medida extrema, como recurso extraordinario para ser utilizado frente a los desmanes de una autoridad despótica. Las segundas, en cambio se concibieron como emanaciones de la soberanía individual de los ciudadanos en ejercicio de la actividad civil y en su intervención en la cosa pública.

Los Diputados de 1789 que en ello siguieron de cerca a Montesquieu definían la libertad como un poder hacer todo lo que no perjudique a otro. De este derecho que es simultáneamente poder decisorio y voluntaria sumisión al orden jurídico derivan los derechos individuales, que no sólo establecían un ámbito de actividad privada colocado más allá de las ingerencias del poder político un coto cerrado, como afirma Duverger, sino que otorgaban a sus titulares los medios idóneos para tomar parte en las manifestaciones de la soberanía nacional.

Resulta interesante advertir que en las tablas de derechos del siglo XVIII la libertad de asociación fué sis

temáticamente ignorada. Tal omisión se explica por la vigencia que entonces tenían los postulados del liberalismo económico, con arreglo a los cuales el individuo era el mejor custodio de sus propios intereses. Bajo el influjo de esa orientación ideológica, los redactores de las primeras declaraciones constitucionales sobre los derechos del hombre hayaron superfluos y hasta inconvenientes garantizar el derecho de toda persona a unirse con otra para sumar a sus esfuerzos en la consecución de un fin.

En nuestro tiempo, las libertades públicas ya no se conciben exclusivamente como mecanismo de limitación de los gobernantes, o como facultades que le permiten al hombre intervenir en la vida política, sino también en instrumentos defensivos de la persona humana frente al poderío desmesurado de las fuerzas económicas privadas. No basta con que al hombre se le reconozca el derecho a intervenir en elecciones disputadas, a congregarse pacíficamente a divulgar sus opiniones a través de la prensa y asociarse con sus conciudadanos. Es preciso además, que se le otorgue la posibilidad de gozar de condiciones vitales que le aseguren un ejercicio auténtico de su derecho a tener más para ser más.

3.4. VARIOS NOMBRES PARA UN MISMO VALOR

A lo largo de muchos siglos, los derechos humanos han recibido varias denominaciones. Primero por influencia de la teología y del jusnaturalismo se le llamó derechos naturales, según esta noción, enraizada en la doctrina tradicional del derecho natural, los derechos humanos son unos atributos o exigencias que dimanar de la misma naturaleza que son anteriores a la constitución de la sociedad civil y que, siendo previos y superiores al derecho estatal, deben ser reconocidos y garantizados por este.

Más tarde el liberalismo del siglo XVIII acuñó la expresión de libertades públicas a referirse, como ya hemos visto, a los poderes jurídicos que el hombre ejerce para limitar la actividad de las autoridades y para oponerse al uso arbitrario de esta.

En el siglo pasado surgió el concepto de derechos públicos subjetivos. Este concepto es fruto de la observación del conjunto de circunstancias originadas en la existencia del hombre, conjunto en el cual quedan abarcadas todas las posibilidades de su actuación como sujeto de derechos y deberes.

También se hace referencia a los derechos humanos con el nombre de derechos fundamentales. Esta expresión se emplea para señalar aquellos derechos del ser humano que por su incorporación de las o normas reguladoras de la existencia y de la organización de un estado, se incorporan al derecho positivo como fundamento de la técnica de conciliación entre el ejercicio del poder público y el de la libertad de los gobernados.

El constitucionalismo clásico los llamó libertades públicas o derechos individuales. (4)

3.5. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos ofrecen como características singulares las siguientes:

-Son congénitos, porque pertenecen a la persona humana desde el primer momento de su existencia.

-Son universales, porque su titularidad se extiende a todos los miembros del género humano, independiente de su sexo, edad, condición social o capacidad económica.

-Son inalienables, porque sin justa causa el hombre no puede desprenderse de ellos.

-Son inviolables, porque ni el Estado ni los particulares

4DE CASTRO, Benito. El Reconocimiento de los Derechos Humanos. Madrid: Tecnos, 1982, p. 23

obran lícitamente si intentan desconocerlos o vulnerarlos.

-Son necesarios porque su existencia corresponde a un requerimiento ontológico de la condición humana.

A los ojos de la ley natural, se afirmaba hace 40 años desde las más influyentes cátedras, estos derechos esenciales son tan intocables que ninguna razón de Estado ni pretexto alguno deberían prevalecer contra ellos. Están protegidos por una barrera infranqueable. Del lado de acá puede el bien común legislar a su placer. Más allá no, y cuántas catástrofes, trágicas y peligrosas amenazas se evitarían si se respetara este principio. Incluso, el sólo podría renovar la fisonomía social y política del mundo. (5)

3.6. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Encuadrar los derechos humanos en una clasificación no resulta fácil. Comenta el profesor Xifra Heros⁶, que, pues, to siempre al servicio de la persona para que los derechos sean eficaces tienen estos que hacer frente a situaciones históricas, apreciando en consecuencia condicionados por circunstancias de tiempo y lugar. Existen ciertamente derechos comunes a todos los hombres, pero también existen unos derechos específicos en atención a un concreto entorno.

⁵ PECES BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales. Madrid: Ariel, 1983, p. 93

⁶ HERAS, Xifra en Ibid., p. 99

no social. Esto explica que los derechos del hombre cambian a lo largo de los años; los derechos del hombre son instrumentos o medidas de defensa para hacer frente a las fuerzas deshumanizadoras, y como estas cambian incesantemente, también aquellos sujetos a una constante mutación están.

Para Peces Barba, los derechos humanos se clasifican en cinco grupos así:

Primero: derechos personalísimos: -derecho a la vida y a la integridad física, -derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia, -derecho a la libertad de expresión, -derecho a la objeción de conciencia.

Segundo: derechos económicos, sociales y culturales: -derecho al trabajo, derecho sobre las condiciones de trabajo, -derecho a la seguridad social, -derecho a la huelga, -derecho a la libre sindicación, -derecho a la protección de la salud, -derecho a la cultura, -derecho al medio ambiente, -derecho a la vivienda, -derechos de los consumidores y usuarios a la seguridad, salud y la defensa de los intereses económicos, -derechos de autor.

Tercero: derechos de sociedad, de comunicación y de par

participación: -derecho de reunión, -derecho de asociación, -derecho a la información, -derecho de asilo, -derecho a la nacionalidad, -derecho a la libertad de residencia, y de circulación, -derecho a la inviolabilidad de domicilio y de las comunicaciones, -derecho a la no discriminación.

Cuarto: derechos cívicos y políticos: -derecho a la participación política, -derecho de petición, -derecho a defender la patria, -derecho a participar en sostenimiento del gasto público.

Quinto: derechos relativos a la seguridad jurídica: -derecho a la libertad individual, -derecho a la jurisdicción y a las garantías procesales.

Varela Feijoo⁷, los clasifica en tres grupos de acuerdo a los diversos ámbitos en que la persona se desenvuelve:

Primero: derechos como persona individual: -derecho a la vida, -derecho a la integridad personal, -derecho a la libertad y a la seguridad, -derecho al respeto de sus bienes.

Segundo: derechos como miembro de una comunidad social:

⁷VARELA FEIJOO, Jacobo. La Protección de los Derechos Humanos. Barcelona: Ariel, 1972, p. 105

-derecho a la instrucción, -derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, -derecho al respeto de su vida privada y familiar, -derecho al respeto de su domicilio, -derecho al respeto de su correspondencia.

Tercero: derecho como miembro de una comunidad política:

-derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión, -derecho a la libertad de expresión, -derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación; -derecho a la participación en la gestión pública, -derecho a la garantía penal y procesal.

Humber Gallo⁸, los clasifica en cinco grupos, atendiendo a las diversas naturaleza de su objeto:

Primero: -derecho a la vida, -derecho a la libertad física y a sus garantías procesales, -derecho a la libertad religiosa, -derecho a la libertad de educación, -derecho a la libertad de expresión, -derecho a la libertad de reunión, -derecho a la igualdad, -derecho a la propiedad, -derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Segundo: derechos políticos o cívicos: -derecho a la na

⁸HUMBER GALLO, Jorge. Panorama de los Derechos Humanos. Buenos Aires: Universitaria, 1977, p. 12

cionalidad, -derecho a participar en la vida cívica del país.

Tercero: derechos económicos: -derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, -derecho a un nivel de vida adecuado.

Cuarto: derechos sociales: -derecho al trabajo y a su libre elección, -derecho a la seguridad social, -derecho a la protección de la maternidad y de la infancia.

Quinto: derechos culturales: -derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, -derecho a la educación. -

Para una mayor comprensión de los derechos humanos podemos afirmar lo siguiente:

-Derechos sustanciales: son aquellos sin los cuales el hombre no es lo que debe ser.

-Derechos de la seguridad: aquellos que lo protegen de la arbitrariedad y el terror.

-Derechos a la intimidad: aquellos que salvaguardian la inviolabilidad de su vida privada.

-Derechos políticos: aquellos que tutelan su participación efectiva en los asuntos públicos.

-Derechos de espíritu: aquellos que aseguran inmunidad de coacción en materia religiosa.

-Derechos del intelecto: aquellos que le permiten disfrutar de los beneficios de la cultura.

-Derechos sociales y económicos: aquellos que le dan acceso a condiciones materiales de la vida que se ajusten a su dignidad.

3.7. LA GARANTIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, -O.N.U-, proclamó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos documento de treinta artículos en que se ha convertido en la expresión doctrinal de las libertades fundamentales del hombre en el mundo moderno . Sobre su naturaleza jurídica sin embargo, jamás ha existido un criterio unánime. Para unos se trata de una proclama formal que carece de toda fuerza preceptiva. Para otros, de un instrumento interpretativo de la carta de

las Naciones Unidas, que en tal sentido tiene su mismo vigor de imperatividad. Pero la misma O.N.U., desde hace largo tiempo aceptó que la declaración no impone obligaciones legales, tal convicción movió a las Naciones Unidas a promover el desarrollo de los principios generales de 1948 en forma de pactos que resultaran de obligatorio cumplimiento para los Estados que llegaran a ratificarlos.

Fué así como en 1966 la Asamblea General aprobó tres convenciones internacionales destinadas a precisar la naturaleza y el alcance de los derechos consagrados en la Declaración: el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos y un Protocolo facultativo concerniente a este último. Colombia es signataria tanto de la Declaración como la de sus Pactos complementarios.

En el derecho público interno de los Estados resulta más fácil hayar factores susceptibles de actuar eficazmente como medios de asegurar la vigencia de los derechos del hombre. A estos factores se les da el nombre de garantías. La primera de ellas es la inserción de los derechos de la persona humana en las normas de rango constitucional, pero esto no asegura por sí sólo un efectivo reconocimiento de las libertades públicas. El principio

de legalidad, la separación funcional de las ramas del poder público y el control de los actos de la administración constituyen los más eficaces instrumentos de protección jurídica de los derechos humanos. Pero como lo hace notar Peces Barba:

No cabe un ejercicio auténtico de los derechos subjetivos fundamentales sino dentro de una sociedad democrática. Así como los derechos subjetivos ordinarios son compatibles con cualquier organización social, -son simplemente una construcción técnica-, los derechos subjetivos fundamentales, necesitan unas condiciones que sólo se dan en una sociedad democrática. (9)

En la constitución política de Colombia encontramos un sistema general de garantías que está integrado por los siguientes elementos:

-Sujesión del poder del Estado al imperio de la legalidad.

-El señalamiento de que los empleados públicos respondan por la infracción de los preceptos constitucionales y legales.

-La distribución funcional del poder público, en ramas

⁹PECES BARBA, Op. Cit., p. 101

que actúan separadamente, pero colaboran de manera armónica en la consecución de los fines del Estado.

-La existencia de controles de distinto tipo -de participación, de representación y fiscalización-, sobre los actos de las personas constituídas en autoridad.

-Supremacía de las normas constitucionales sobre las leyes y los actos administrativos o de la administración.

-El funcionamiento de un sistema de control difuso de constitucionalidad.

De otra parte, la constitución establece varias prohibiciones absolutas en el ejercicio del poder público, así:

-Imponer la pena capital, -detención arbitraria, -desconocer los derechos adquiridos con justo título y conforme a las leyes civiles, -emitir papel moneda de curso forzoso, -variar o modificar el destino de las donaciones hechas con fines de interés social. (10)

¹⁰SACHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Bogotá: Temis, 1977, p. 284

4. LOS DERECHOS SUSTANCIALES

4.1. EL DERECHO A LA VIDA

El art. 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que, todo individuo tiene derecho a la vida; en el art. 5º de la misma proclama se lee, nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles.

El derecho a la vida es también garantizado por el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, en sus arts 6 y 7 y por la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en sus arts 4 y 5.

Otros instrumentos internacionales que garantizan este, son el Convenio sobre la prevención y represión del crimen de genocidio y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En el núcleo de la conciencia ética de la humanidad se asienta el respeto a la vida humana, a la vida del semejante

te y a la vida propia. Con formulaciones tabuísticas o racionales, con mentalidad sacral o secular, con expresiones precríticas o pretendidamente científicas, todos los grupos humanos han exteriorizado el misterio de la vida humana. En la historia evolutiva de las ideas morales puede encontrarse justificación de que el respeto a la vida humana es uno de los ejes primarios en torno a los cuales se desarrolla la conciencia ética de la humanidad.

La vida es la energía interna que permite al hombre desarrollar su existencia y resistir a la destrucción. No sólo es el primero de los bienes jurídicos de las personas, sino el atributo esencial para gozar de los demás. Como derecho fundamental primario a él se hallan subordinados los demás derechos subjetivos, pues sin vivir es imposible tener acceso a todas aquellas facultades que atañen a la realización finalísticas del ser humano.

La nueva constitución de 1991 contempla en su art 11: "el derecho a la vida es inviolable, no habrá pena de muerte". En la misma obra citada en su art 12 expresa: "nadie será sometido ni a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes". Es por ello que los Personeros no deben escatimar esfuerzo alguno en la defensa de este derecho fundamental de los Colombianos.

4.1.1. Respeto por la vida. Aunque los grandes sistemas éticos han reconocido siempre el derecho a la vida, no en todos los tiempos se le ha mirado con idéntico respeto. Y aún en la época actual dentro de ciudades aparentemente refinadas abundan los más repugnantes atentados contra la vida humana. En otros casos, la tutela jurídica de este derecho tiende a ser desvirtuada por las apariciones de o nuevas doctrinas filosóficas y morales que pretenden justificar ciertas conductas ilícitas homicidas. Si la humanidad civilizada rechaza hoy los sacrificios humanos y las guerras religiosas, debe recordarse que el siglo XX ha sido testigo de genocidios consumados con la frialdad y la eficacia de un proceso industrial.

El respeto por la santidad de la vida es la piedra angular de la convivencia entre los seres humanos. El homicidio, es una acción que no sólo desconoce el dominio soberano del Creador sobre la naturaleza, sino que lesiona además, la igualdad fundamental entre los hombres.

Hoy las cosas empiezan a cambiar. En lo que hace a la pena de muerte, por ejemplo, ya en varios Foros Internacionales ha llegado a declararse que tal sanción viola el derecho a la vida y constituye el más cruel, inhumano y degradante de los castigos. Sin embargo no desaparecen toda

vía todas las inconsistencias morales y jurídicas que salen a flote a la hora de discutir sobre el primero de los bienes de la persona humana. "Muchos de los que se oponen a la pena capital, están de acuerdo con la despenalización del aborto. Niegan al Estado cualquier derecho a eliminar a los delincuentes, pero admiten la matanza de los aún no nacidos". (11)

4.1.2. El Estado y la vida humana. El primer deber del Estado es proteger la vida de los asociados, pero esta obligación no se reduce a que el poder público reprima a quién cause a otro la muerte o un daño a su integridad física. El Estado debe adoptar todas aquellas medidas que permitan a sus súbditos vivir en condiciones que correspondan a la dignidad natural del hombre. El derecho a la vida no sólo implica para sus titulares el de hallarse protegido de toda forma de acción o de ataque contra sus titulares. Implica también el goce de condiciones económicas y sociales que contribuyan a su entero desarrollo. Al respecto, dice la nueva constitución política de 1991:

Art 29: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad. Promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución

¹¹AVILA BERNAL, Alvaro. Corrupción y Expoliación en América Latina. Bogotá: Grijalbo, 1987, p. 152

facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes de los sociales del Estado y de los particulares.

En cumplimiento de este cometido, el poder público ejercita su función preventiva y sancionadora para dar protección jurídica a la vida y a la incolumidad psicofísicas de sus ciudadanos. Nuestra ley penal no sólo tipifica como delito las múltiples formas del homicidio, sino que sanciona también a los que atentan contra la vida del que está por nacer. Pero aunque garantizada por el constituyente y por el legislador, la vida humana es frecuentemente destruida en Colombia. El clima de violencia generalizada que hoy el país, tiene su raíz más profunda en un atroz desprecio por ese don prodigioso que cada hombre recibe en usufructo al momento de ser concebido.

Entonces la facultad de defensa de los derechos humanos que tiene el Personero Municipal debe inclinarse porque la sociedad donde ejerce sus funciones se materialicen efectivamente estas garantías estatales, para lograr así

una convivencia pacífica más acertada.

Toda persona que vive en el territorio Colombia no, debe tener pues, garantizado el primero de los derechos del hombre no sólo ante los otros miembros de la comunidad, sino aún frente al poder público. Ni las autoridades ni los particulares pueden atacar injustamente, la vida recién iniciada, la vida en su plenitud, la vida imperfecta o la vida que declina. (12)

4.1.3. La protección al medio ambiente. Entre las medidas que el Estado moderno se ha visto precisado a adoptar para dar protección a la vida de sus ciudadanos, vale la pena destacar las normas que previenen y combaten la contaminación de los recursos naturales renovables y buscan conciliar el desarrollo tecnológico con el desarrollo que la persona humana tiene hoy a sanas condiciones de existencia. Aunque Colombia cuenta con un código de derecho ecológico expedido mediante el Decreto Ley 2811 de 1974, el país está en mora de aplicar rigurosamente esta legislación para hacer frente a los múltiples peligros que amenazan nuestro medio ambiente.

En diversas ocasiones, los medios de comunicación social han denunciado las irresponsables actividades contaminadoras de plantas y factorías, la tala indiscriminada de

¹²GUTIERREZ ANZOLA, Jorge. Delitos contra la Vida y la Integridad Personal. Bogotá: Colombiana, 1946, p. 7

bosques, el exceso del ruido, la congestión del tránsito de automotores y la venta de productos que vician la atmósfera. Infortunadamente esas denuncias no han logrado obtener un cumplimiento más estricto de las disposiciones ecológicas. Por eso es necesario que los atentados contra la integridad ambiental sean penalmente reprimidos.

Realmente todo delito contra el medio ambiente, es un atentado en último término contra la vida de los habitantes de un país, primer bien jurídico que debe tutelar el Estado. También es un atentado contra la tranquilidad, salubridad y seguridad de los mismos habitantes, así como lo es contra la propiedad de estos mismos ciudadanos, al afectar de múltiples maneras, por medio de la corrosión por ejemplo, las instalaciones industriales o residenciales de los particulares. Debe existir, por lo tanto, una tipicidad múltiple y propia, con normas específicas en los casos de violaciones delictuosas a la ley de protección del medio ambiente y de conservación de los recursos naturales. (13)

El capítulo tercero en sus arts 78 y 79 de la nueva constitución política de Colombia trata sobre el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como el derecho a gozar de un ambiente sano y la garantía estatal a la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla. Es por ello

¹³COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Marzo 12 de 1987. Bogotá: Anales, tomo 40, p. 151

que el Personero debe accionar en favor de la efectividad de estas normas constitucionales y legales para contribuir al ambiente sano de sus conciudadanos.

De otra parte, el art 52 del Decreto 1333 de 1986 estableció en todos los Municipios del país zonas de reserva agrícola. Estas deben ser consideradas en los planes de desarrollo urbano, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes y aprovechar los recursos naturales. El art 54 de este decreto prohibió que el perímetro urbano de algún municipio se extienda hasta incorporar tierras óptimas para la agricultura, o suelos necesarios para la conservación de los recursos de aguas, el control de los procesos erosivos y la protección forestal.

4.1.4. El socorro a las víctimas de desastres. También compete al Estado adoptar las medidas necesarias para socorrer a las víctimas de desastres repentinos -terremotos, erupciones volcánicas, maremotos y vientos destructivos-, de las catástrofes producidas por la actividad humana -actos de guerra o de terrorismo, hechos punibles contra la salud pública, delitos de peligro común etc-, y de otras calamidades como el hambre colectiva, la sequía y las epidemias.

Según el art. 29 del código nacional de policía Decreto 1355 de 1970 la policía puede emplear la fuerza para evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública, y para proteger las personas contra peligros inminentes.

El art. 215 de la nueva constitución contempla el estado de emergencia con la firma de todos los Ministros, por un período de hasta 30 días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días en cada año calendario.

No escapa a la acción del Personero la coadyuvancia en el cumplimiento de estas medidas. Debe considerarse la ayuda en caso de desastres como un derecho y a la vez un deber del ser humano, y no una caridad, la necesidad de procurar la satisfacción de las necesidades básicas, es algo que nos compete a todos y que de lograrse contribuiría a una relación más armónica entre las sociedades.¹⁴

4.1.5. La prohibición de la pena capital. El título II De los Derechos, las garantías y los deberes, capítulo I De los Derechos Fundamentales, arts 11 y 12 estipulan en que no habrá pena de muerte en Colombia y la protección del Estado a todas las personas por ser iguales ante la ley, lo mismo que la protección de aquellas personas en que por su condición económica, física o mental, se en

¹⁴ESTRADA, Ligia. Manejo de Reacciones Psicológicas ante una Situación de Desastres. Bogotá: s.e. 1987, p.39

cuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y lo mismo que la sanción a los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Al establecer el constituyente del 86 en el art 29 que el legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso, sin duda esta prohibición no fué redactada con buena técnica jurídica, porque el llamado a imponer la pena de muerte no es el legislador, sino el juez.

La pena de muerte llamada también extintiva o eliminatória, se aplicó en Colombia durante buena parte del siglo XIX. El art. 15 de la constitución de 1863 reconoció la inviolabilidad de la vida humana en virtud de la cual el gobierno general y el de los Estados se comprometieron a no decretar en sus leyes la pena capital. Sin embargo, fué restablecida al sobrevenir la reacción Nuñista. Hoy las circunstancias demandan de los funcionarios y de sus conciudadanos el respeto por la integridad del ser humano.

4.1.6. La asistencia pública. Corresponde a la Revolución Francesa el mérito de haber proclamado que la asistencia social constituída una obligación primordial del Estado. Aunque ya desde la época del Sacro imperio de Carlogmano, cada parroquia tenía a su cargo el socorro

de los pobres, y el Español Vives había abogado en pleno siglo XVI por la necesidad de ir más allá de la mera distribución de limosnas, creando hospicios para los infantes abandonados, asilo para enfermos, locos y mentecatos, refugio para los inválidos de guerra y hasta bolsas de empleo para desocupados, la Reforma Protestante aparejó en gran parte de Europa un verdadero eclipse del espíritu asistencial.

Durante casi dos siglos el sustento de los desválidos dependió de las contribuciones impuestas coercitivamente por la autoridad civil en aquellos países en donde la administración de los bienes eclesiásticos cayó en manos de los gobernantes seculares.

La nueva constitución Colombiana en su art 13, garantiza la protección de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran encircunstancias de debilidad manifiesta y sanciona los abusos y maltratos en que contra ellas se cometan. Es por ello que el Personero debe buscar la aplicabilidad y efectividad de estas garantías.

4.2. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA

El derecho a la vida incluye, necesariamente el derecho

a la integridad física. Tanto las autoridades del Estado como los particulares deben respetar en toda persona el derecho a no sufrir daños intencionales o culposos en el cuerpo o la salud.

Ya hemos visto que el código penal tipifica el delito de lesiones personales. Las penas señaladas para este delito, varían según el daño consista en incapacidad para trabajar o enfermedad, deformidad física, perturbación funcional, perturbación psíquica o pérdida de la función de un órgano o miembro.

4.2.1. Proscripción de la tortura. El art. 12 de la nueva constitución establece que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes.

La tortura peroró Marco Tulio Cicerón, es dominada por el sufrimiento, gobernada por la complejidad de cada uno, así del ánimo como de los miembros, la ordena el juez, la rige el livor, la corrompe la esperanza, la debilita el temor, de suerte que en medio de tantas angustias no queda lugar alguno para la esperanza. (15)

A lo largo de los siglos, las autoridades políticas y religiosas han hechado mano de este procedimiento atroz, y

15 TOMAS Y VALIENTE, Francisco. La Tortura en España. Barcelona: Ariel, 1973, p. 233

mezcla de prueba judicial aberrante y de pena inhumana. Y con ella se buscó en el pasado, y aún se busca, por medio de la brutalidad, y el sufrimiento, la confesión, el testimonio incriminador, la vindicta contra crímenes reales o supuestos, la intimidación o el prorrato de una dosis escarmentadora de pavor.

La tortura judicial ha desaparecido. En su lugar impera hoy la tortura clandestina, fruto podrido del irrespeto por el hombre y de las filosofías de poder que conducen a la hipertrofia de la autoridad política.

Puesto que ninguna legislación actual que yo conozca admite en ningún caso la tortura, reflexiona Tomás y Valiente, se está allí donde se dé y en la medida en que se dé, será siempre fuera de la esfera legal, fuera también del ámbito judicial y más bien en otros ámbitos o campos más cercanos al poder ejecutivo. (16)

Según el art. 1º de la Convención contra las Torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, tortura es todo acto por el cual un funcionario u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya en consentimiento o aquiescencia, inflinge intencionalmente a otra persona dolores o sufrimientos graves,

16 *Ibid.*, p. 235

ya sean físicos o mentales, con cualquiera de los siguientes motivos:

- Obtener de la víctima o de un tercero información o confesión,
- Castigar al torturado por un acto que haya cometido, o se sospecha que ha cometido,
- Intimidar o coaccionar a la persona torturada o a otras,
- Cualquier razón basada en algún tipo de discriminación.

En una Sentencia famosa declaró el Consejo de Estado que las instituciones democráticas tienen el derecho y el deber de defenderse, y el ejercicio de tal potestad es perfectamente legítimo, pero lo que resulta inadmisibles, contrario a derecho, es que para mantener la democracia y el estado de derecho, el ejecutivo utilice métodos irracionales, inhumanos sancionados por la ley, rechazado por la justicia, y proscrito mundialmente por todas las Convenciones de Derechos Humanos, y que ninguna concepción civilizada del ejercicio del poder podría legitimar o autorizar.

Es preciso que en la facultad de defensa de los Derechos Humanos que asiste al Personero, entienda a cabalidad el

sentido de los derechos mencionados para propugnar por su garantía.

4.2.2. Disposición de componentes anatómico. Con el derecho a la integridad física está relacionado el problema del trasplante de los componentes anatómicos de los seres humanos. Como es sabido, la ciencia actual ha ideado procedimientos para reemplazar órganos, tejidos o células de una persona por otros que provienen de donantes vivos o muertos.

La ley 9 de 1979 y sus decretos reglamentarios regulan esta complejísima y delicada materia, estableciendo los derechos y obligaciones de los donantes, el funcionamiento de los llamados bancos de órganos, y la distribución de los componentes anatómicos.

De acuerdo al art 19 del Decreto 2642 de 1980, producida la muerte de un donante se puede disponer de los componentes anatómicos aprovechables del cadáver para la prolongación o conservación de la vida de otros individuos, o con fines de investigación científica, para ello es necesario sin embargo, que la muerte cerebral haya sido diagnóstica y registrada en la historia clínica.

Esté fuera de duda la licitud del donar a una parte del

propio cuerpo, que no deja, en la funcionalidad del propio ser y de la propia operatividad, consecuencias sustanciales, o que puedan con el tiempo ser reintegradas o fácilmente separadas. Las dudas del orden moral y jurídico surgen con respecto a la donación de órganos integrales y sin embargo, si el donante obra con plena libertad, conoce claramente el riesgo a que se expone y de otra parte hay una fundada probabilidad de éxito en la operación, nadie tiene derecho que comunique a otros sus bienes físicos. Desde luego, todas las legislaciones exigen que la donación de órganos se haga bajo control médico y esté debidamente justificada por su finalidad terapéutica.

4.3. DERECHO A LA LIBERTAD FISICA

El art. 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que todo individuo tiene derecho a la libertad. En su art. 4º manifiesta que nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. Y más adelante en su art. 9º leemos que, nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Cuando hablamos de la libertad personal nos referimos a la propiedad o atributo que habilita a la persona humana

esto es, el hombre no en cuanto a individualidad material, sino en cuanto a centro de existencia y de acción, para tomar y cumplir por sí misma, sin coacciones ni ingerencias indebidas, la decisión de hacer o no hacer alguna cosa. Y este derecho del hombre a la libre disposición de sí mismo se fundamenta en su naturaleza racional y en el hecho de la igualdad básica de todo género humano.

En el plano de lo físico la libre disposición de sí mismo significa que el hombre tiene derecho:

-A no ser sometido a esclavitud o cualquier otra situación que lo consifique para imponerle una subordinación absoluta a instituciones o personas.

-A no ser privado de su libertad en forma arbitraria.

En la constitución están contemplados en los arts 13 y 17 de la nueva carta de 1991.

4.3.1. Prohibición de la esclavitud. La carta de 1886 decía que, no habrá esclavos en Colombia, el que siendo esclavo pise territorio Colombiano quedará libre, -art 22-. La nueva carta de 1991 en su art 17 a la letra dice: "se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de se

res humanos en todas sus formas".

La nueva constitución introduce además de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos. Quiere esto decir que amplió su cobertura dándole mayor significación a las garantías fundamentales.

La esclavitud es el estado de una persona perpetuamente ligada por una relación de dependencia. Es la subordinación absoluta de un hombre a otro, por lo general como víctima de explotación económica.

4.3.2. Prohibición de la detención arbitraria. El art. 23 de la constitución de 1886 decía. "nadie podrá ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino a virtud de mandamiento de autoridad competente, con las formalidades legales y por los motivos previamente definidos en las leyes". La nueva constitución de 1991 absorbió el art. 23 de la antigua, ya que a la letra expresa:

Art 28: Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades y por motivos previamente definido en las leyes.

La persona detenida preventivamente, será puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes, para que este adopte

la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber de tención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Como es bien sabido, el Estado protege la libertad de las personas en su carta constitucional y está dado al Personero dentro de los procesos en que intervenga hacer que se cumplan estas formalidades. En el estado de derecho, por regla general, las privaciones de la libertad no han de tener un presupuesto material distinto al de la existencia de indicios que señalen la comisión de un hecho punible cuya gravedad justifique la adopción de cautelas judiciales para evitar la fuga del ocultamiento del delincuente.

4.3.3. La aprehensión del delincuente en flagrancia. La regla general consagrada en la constitución Colombiana, según el cual nadie podrá ser privado de la libertad, si no a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, no es aplicable y admite excepción. Según el art. 370 del Decreto 2700 de 1991 modifica el concepto de flagrancia y lo define así:

Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundamentalmente que momentos antes ha cometido un hecho punible.

ble o participado en el, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura.

A su vez, el art 371 del mismo decreto a la letra dice:

Quién sea sorprendido en flagrancia será capturado por cualquier autoridad o persona y conducido en el acto, a más tardar en el término de la distancia, ante el fiscal o funcionario competente para iniciar la investigación, a quién deberá el rendir informe sobre las causas de la captura.

Cuando por cualquier circunstancia no atribuida a quién hubiere realizado la captura, el aprehendido no pudiere ser conducido inmediatamente ante el fiscal, será recluso en la cárcel del lugar o en otro establecimiento oficial destinado al efecto, debiéndose poner a disposición del funcionario judicial dentro de la primera hora hábil del día siguiente, con el informe de que trata el inciso anterior. Para los efectos de esta disposición todos los días y horas son hábiles.

Cuando la medida de aseguramiento a imponer por razón del hecho punible sea caución, conminación detención con excarcelación o detención domiciliaria, una vez el capturado haya rendido indagatoria se le dejará en libertad firmando acta de compromiso de presentarse a la autoridad en que lo solicite.

En ningún caso el capturado puede permanecer más de 36 horas por cuenta diferente del fiscal o el juez.

Como podemos observar, es el Personero Municipal quién debe en su calidad de defensor de los Derechos humanos, promover la garantía de estos derechos.

4.3.4. La retención administrativa. Si en Colombia realmente todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, resulta inadmisibles que el gobierno pueda establecer un poder discrecional y poco menos que incondicionado para privar de la libertad a las personas con fundamento en una decisión administrativa, reteniéndolas por un término determinado, como lo planteaba la anterior carta política de Colombia. Actualmente el art. 28 de la nueva constitución modificó la anterior norma en el sentido de reducir los términos de la retención a 36 horas en circunstancias más favorables.

La retención administrativa no ha dejado de recibir, a lo largo de su existencia, la crítica adversa de muchos constitucionalistas. Uno de ellos no vacila en afirmar que este instituto por sí sólo es suficiente para que no pueda decirse con propiedad que el Estado Colombiano es un auténtico estado de derecho. Otro la considera como arma poderosa de represión y de persecución política, de utilización discrecional y de estructura contradictoria.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte recuerda al examinar el alcance constitucional de la retención administrativa:

Es bueno observar que desde su propia adopción en la constitución de 1886 por el Consejo Nacional de Delegatarios el art 28 fué objeto de enconadas controversias que llevaron a no pocos de quiénes se ubican en un campo de detracción de la norma, a considerar que su inclusión en el entorno general de la carta, impide que en Colombia se pueda hablar de un auténtico estado de derecho. Desde luego, no se escapa a la Corte que la naturaleza misma de los poderes otorgados al Gobierno por el constituyente en el precomentado texto sigue ofreciendo mucho menos a partir de la reforma del 68 algunos cuestionamientos, no siendo los menores de ellos, por ejemplo, su concordancia o falta de ella con el art. 23 de la carta y su aplicación o falta de ella, dentro de los límites del estado de sitio. (17)

Esto permite una comprensión más amplia de la retención administrativa.

4.3.5. Casos de privación legal de la libertad. Los casos en que el ordenamiento jurídico Colombiano permite privar legalmente de la libertad a las personas son:

-La aprehensión del delincuente cogido en flagrancia.

-El arresto que los funcionarios con autoridad o jurisdicción puedan imponer a quiénes los injurie o irrespete en acto en el cual estén desempeñando las funciones de

¹⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Casación Abril 5 de 1984. Bogotá: Anales, tomo 226, p. 180

su cargo.

-Las penas privativas de la libertad in continenti pueden imponer los jefes militares para contener insubordinación o motín, o para mantener el orden frente al enemigo.

-Las penas privativas de la libertad que los capitanes de buques pueden imponer, no estando en puerto, para reprimir delitos cometidos a bordo.

-La retención administrativa o de alta policía, dispuesta por orden del gobierno, de las personas contra las cuales haya indicios de que atentan contra el orden público.

-La captura facultativa para indagatoria en procesos por delitos sancionados con prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años.

-La captura de la persona imputada que no comparece a la indagatoria.

-La aprehensión de personas cuya captura ha sido públicamente requerida.

-La privación de la libertad de personas que rindió indagatoria, con el fin de resolver la situación jurídica.

-El arresto inconmutable, hasta por 30 días al procesado que se niega a suscribir diligencia de conminación.

-La privación de la libertad en virtud de auto de detención preventiva.

-La internación preventiva de inimputable.

-La detención preventiva de persona requerida para extradición, en virtud de acto proferido por el Ministerio de Justicia.

-La aprehensión de una persona por la policía cuya comparecencia ordenó la autoridad, privándola momentáneamente de la libertad mientras se conduce ante aquella.

-La captura momentánea de quién se halle en sitio público o abierto al público, previa la venia del Alcalde del lugar, con el sólo fin de facilitar la captura de delincuentes solicitados por la autoridad competente.

-El arresto supletorio hasta por 5 días, impuesto como medida correctiva al contraventor de policía que no cumpla con el trabajo de obras de interés público dentro y del tiempo fijado.

-Retención transitoria hasta por 24 horas en una estación o sub-estación de policía, impuesta como medida correctiva por el respectivo comandante.

-Arresto impuesto al contraventor de policía que no cumpla la multa con la cual fué sancionado.

-El traslado aún por la fuerza, de los testigos de una flagrante contravención de policía cuyo autor es capturado para llevarlo inmediatamente ante el comandante de policía.

4.3.6. El Habeas Corpus. El art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violan sus derechos reconocidos por la constitución o por la ley. Los procedimientos para obtener amparo judicial en caso de una detención arbitraria son muy antiguos. Ya en el siglo XV existía en tierras Aragonesas un mecanismo jurídico llamado de manifestación de personas, para prevenir y sancionar el encarcelamiento ilegal. Más conocido es el habeas corpus inglés, establecido en el siglo XVII. La expresión habeas corpus, encabezaba los autos de comparecencia dictados por los jueces medievales. Según lo dispuso el habeas corpus amendment act ley Británica de 1679, cuando

do ante un alguacil, carcelero o cualquier otro funcionario se presentara un habeas corpus en favor de un individuo colocado bajo su custodia, el servidor público queda obligado a declarar, dentro de un plazo de tres días, el motivo de la detención.

Hoy se da el nombre de habeas corpus al derecho de una persona privada de su libertad a comparecer en forma inmediata y pública ante una autoridad jurisdiccional, para que esta resuelva si la detención fué o no legal.

El art. 454 del código de procedimiento penal expresa que el habeas corpus es un derecho que procede en amparo de la libertad personal contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla. Este derecho es una de las garantías fundamentales que tienen las personas que se encuentran privadas de la libertad.

4.3.7. El secuestro. "No sólo se vioía el derecho a la libertad individual cuando los empleados públicos incurren en detenciones arbitrarias, también se atropella ese derecho cuando la injusta privación de la libertad, obedece a un secuestro". (18)

¹⁸ LOPEZ CABALLERO, Juan Manuel. Palacio de Justicia: Defensa de nuestras Instituciones. Bogotá: Retina, 1987, p. 30

Por desgracia, este hecho punible que anteriormente recibía el nombre de plagio, es uno de los más frecuentes y dolorosos factores de la perturbación del orden público en Colombia. En el capítulo primero del título X del libro segundo del código penal se contemplan dos tipos de secuestro:

-El secuestro extorsivo -art 268 código penal-, que se comete al arrebatarse, sustraer, retener u ocultar una persona, con el propósito de exigir por su libertad, un provecho o cualquier otra utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios de carácter político.

-El secuestro simple -art 269 ibidem-, que se comete cuando se arrebatase, sustrae, retiene u oculta a una persona con propósitos distintos a los del secuestro extorsivo.

El auge del secuestro en Colombia no sólo es atribuible a la actividad de los delincuentes comunes, que en este campo suelen organizarse como empresas criminales permanentes, sino a las atrocidades inspiradas por el extremismo político. Hoy en día los secuestros no obedecen siempre a obtener un provecho económico. También tienen como móviles, con bastante frecuencia, arrancar de la víctima informaciones, intimidarlas o lograr su humillación o descrédito.

dito. En otros casos, los secuestradores proceden con el fin de constreñir a las autoridades, crear un ambiente de zozobra o lograr amplia publicidad para sus demenciales causas políticas. El país ha vivido incluso, la tragedia de la toma de rehenes en el Palacio de Justicia durante los días 6 y 7 de Noviembre de 1985, que dió lugar a una batalla en la cual perecieron muchas de las personas secuestradas.

4.3.8. La desaparición forzada. Otro atentado contra la libertad individual es la desaparición forzada, crimen de lesa humanidad que ya ha producido en nuestro país centenares de víctimas. Esta reprochable acción se da cuando una persona desaparece involuntariamente del lugar de su domicilio, como resultado de excesos cometidos por empleados oficiales o por individuos particulares que obran bajo su institución o con su complicidad. Uno de los episodios más horribles de comprobado desaparecimiento masivo fué el que se vivió en Argentina tras el cuartelazo de 1976. Bajo los gobiernos militares de Jorge Videla y de sus sucesores, 8.960 personas fueron ilegalmente privadas de la libertad sin que hasta hoy hayan vuelto a su domicilio. Un informe oficial que se puso en manos del Presidente Alfonsín el 20 de Septiembre de 1984, reconoció que con esa Tecnología del terror, la dictadura militar produjo la

más grande y salvaje tragedia de la historia nacional.

4.3.9. La libertad de circulación. Estrechamente vinculado a la libertad física, está el derecho de toda persona a circular libremente. El art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que, toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, -y que toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

El derecho a la libre circulación está garantizado también por el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y por el art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De acuerdo al art. 26 del Código nacional de policía para transitar dentro del territorio Colombiano no se necesita permiso de autoridad. El art. 97 dispone que la policía debe proteger la libertad de circulación. El art. 98 ha previsto que sólo para garantizar la seguridad y la salubridad públicas pueden los reglamentos estatuir limitaciones al ejercicio de dicha libertad.

4.4. EL DERECHO A LA NACIONALIDAD

El art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos manifiesta que, toda persona tiene derecho a una nacionalidad, y a que nadie sea privado arbitrariamente de su nacionalidad.

Este derecho se garantiza también en el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La nacionalidad es el vínculo de carácter político y jurídico que une o liga a determinada persona con su Estado. Es la calidad o estatus de quién por adquisición originaria o derivativa pertenece a una comunidad nacional asentada dentro de unos confines territoriales.

Nuestra carta política en su título III De los Habitantes y del Territorio, capítulo I, de la Nacionalidad art 96 , nos dice:

Son nacionales por Colombianos:

-Por nacimiento: los naturales de Colombia, con una de dos condiciones, que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales Colombianos , o que siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento.

Los hijos de padre o madre Colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaron en la República.

-Por adopción: los extranjeros, que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos Colombianos ante la municipalidad donde se establecieron.

Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Ningún Colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional Colombiano se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no están obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

Quiénes hayan renunciado a la nacionalidad Colombiana podrán recuperarla con arreglo a la ley.

4.5. DERECHO A LA IGUALDAD

El art. 10 de la Carta de 1886 establece al respecto que: "es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades". En desarrollo de la anterior disposición, el art. 57 del código de régimen político y municipal estatuye: "las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo respecto de estos los derechos concedidos por los tratados públicos".

En la nueva carta política de 1991 en su art. 13 establece:

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

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

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

Como podemos observar, la nueva carta política de Colombia, es más amplia y precisa al hablar de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Podemos afirmar, que si bien es cierto un ordenamiento constitucional por muy amplio y democrático que sea en su redacción, nunca llega en su totalidad a colmar las expectativas del conglomerado que gobierna, no es menos cierto que la constitución Colombiana de 1991, ha sido uno de los mayores alcances que países Latinoamericanos hayan podido tener en cuanto a constituciones democráticas.

4.5.1. La igualdad ante la ley. Ya lo hemos definido en

forma clara en páginas anteriores, pero es necesario disertar un poco teniendo en cuenta que el principio igualdad ante la ley es la piedra angular del sistema democrático. Asegurar a cada uno de los asociados las mismas oportunidades constituye presupuesto indispensable para edificar la civilización solidaria sin la cual no logrará el Estado cumplir su deber fundamental de promoción humana. Si la sociedad es el medio único de asegurar la existencia y el posible perfeccionamiento de los hombres, es evidente que la primera necesidad de todos ellos es el mantenimiento de la sociedad, y como este procedimiento es imposible sin la subordinación de los intereses transitorios o excepcionales de cada individuo a la justicia absoluta, que es la convivencia verdadera, general y permanente de los asociados, es evidente también que de conformidad con dicha conveniencia es como se deben dictar todos los preceptos generales o sea las leyes.

4.5.2. La expulsión de extranjeros. Como tanto el ejercicio de los derechos civiles como el disfrute de las garantías por parte de los extranjeros pueden ser legítimamente restringidos, cuando una persona que es ajena a la comunidad nacional incurre en ciertas conductas que la ley Colombiana prohíbe, las autoridades están facultadas para expulsarlas del país.

Hay expulsión de un extranjero cuando por decisión judicial o administrativa se despide del territorio nacional, echándole fuera del mismo y prohibiéndole que regrese.

Según el art. 175 del código nacional de policía, hay tres causales para expulsar a un extranjero del territorio Colombiano:

-Por haber cometido hecho punible sancionable con expulsión,

-Por haber ejercido los derechos políticos vedados a quienes no son nacionales Colombianos,

-Por haber violado las condiciones de ingreso al país, siempre que consten por escrito y le hayan sido debidamente notificadas.

4.5.3. La abolición de la discriminación. Si la ley debe amparar por igual a todos los que residen en Colombia, sin preferencia ni acepciones de personas, es preciso en que sean abolidas las prácticas discriminatorias que por distintos motivos marginan a grupos de individuos del ejercicio de ciertos derechos.

tir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio y, en caso de disolución del matrimonio.

El derecho a contraer matrimonio o libertad de matrimonio, ha sido también garantizado por el art. 23 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y por el art. 17 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Pese a la existencia de las normas anteriormente citadas, todavía en algunos países se prohíbe a ciertas personas aptas contraer matrimonio, celebrarlos con quienes no pertenecen a su raza o tienen otra nacionalidad, o casarse conforme a sus convicciones religiosas. En otros sitios del mundo, se desconoce la igualdad jurídica de los cónyuges, colocando a las mujeres en un plano de completa inferioridad respecto de los maridos.

El art. 113 del código civil Colombiano define el matrimonio como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente".

4.7. EL DERECHO DE ASILO

El art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha proclamado que, en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país.

Este derecho se encuentra también garantizado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el estatuto del refugiado, suscrita en 1951, y por el art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El asilo es la protección otorgada por un Estado o por cualquier sujeto de derecho internacional a ciertas personas que en otro país están siendo perseguidas o corren el peligro de sufrir daños graves como efecto de un hecho calamitoso. No tiene derecho a buscar o recibir asilo quién tras cometer un delito común es justamente perseguido por las autoridades del Estado en el cual cometió la infracción. El asilo debe otorgarse a quién es víctima de injusta persecución o de una adversidad que justifique su desplazamiento, no al que pretende sustraerse a las consecuencias jurídicas de un hecho punible ajeno a la delincuencia política.

Decir que Colombia ha sido por lo general, respetuosa del derecho de asilo, es algo indiscutible. Otro es el problema que en materia de refugiados vive hoy nuestro país. Muchos de nuestros compatriotas se han visto forzados a dejar la patria no porque las autoridades hayan decretado formalmente en su contra actos de proscripción o persecución, lo que se halla constitucionalmente prohibido, sino porque echan de menos una eficaz protección de sus vidas, amenazadas por los anónimos y siempre deteriora progresivamente el funcionamiento real de nuestro estado de derecho, porque en una democracia auténtica nadie debe sentirse llamado a refugiarse en el extranjero.

5. LA PERSONERIA ANTE LA NUEVA CONSTITUCION

La importancia y la respetabilidad del Ministerio Público en el marco normativo de la constitución de 1886 se basaba fundamentalmente en las funciones de vigilar la integridad del orden jurídico, propender por la investigación tendiente al esclarecimiento del delito y velar por el correcto desempeño de los funcionarios públicos.

No incluía el ordenamiento constitucional, mención directa de la institución del Personero, sino al atribuir al Concejo Municipal la función de su elección, según el art 197 num 6º.

La constitución de 1991 tampoco determinó una normatividad específica sobre funciones o atribuciones para el Personero Municipal, pero en principio lo incorporó para ejercer el Ministerio Público, al igual que el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los Procuradores Delegados y los agentes, antes las autoridades jurisdiccionales, -art 118-. Además la nueva consti

tución incluyó menciones que involucren al Personero Municipal.

Sin tomar partido por una u otra posición, es posible que la tradición de la Personería, haya merecido una mención más específica en el nuevo ordenamiento, no sólo para reconocer la representación y vocería que tiene a nivel local, sino para definir con toda precisión sus cada vez más grandes misiones y responsabilidades.

Así, al examinar el nuevo texto constitucional, encontramos el reconocimiento de derechos, la atribución de facultades, la creación de instituciones y la introducción de instrumentos, todos orientados al ejercicio de una ciudadanía más reconocida, más participante y más protegida en sus derechos. Si ello es así, la función de representante de la sociedad que tiene el Personero, puede considerarse, reconocida, participativa y preservada, dentro de la nueva constitución.

Queda entonces el Personero dotado de valiosos instrumentos de acción, para el ejercicio de la misión de representante de la ciudadanía, pues junto con las de veedor, y defensor de los derechos humanos, le atribuye el art.118 de la nueva carta al consagrar que "al Ministerio Público

corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas"

Dependerá de la voluntad y la conciencia con que el Personero Municipal, asuma en su envergadura los roles impuestos en la constitución nacional, que su comunidad tenga la adecuada representación, la oportuna defensa de sus intereses y el ejercicio eficaz de las funciones del Ministerio Público. Ello compendia nuestra apreciación de que el Personero Municipal, no puede considerarse ignorado o disminuido en su perfil, dentro de la nueva constitución nacional.

5.1. LA GUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con anterioridad a la expedición de la constitución de 1991, ya el Personero Municipal tenía esta excepcional misión. Los derechos humanos superada concepción filosófica, trascienden hoy las fronteras en una lucha por extinguir las desigualdades sociales, cuando el ámbito común es la carencia de oportunidades para la educación, la salubridad y hasta el alimento diario. El azote de la violencia indiscriminada en nuestro país, nos hace

aún más conscientes de la necesidad de promover el respeto a los derechos humanos, sobre la base del elemental derecho a la conservación de la vida.

La incursión de la Personería en la promoción y la protección de los derechos humanos ya puede presentar resultados. No sólo las tareas de divulgación hacia la comunidad y de captación de su ideario en torno al tema, han configurado su primer promotor, sino que se han concretado en la reclamación por casos individuales ante aquellas instancias que han podido incurrir en acciones de fuerza desproporcionadas, o en una vigilancia permanente sobre las condiciones de los centros de reclusión, así como en el seguimiento sobre las órdenes de captura, detención y allanamiento.

Con plena solidaridad, la Personería afronta la misión de preservar los derechos humanos, consagrados a nivel constitucional partiendo de la inviolabilidad de derecho a la vida, y excluyendo para todos los habitantes del territorio la desaparición forzada, las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La solidaridad de la Personería no sólo se demuestra en el cumplimiento de su función, sino que en titulares de algunos municipios han tenido que padecer el secuestro y han per

dido la vida por acción de quiénes no han permitido para Colombia, el pleno disfrute del principal de los derechos humanos.

5.2. LA PERSONERIA Y LA PROTECCION DEL INTERES PUBLICO

Un amplio espectro para la nación tiene el concepto de interés público, tan amplio que no podemos ambicionar tratarlo en el corto lapso de esta descripción. Aún así, nuestra fundamental mención es hacia el cúmulo de posibilidades y por ende de responsabilidades que tiene la Personería, al ser destinataria de tal misión como Ministerio Público.

A la consagración de los derechos fundamentales, la nueva constitución nacional auna la de unos derechos sociales, económicos y culturales, así como los muy específicos y novedosos sobre la calidad del medio ambiente. Todos los derechos consagrados son de interés público, en consecuencia, todos deben ser objeto de la preservación por parte de la Personería.

La protección de los derechos de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, el funcionamiento de los servicios de salud, el adecuado desarrollo de planes de vivienda, la protección de los bienes de uso público, la

igualdad de oportunidades para el acceso a la educación, la protección del patrimonio cultural, la garantía de la libertad de expresión y de difusión, son entre otros, aspectos fundamentales en un conjunto de garantías para la sociedad, y el Personero como su más genuino representante, está para velar por su efectividad.

Mención específica merece el consagrado derecho a gozar de un ambiente sano y el deber que se fija al Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines, -art 79-.

Máxima responsabilidad de las generaciones presentes es la calidad de vida que van a dejar a las generaciones futuras; por ello el papel del Personero se torna en fundamental al ejercer una vigilancia sin tregua para que la administración municipal efectúe la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y del ordenamiento físico local, para controlar a tiempo la degradación, preservar desde ya los sistemas orográficos y los hídricos, y no permitir los asentamientos en zonas de riesgo, bajo el inexcusable pretexto de la necesidad de vivienda, que por una mala distribución de las tierras y la falta de voluntad para aplicar la ley de la Reforma Urbana,

ha conducido a muchos compatriotas a un reto permanente con la tragedia, y a la administración a aplicar lenitivos y conmiseración, pero nunca soluciones definitivas.

La protección del espacio público, ha de ser prioritaria en la tarea vigilante del Personero. El art. 82 de la constitución concibe como un deber del Estado "velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular".

En consecuencia, se dota a la comunidad del instrumento más idóneo, una norma constitucional. El aprovechamiento individualista e irracional que se hace del espacio público no podrá prevalecer. A nivel local las medidas de carácter policivo no se pueden hacer esperar y la vigilancia del Personero no debe tener tregua.

Por la falta de protección del espacio público se pierden las vías, los caminos, las playas, los parques, las plazas, las zonas aptas para el esparcimiento y la recreación de los habitantes, cuyos tributos al fisco indolentemente no les son retribuidos en facilidades para la circulación y el tránsito, ni para el disfrute de un paisaje amable, y de una naturaleza tan pródiga y bella co

mo la que se da en todos los rincones de nuestro país.

Las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, y el medio ambiente entre otros, tal como las faculta el art. 88 de la nueva constitución, a pesar de estar instituídas ya por el código civil en su art. 1005, toman ahora una mayor entidad y una cobertura más amplia.

Corresponde al Personero su impulso y una adecuada coadyuvancia para que la comunidad sea receptora de sus efectos, como un instrumento de la mayor eficacia en el propósito de proteger el interés público.

Sin embargo, liderar la protección de un conjunto tan amplio de garantías, no es tarea fácil. Reconocemos las limitaciones de distinto orden que tiene la Personería, a las cuales no escapa la del Distrito Capital, las de los Distritos Especiales, ni la de ninguno de los municipios.

Sin una autonomía presupuestal la Personería está sujeta para su funcionamiento físico a los aportes de la administración, en muchos casos reducidos y por lo tanto no acor

des para fortalecer la institución de fiscalización más importante del municipio. En otros casos las limitantes emanan de la condición humana y se desvirtúa, incluso por la carencia de autoridad moral la función primordial de la Personería.

Los titulares de la Personería debemos hacer un paréntesis para la reflexión y la autocrítica y no olvidar que la prestancia, la respetabilidad y el reconocimiento a que aspiramos como institución, solo puede surgir de acciones concretas y eficaces, y de una ejemplar proyección hacia las comunidades que servimos.

El liderazgo del Personero, es hoy más que nunca necesario. La Nación afronta un detrimento de valores fundamentales: la solidaridad y el espíritu cívico se han menguado preocupantemente, pero ello en lugar de constituir para el representante de la sociedad un aspecto desalentador, debe erigirse en un reto.

Debe el Personero propender por la recuperación de valores elementales, del civismo de las comunidades, ojalá cimentado desde los hogares y las aulas escolares, pues, mal pueden representar intereses que no son sentidos en su municipio, o encontrar resonancia donde los individuos

se sienten ajenos a su entorno y la aridez social es pre dominante.

5.3. LA VIGILANCIA DE LA CONDUCTA OFICIAL POR LA PERSONERIA

Instituye la constitución en el art 123 que "los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad" Resulta sabia la definición porque une fundamentalmente el servicio a la condición de funcionario y lo concreta hacia el Estado que representa y hacia la comunidad ineludible destinataria de su actuación.

Con tan fundamental premisa, corresponde al Personero una vigilancia denodada, para que la constante en la administración pública sea la eficiencia, la eficacia y la moralidad.

El ejercicio cotidiano de la representación y la defensa ciudadana, así como la veeduría dan al Personero una visión global de las características de la administración.

Es muy común que el panorama sea poco halagador, pues, el crecimiento acelerado de las ciudades, la demanda de la ampliación de servicios públicos, de apertura de vías, de

extensión de medios de transporte, de abastecimiento, la consecución de medios para la educación y el bienestar social de la población, no guarda proporción con los recursos disponibles para asumir adecuada y oportunamente toda la demanda.

El ciudadano común, suele sentir una gran desprotección porque está inmerso en un universo de dificultades, pero no tiene a quién acudir, no siente el efecto inmediato de la autoridad que le defiende, que haga respetar sus derechos, que le haga resarcir del perjuicio por mínimo que parezca.

Por su parte, el habitante, pues no merece el calificativo de ciudadano, aún sin desconocer sus deberes hace caso omiso de su cumplimiento, no se considera con ninguna obligación, pocos demuestran aprecio por el municipio, su espíritu cívico o su valor civil. (20)

Todo ello sin embargo, no disculpa la ineficiencia de los entes del Estado, a cuyo cargo está prestar servicios y soluciones a los problemas de la grande o de la mediana ciudad, o del pequeño municipio.

Ante el gran reto para toda administración local, pocas son las respuestas que ofrece a cometidos elementales y es común que no se caracterice por la efectividad y la e

²⁰ VALDERRAMA VEGA, Enrique. Constitución Política de Colombia. Barranquilla: Podium, 1991, p. 61

ficiencia que de ella se espera.

La falta de vínculo entre el ciudadano común y la administración, se ha atribuido como una de las causas para la insatisfacción, a pesar de que se ha venido abriendo paso, aún en forma reducida, mecanismos como la representación gremial, comunitaria e institucional en juntas y organismos de dirección y de usuarios de servicios. Esta posibilidad va a tener que reforzarse y ante todo demostrar efectividad pues hasta el momento no ha logrado canalizar aspiraciones comunes o decisiones de amplia y favorable cobertura.

Sin la significación de un paralelismo con la función del Estado, una participación tan amplia y efectiva como sea posible, puede convertirse en un medio de redistribución de responsabilidades sociales. La amplitud de esta participación debe ante todo proporcionarse para que el Estado no recargue responsabilidades o tareas que deben ser de su órbita exclusiva, y a la vez debe extinguir todo el matiz paternalista que en ocasiones suele acompañar a su gestión.

No sin razón los Colombianos poco esperan de sus administradores, pues se ha convertido en hábito conocer el desgreño en que han caído algunas entidades, la mala calidad

de sus servicios, el despilfarro y la apropiación indebida de sus fondos, la utilización inadecuada de sus equipos y elementos, y en fin, el desvergonzado aprovechamiento de las posiciones oficiales por parte de personas que en mala hora se vincularon a las entidades, pues su objetivo no era desempeñar las funciones propias, sino usufructuar y despilfarrar los recursos del fisco.

Ante tan lamentable realidad, es explicable que la desconfianza se haya generalizado, aunque no sea una justa medición para quiénes adecuadamente se pueden denominar servidores públicos.

Por fortuna para las entidades oficiales, por vocación o por formación, existen los buenos servidores públicos, y gracias a ellos se sostienen las entidades y se prestan los servicios como corresponde. Injusto resultaría generalizar la atribución de acciones reprochables.

La Personería, en el marco de las facultades que le están atribuidas, ha venido cumpliendo la función de vigilancia administrativa, sin omitir la investigación de sus quejas o sus propias constataciones de oficio.

No puede perderse de vista sin embargo, la importancia

de la cooperación ciudadana en el logro de saneamiento de la administración pública.

La denuncia concreta y oportuna, no sólo como una muestra de valor civil, es indispensable para que ninguna actuación torcida se quede sin sanción. Extinguir la nociva práctica de anticipar la prevenda para obtener la actuación del funcionario, ha de ser el ingrediente más importante.

Corruptor de las prácticas administrativas es el ciudadano que se presta para que el soborno prime, en lugar de exigir sus derechos cuando cumple todos los requisitos; en la medida en que ningún ciudadano se presta a prácticas que también le resulten delictivas, se logrará equidad en la atención y eficiencia en el servicio.

La Personería reconoce la preocupación de los estamentos ciudadanos porque exista una administración pública óptima y caracterizada por principios morales a toda prueba, y con el cumplimiento del mandato constitucional y las demás normas que le dan la facultad del ejercicio de la vigilancia administrativa, ha de ser vigía permanente de la actuación de los funcionarios, no en misión de estigmatizar a la administración, pero sí de exigirle un per

manente y buen servicio, para lo cual ha sido instituída.

La vía disciplinaria aplicada por la Personería con oportunidad, puede ser un instrumento vital para lograr la extinción, de las endemias que afectan a la administración pública local, y dotarla de competencia y de un procedimiento unificado, debe ser un logro para todos los municipios, pues en aquellos donde se le desplaza y se le toma solo para diligencias preliminares o para actuaciones aisladas, el único resultado que puede darse es que se diluya la efectividad de la acción y las faltas administrativas se queden sin sanción adecuada y oportuna.

5.4. DELEGACION DE LA ACCION DE TUTELA

Al consagrar la nueva constitución la acción de tutela en favor de toda persona, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, -art 86-, dió un instrumento de máxima importancia a la finalidad de lograr que la equidad y la justicia, imperen en el país.

Al reglamentar el Gobierno Nacional la acción de tutela, mediante el Decreto 2591 del 19 de Noviembre de 1991, introdujo la delegación en forma que en cada municipio, el Personero en su calidad de defensor en la respectiva en

tividad territorial podrá, por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer acciones de tutela o representarlo en las que ésta interponga directamente.

Dispuso además el art. 50 que los Personeros municipales y distritales podrán requerir del Defensor del Pueblo la asistencia y orientación necesarias en los asuntos relativos a la protección judicial de los derechos fundamentales.

Al involucrar al Personero en un sistema novedoso para el país y en torno al cual, así como se generó un especial debate previo a la expedición de la reglamentación, existen fundadas expectativas, se está haciendo un reconocimiento legal de la injerencia que debe tener el representante de la sociedad y el defensor de sus intereses, en múltiples situaciones individuales que seguramente surgirán, pues no en vano el legislador de 1991 quiso interpretar la avidez de los ciudadanos por el respeto a la ley y por la primacía de la justicia.

6. CONCLUSIONES

Como lo hemos reseñado todas las Personerías requieren una estructura adecuada al cúmulo de funciones que deben cumplir. Es injusto, por decir lo menos, que muchas aún sólo cuenten con la voluntad de un buen intencionado titular, pero carezcan de colaboradores que las apoyen en su tarea.

Es adecuado proporcionar a todas las Personerías el aporte presupuestal que les permita un ejercicio decoroso de sus funciones, al igual que en la inclusión dentro del régimen de la elección de los mismos con el fin de coadyuvar a su independencia de las demás ramas del poder público.

Conviene al interés local y a la efectividad de su acción que la Personería tenga instrumentos jurídicos suficientes para desarrollar la vigilancia administrativa de los funcionarios de su municipio. Es imperativo que quien asuma el cargo de Personero no sólo esté provisto de una

certificación o título de Abogado. El Personero, debe tener un conjunto de calidades que le den ante sus conciudadanos, una prestancia excepcional, pues, su misión y compromiso son realmente excepcionales.

Hacemos a través de esta modesta investigación, una invitación a la reflexión sobre la envergadura de nuestra misión.

BIBLIOGRAFIA

- AVILA BERNAL, Alvaro. *Corrupción y Explotación en América Latina*. Bogotá: Grijalvo, 1987
- BARCO, Virgilio. *Mensaje al Congreso de Colombia*. Bogotá: El Tiempo, Mayo 29 de 1988
- DE CASTRO CID, Benito. *El Reconocimiento de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1982
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1988
- ESTRADA, Ligia. *Manejo de Reacciones Psicológicas ante una Situación de Desastre*. Bogotá: Salud Pública, 1987
- MARX, Carlos. *Manifiesto del Partido Comunista*. s.t. Moscú: Progreso, 1972
- PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Profesional, 1987
- PEREZ, Luis Carlos. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1962
- PECES BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad de Madrid, 1983
- REYES, Alfonso. *Derecho Penal*. Bogotá: Externado de Colombia, 1984
- ROSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. s.t. Barcelona: Ariel, 1966
- SACHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá: Temis, 1977

SABINE, George. Historia de la Teoría Política. Bogotá:
Fondo de la Cultura Económica, 1976

TRUYOL Y SERRA, Antonio. Los Derechos Humanos. Madrid:
Tecnos, 1977

VALLEJO MEJIA, Jesús. Los Derechos Humanos en Crisis. Bo
gotá: El Colombiano, Mayo 29 de 1988