

**EL DERECHO A LA REPARACIÓN EN EVENTOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE
LA LIBERTAD, SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL**

DIRECTOR DE LÍNEA Y TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

DRA. DIANA CAROLINA VALENCIA TELLO

PRESENTADO POR:

ALFONSO HELY MAMBY BOCANEGRA

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2018

BOGOTÁ D.C.

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Bogotá, febrero de 2018

Resumen

El ordenamiento jurídico colombiano prevé únicamente la indemnización como forma de reparación en eventos de privación injusta de la libertad. En el derecho internacional la reparación abarca además de la indemnización, medidas de compensación, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, las cuales no solo aplican para graves violaciones a los derechos humanos, sino frente a cualquier violación a un derecho consagrado en una norma convencional que el Estado se haya comprometido a respetar, proteger y garantizar. El objetivo del presente documento es analizar el contenido y alcance del derecho a la reparación en el derecho internacional como derecho fundamental y su utilidad para determinar las medidas de reparación en el medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad.

Palabras claves

Reparación, privación injusta de la libertad, derecho internacional, criterio hermenéutico.

Abstract

The Colombian legal system provides only compensation as a form of reparation in events of unjust deprivation of liberty. In international law, reparation also includes compensation, compensation measures, restitution, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition, which not only apply to serious violations of human rights, but also to any violation of a right enshrined in a conventional norm that the State has committed to respect, protect and guarantee. The purpose of this document is to analyze the content and scope of the right to reparation in international law as a fundamental right and its usefulness in determining reparation measures in the context of control of direct reparation for unjust deprivation of liberty.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	Pág.
1. EL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD	12
1.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD?	21
1.2. CRITERIOS DE REPARACIÓN NACIONALES EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD	33
2. REGLAS INTERNACIONALES DE REPARACIÓN FRENTE A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS Y SU INCORPORACIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO	40
2.1. EL DERECHO A LA REPARACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	40
2.1.1. La reparación en las normas convencionales	41
2.1.2. Organización de las Naciones Unidas según las resoluciones de la Asamblea General	43
2.1.2.1. Reflexión sobre el alcance de los principios como normas de <i>soft law</i>	53
2.1.3. La reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	60
2.1.3.1. Alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	72
2.2. LA INCORPORACIÓN Y ARMONIZACIÓN DE LAS REGLAS INTERNACIONALES DE REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNO	78
2.2.1. Corte Constitucional	78
2.2.2. Consejo de Estado	88
3. ANÁLISIS DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE REPARACIÓN EN MATERIA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD	94
3.1. LAS TÉCNICAS DE INCORPORACIÓN TRADICIONALES	98
3.1.1. Bloque de constitucionalidad	100
3.1.2. Control de convencionalidad	106
3.2. Reflexión sobre la reparación <i>integral</i> en eventos de privación injusta de la libertad	110
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

La privación preventiva de la libertad, de quien a la postre resulta inocente de un delito, tiene graves repercusiones físicas y psicológicas en la persona que la padece. En efecto, la prisión es un centro de adoctrinamiento hacia la delincuencia y con pocas posibilidades de resocialización, más aún cuando, quien sufre sus efectos no ha sido condenado por sentencia definitiva, sino que pesa sobre él la restricción del derecho con carácter anticipado, siendo beneficiario del derecho a la presunción de inocencia (Bustos, 1990).

En estos contextos, la persona es etiquetada y estigmatizada por la comunidad, condenada a una suerte de aislamiento que lo marca de por vida, que desacredita y devalúa su identidad en el contexto social (Goffman, 1986), (Crocker, 1998). El conglomerado crea un imaginario, referido a que, quien está privado preventivamente de la libertad es un “delincuente”, que posee un atributo (o marca) que lo distingue de los otros y una creencia de que dicho atributo lo desvaloriza en comparación con los demás (Pérez C. , 2013).

A esta situación debe agregarse, las condiciones lamentables de las cárceles del país, en las cuales, el hacinamiento afecta hasta el mínimo vital que debe garantizar el Estado, respecto del individuo, en esa relación especial de sujeción en que se encuentra éste, respecto de aquél. En efecto, la Corte Constitucional, en sentencias T- 153 de 1998 y T-388 de 2013, declaró que el hacinamiento carcelario, en las distintas regiones del país, generaba responsabilidad del Estado en relación con las personas privadas de la libertad, debido a que

las condiciones materiales de existencia atentaban contra el postulado fundamental de la dignidad humana e impedían el proceso de resocialización. En estas oportunidades, la Corte Constitucional, puso de presente la deficiente prestación de servicios públicos mínimos como la adecuada alimentación, la salud y el agua potable; así como la inexistencia de instalaciones higiénicas con cobertura, entre otros. Estas consideraciones que fueron reiteradas en las providencias T-762 del 2015 y T-197 del 2017, evidencian los graves daños en la integridad física y moral de quien padece la restricción al derecho.

En estas circunstancias, la privación preventiva de la libertad, se da en condiciones en las cuales, el único fin que cumple el Estado, es lograr el aislamiento del individuo, aun a costa de su propia integridad física y moral (Ariza, 2011).

De ahí que, cuando a un individuo se le restringe el derecho a la libertad personal en el contexto de un proceso penal bajo la figura de la medida de aseguramiento y, luego, es dejado en libertad, porque es absuelto mediante sentencia definitiva o se dicta en su favor preclusión de la investigación, ineludiblemente se ha producido un daño, que en principio, aquél no estaba en la obligación de soportar.

Este daño no solo compromete el patrimonio económico de la persona que fuera privada de la libertad en relación con los ingresos dejados de percibir mientras estaba recluso y en función de los gastos que debió asumir y surgieron como consecuencia del daño. Estas situaciones también entrañan una seria afectación a la honra y al buen nombre de la persona, que impide un desarrollo en condiciones normales de existencia.

Para estos eventos el ordenamiento jurídico colombiano tiene previsto la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual, según los desarrollos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se reduce a la simple indemnización, sin que se tengan en cuenta otras medidas de reparación como la restitución, rehabilitación o medidas de satisfacción que pretendan devolver al individuo a la situación anterior a la violación a sus derechos.

En estas condiciones, la indemnización no permite el restablecimiento *integral* del daño causado.

Esta es una problemática que no solo atañe a la academia, sino que además, tiene trascendencia en el quehacer de la administración de justicia. Por esta razón, la presente investigación, pretende solventar lagunas teóricas y prácticas, que hasta ahora no han sido decantadas con profundidad en relación con el tema del medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad.

Teniendo en cuenta que el Consejo de Estado se ha limitado a reparar mediante indemnización a las víctimas por privación injusta de la libertad, las preguntas de investigación a la que se pretende dar respuesta, son las siguientes: ¿Cuál es el contenido y alcance del derecho a la reparación en el derecho internacional?, ¿Es posible utilizar el derecho internacional como herramienta para determinar las medidas de reparación en los casos de reparación directa por privación injusta de la libertad?

Para dar respuesta a estos interrogantes, la presente investigación analizó los estándares internacionales de reparación tanto del Sistema Universal (ONU) como del Sistema Regional (Comisión Interamericana y Corte Interamericana), pues ellos representan criterios hermenéuticos relevantes de interpretación para los jueces nacionales en su labor de determinar las medidas de reparación en los eventos de privación injusta de la libertad.

En este contexto, la presente tesis, aborda tres objetivos específicos, los cuales fueron agrupados por capítulos que se presentan como los resultados de la investigación. En primer lugar, se estudió la figura de la privación injusta de la libertad y las medidas de reparación que se dictan en este ámbito de acuerdo a los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado; seguidamente se describieron los criterios de reparación construidos por la Comunidad Internacional, concretamente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en el ámbito regional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reflexionando en cada una de ellas, sobre su valor jurídico o jerarquía en el sistema de normas. Luego se hizo alusión a cómo tales normas, han sido incorporadas y armonizadas en el derecho interno, en la labor de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y el valor jurídico que se les ha otorgado, por los Altos Tribunales Nacionales en la labor de administrar justicia. En último lugar, se analizaron los estándares internacionales decantados en materia de reparación *integral* y cómo éstos, podrían ser utilizados por los jueces nacionales en los eventos de privación injusta de la libertad. Finalmente, se aportan las conclusiones y la bibliografía.

Los objetivos expuestos fueron abordados bajo un enfoque metodológico cualitativo, al cual se acudió para descubrir la solución a la pregunta de investigación planteada. En efecto, la investigación se basó en métodos de recolección de datos sin medición numérica como las observaciones y las descripciones, mediante las cuales se reconstruyó la realidad tal y como la entienden los actores de un sistema social previamente definido: en este caso, las actuaciones de los jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad, analizada desde la mirada de las Altas Cortes, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Bajo un estudio descriptivo, analítico y correlacional, se logró comparar la situación actual de reparación en estos ámbitos con los estándares internacionales sobre derechos humanos definidos por la Comunidad Internacional, que permitieron identificar el contenido esencial del derecho a la reparación como derecho humano fundamental y, por tanto, transversal a todas las áreas.

De acuerdo a lo anterior, cada objetivo se logró bajo un tipo de investigación específico, así: el primer objetivo que consistía en estudiar la figura de la privación injusta de la libertad y las medidas de reparación que se dictan en este ámbito, de acuerdo a los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado, se basó en una investigación descriptiva porque se especificaron las propiedades, características y rasgos esenciales del medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad. De esta manera se determinó lo que se entendía por privación injusta de la libertad y los criterios decantados por los jueces nacionales para proceder a su reparación en el ámbito de lo contencioso administrativo.

Por su parte, el segundo objetivo referido al estudio de los criterios de reparación construidos por la Comunidad Internacional, se hizo bajo la investigación correlacional en tanto se evaluó la relación entre dos variables, teniendo en cuenta que se describen las reglas sobre reparación de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reflexionando en cada una de ellas, sobre su valor jurídico o jerarquía en el sistema de normas; conceptos que luego fueron relacionados con las dinámicas del ordenamiento jurídico colombiano donde se examinó la manera en que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las han adoptado en sus providencias en su labor de solucionar conflictos sociales. En los apartes pertinentes que conllevaron al logro de este objetivo, se pudo evidenciar que el núcleo intangible del derecho a la reparación abarca conceptos que van más allá de la simple indemnización y que no están limitados al ámbito de aplicación material de graves violaciones a los derechos humanos o serias infracciones al derecho internacional humanitario. No obstante, en el estudio correlacional y comparativo con el ordenamiento jurídico colombiano se encontró que el concepto de reparación integral únicamente es adoptado por las Altas Cortes, cuando se trata de crímenes internacionales; no sucede lo mismo con la reparación en casos de privación injusta de la libertad, pues en estos contextos, aunque la restricción del derecho sea “injusta”, se da en el marco de la actuación legítima del Estado Colombiano y por esta razón no se puede entender que sea una “violación grave” a un derecho humano.

Por ello, fue necesario desarrollar el tercer objetivo relacionado con el análisis de los estándares internacionales de reparación en materia de privación injusta de la libertad. Se pretendía verificar si los criterios de reparación claramente definidos por la Comunidad

Internacional, relacionados con el concepto de reparación integral y que incluyen las variables de restitución, compensación, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición podrían aplicarse al medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad. En este sentido, se acudió a la investigación exploratoria y a la correlacional, porque los estudios encontrados en la materia, asumen que la reparación *integral* en la que además de la indemnización, el Estado debe conceder medidas de compensación, rehabilitación y satisfacción, proceden únicamente para graves violaciones a los derechos humanos y serias infracciones al derecho internacional humanitario. En cambio el presente documento propone que esas medidas de reparación creadas por la Comunidad Internacional, sean también aplicables al medio de control de reparación directa en los casos de privación injusta de la libertad, mediante la figura del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Es de particular relevancia, el estudio que se hace sobre el valor jurídico que tienen las decisiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, el lector encontrará un panorama que ubica la discusión en tres ámbitos: el primero, indica que son normas de *soft law* y por tanto no obligatorias; el segundo que indica que son normas obligatorias en razón a las nuevas dinámicas de producción normativa en las que se encuentra inmersa la comunidad internacional; finalmente existe una posición intermedia que invita a utilizarlos como criterios hermenéuticos relevantes de interpretación a la hora de solucionar el conflicto social que se le pone de presente a la administración de justicia.

De esta manera se examina un tema poco estudiado como lo es el alcance de la reparación frente al daño antijurídico que padecen las personas en eventos en los cuales han sido privados de la libertad de manera preventiva y luego resultan absueltos por sentencia o su equivalente en el contexto del proceso penal, para lo cual se aporta una solución en la que confluye el principio de soberanía estatal con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano frente a la Comunidad de Naciones en el ámbito de los derechos humanos.

1. EL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

La libertad, como valor, principio y derecho (Sentencia C-879, 2011), es el núcleo esencial y el logo de las diferentes declaraciones de derechos humanos, al estar conectada con la realización de los objetivos de cada individuo (Gil, 2013). Por esta razón, diversos instrumentos internacionales contemplan el derecho a la libertad, imponiendo a los Estados, obligaciones de respeto, protección y garantía, tal como se encuentra en el preámbulo y en los arts. 1, 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1948); en las previsiones del preámbulo, y en los arts. 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966); en lo dispuesto en el art. 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Organización de Estados Americanos, 1948) y en los arts. 5 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969).

En el ámbito nacional, la Constitución Política de 1991, complementa las anteriores disposiciones al establecer en el art. 28, la cláusula general de la libertad, estableciendo la misma como regla general, de manera que sus limitaciones o restricciones obedezcan a la estricta reserva legal y jurisdiccional, y en todo caso, atendiendo al cumplimiento de los fines necesarios para la protección de otros derechos o bienes constitucionales (Sentencia C-163, 2008).

A su turno, el derecho a la libertad, en el contexto de sus limitaciones, se refuerza a partir de la presunción de inocencia, pues la garantía de esta, exige que el individuo sea tratado como tal, hasta que no exista una sentencia judicial en firme que demuestre su culpabilidad; de manera que las restricciones al derecho a la libertad en el trasegar de un proceso penal, deben ser cuidadosas de no atentar contra dicho postulado constitucional (Caso Zegarra Marín Vs Perú, 2017). La presunción de inocencia, al igual que la libertad, no solo se encuentra garantizada en el Texto Superior, sino además en Instrumentos Internacionales ratificados por Colombia, como se evidencia en el art. 11. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1948); en el art. 14. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966); así como, en las previsiones del art. 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Organización de Estados Americanos, 1948) y en las exigencias del art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969), que como se verá más adelante, hacen parte del bloque de constitucionalidad y poseen entidad o naturaleza constitucional.

En este contexto, la Asamblea Nacional Constituyente, entendió que el derecho a la libertad no es absoluto, y en consecuencia, puede estar sujeto a privaciones y restricciones temporales, procedentes de acuerdo a los fines constitucionales y bajo un enfoque preventivo, cuyo objetivo, no puede ser diferente al de “asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones

adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad” (Sentencia C-469, 2016).

No puede desconocerse en todo caso, que la medida de aseguramiento, constituye una afectación intensa a la libertad personal. Por ello, su imposición tiene una naturaleza excepcional, y en razón a lo anterior, se encuentra sometida a un conjunto de límites que salvaguarden no solo la libertad en sí mismo, sino además materialicen en la práctica la presunción de inocencia.

En este ámbito de análisis, el art. 28 de la Constitución Política de 1991, invoca dos límites al Estado, en su facultad de privar de la libertad a un individuo; la primera, referida a la reserva legal, según la cual, únicamente al legislador puede establecer los motivos o causales, así como las formalidades, bajo las cuales, procede la restricción del derecho (Sentencia C-774, 2001) y la segunda, relacionada con la reserva jurisdiccional; para esta, la libertad personal solo puede ser jurídicamente intervenida mediante mandamiento escrito emitido por autoridad judicial, no por otros funcionarios u órgano pertenecientes a las otras ramas del poder público (Sentencia C-695, 2013)

Por ello, el legislador en el Estatuto Procesal contenido en la Ley 906 de 2004, en sus artículos 306 y ss, -en desarrollo del postulado de la reserva legal-, establece como requisitos de la procedencia de la medida de aseguramiento, la existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, de los cuales se infiera razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

Sin embargo, más allá de los requisitos formales, el legislador obliga a la verificación de criterios sustanciales referidos a la necesidad con la cual se procede a privar de la libertad a un individuo de cara a los postulados constitucionales. Esto significa que, pueden existir eventos en los cuales, existe inferencia razonable de responsabilidad, empero la privación de la libertad bajo la medida de aseguramiento no se muestra como necesaria, para (i) evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia; (ii) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; (iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso (Congreso de la República, 2004). En estos ámbitos, si la medida de aseguramiento privativa de la libertad no se muestra como necesaria, el juez de control de garantías, debe negar la petición que en tal sentido eleve la Fiscalía. A igual determinación debe arribar, si no existen elementos materiales probatorios, de los que se infiera razonablemente ya sea la existencia del hecho o la autoría y participación del sujeto investigado. En estos ámbitos, el control judicial de la detención preventiva, se torna trascendental a fin de verificar si concurren o no los presupuestos de reserva legal, como garantía del derecho a la libertad (Sentencia C-496, 2016) (Sentencia C-695, 2013).

De lo dicho se extrae, que, en el contexto del proceso penal, el legislador, no solo impuso límites formales en materia de privación de la libertad, sino además estrictos mínimos sustanciales o condiciones elementales de excepcionalidad, proporcionalidad y gradualidad de la medida de aseguramiento, que hacen que la afectación al derecho a la libertad sea legítima (Sentencia C-469, 2016). En tal sentido, la limitación de la libertad personal, debe ser necesaria para lograr los fines constitucionales de asegurar los resultados del proceso, y no debe existir otro mecanismo de que disponga el Estado para lograr tales propósitos.

Como puede advertirse, la privación de la libertad, solo es admisible cuando está justificada; esto es, en virtud de la satisfacción de unos fines constitucionales previamente determinados por el legislador. A contrario sensu, “si este criterio de moderación se desborda y la medida excede o no está debidamente compensada en los objetivos que pretenden alcanzarse, la restricción pierde justificación” (Sentencia C-496, 2016) y por ende, la restricción que impone la medida, es ilegítima, porque adquiere visos punitivos de prejujuamiento atentando contra la presunción de inocencia.

Puede ocurrir, sin embargo, que al sujeto a quien se le ha dictado medida de aseguramiento y bajo esta figura cautelar, se lo ha mantenido privado de la libertad en el interregno del proceso penal, sea absuelto en el juicio oral, o previamente se haya dictado en su beneficio, decisión de preclusión de la investigación o cualquier decisión similar, que con efectos de cosa juzgada, mantenga la presunción de inocencia del sujeto pasivo de la acción penal. En este ámbito, es viable determinar que la limitación preventiva del derecho a la libertad, que se dio con ocasión de la medida de aseguramiento, no atendió a los parámetros formales y sustanciales fijados por el legislador (error judicial) o aun cumpliéndolos, se demuestra que la privación de la libertad se impuso a una persona, que en todo caso, era inocente.

En cualquiera de los eventos mencionados, la privación de la libertad se torna injusta y con ocasión de ella se ha irrogado un daño a quien la padeció; daño cuya reparación, en el marco de una actuación legítima como la de administrar justicia, corre a cargo del Estado.

Al respecto, si se revisan los instrumentos nacionales e internacionales, se puede encontrar un remedio judicial a estas situaciones. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 9 num. 5, contempla “el derecho efectivo a obtener reparación” cuando la persona haya sido ilegalmente detenida (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966); a su turno, el art. 63 num. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estatuye que frente a la violación de un derecho o libertad protegidos por la norma convencional, se debe garantizar “al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (Organización de Estados Americanos, 1969).

Como puede evidenciarse a primera vista, los instrumentos internacionales hacen referencia a la indemnización, por un lado, y a la reparación por el otro, como medidas que debe recibir el afectado, cuando ha mediado una privación de la libertad, de quien a *la postre* resulta inocente, por sentencia absolutoria o su equivalente. De este modo, en el seno de la comunidad internacional, la indemnización solo es un componente de lo que implica la reparación en su totalidad, como se verá más adelante.

Sin embargo, en el ámbito nacional, el art. 90 de la Constitución Política de 1991, dispone la responsabilidad únicamente patrimonial, en cabeza del Estado, cuando éste ha causado un daño antijurídico, por la acción u omisión de las autoridades públicas (Congreso de la República, 1991).

En este contexto, se ubica la acción de reparación directa, como medio de control que el legislador estableció para indemnizar a las personas que han sufrido un daño y que no estaban en la obligación de soportar (De la Cuetara, 1983) (Younes, 2005).

En efecto, en desarrollo de la disposición constitucional reseñada, el art. 140 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 (Congreso de la República, 2011), regula la acción de reparación directa, brindando al interesado un recurso judicial tendiente a obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados, entre otros, con la detención preventiva, cuando ésta se ha tornado injusta. Empero, como se estudiará más adelante, la reparación en este contexto, es del resorte netamente pecuniario, reconociéndosele al interesado una indemnización que compense los perjuicios causados.

Sobre los criterios de reparación, en general, en el ámbito de las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa, se ha diferenciado aquellas, que emergen cuando han tenido ocurrencia graves violaciones a los derechos humanos, de aquellas en las cuales, si bien se causó un daño, por la acción u omisión del Estado, las mismas no se consideran graves.

En materia de reparación, el Consejo de Estado ha transitado del simple reconocimiento de la indemnización pecuniaria, a incorporar los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia. Sin embargo, lo ha hecho, respecto de **graves**

violaciones a los derechos humanos que se ventilan en el medio de control de la reparación directa.

En este contexto, el principio *restitutio in integrum* ha tenido lugar, en aplicación del control de convencionalidad, a través del cual, se han integrado las reglas de interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dándole un carácter obligatorio y vinculante a las mismas. De esta manera, las providencias judiciales se basan en los conceptos teóricos de reparación transformadora y con ésta, de justicia restaurativa.

Sin embargo, en materia de privación injusta de la libertad, los criterios de reparación, siguen guiándose por parámetros nacionales encauzados en la sola reparación pecuniaria, bajo el concepto de perjuicios morales y materiales, y dentro de éstos últimos, el daño emergente y el lucro cesante. Lo anterior, teniendo en cuenta que la libertad, si bien es un derecho inherente al individuo; su limitación por parte del Estado, no se considera violación grave, salvo que la misma se dé en un contexto de sistematicidad o generalidad, como parte de plan o política de Estado, es decir, como crimen de lesa humanidad, o en el contexto del conflicto armado como infracción grave al Derecho Internacional Humanitario, configurando en este caso un crimen de guerra; finalmente, si se utiliza con propósito de exterminio de un grupo nacional, étnico, cultural o religioso, podría encuadrar como genocidio. En los casos expuestos, la privación de la libertad, es utilizada como instrumento para vulnerar bienes jurídicos supraindividuales que alteran la paz y la seguridad internacional, como bienes esenciales para la convivencia entre las naciones y por esta razón se consideran crímenes internacionales o violaciones graves a los derechos humanos (Capellá, 2005).

En razón a lo anterior, la reparación de estas conductas, no solo debe abarcar la restauración del daño, de quien resulta directamente afectado, sino que además, las medidas de satisfacción deben tener la idoneidad para restablecer el daño social que se ha generado.

Por ello el Consejo de Estado ha afirmado, que en eventos en los cuales, el daño ocasionado traspasa la esfera de lo individual y trasciende a lo colectivo, el proceso de reparación resulta más exigente para las víctimas y para el Estado. En este sentido, se ha hecho alusión al concepto de víctima colectiva, precisando que el mismo puede aplicarse en las siguientes situaciones: a) violación de derechos colectivos; b) violación masiva de derechos individuales de los miembros de la colectividad; y c) la violación de derechos individuales con graves impactos colectivos (Sentencia rad. 44333, 2014)

De acuerdo a lo anterior, es razonable que el Consejo de Estado, en tratándose de violaciones graves a los derechos humanos, ordene una reparación integral cuyo contenido y alcance, lo ha venido decantando de acuerdo a los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; pues con las mismas, no solo se repara al directamente afectado, sino también a la sociedad.

Salvo estos casos, cuando la privación de la libertad es injusta, empero, se da en el contexto de un proceso penal, en el seno de la jurisdicción contencioso administrativo, no se entiende como violación grave y por ello, la reparación se reduce a la mera indemnización de perjuicios con un contenido estrictamente económico, como se pasa a ver a continuación.

1.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD?

El preámbulo de la Constitución Política consagra la libertad individual como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación; el art. 2° en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en las Constitución y encarga a las autoridades de su protección, el artículo 29, dispone que toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable, preceptos que sustentan lo establecido en el artículo 28 de la Carta Política, cuando establece términos y condiciones perentorias para decidir en relación con la detención preventiva de acuerdo a sus fines y presupuestos.

En tal sentido, como se anotó líneas atrás, el derecho a la libertad, se encuentra salvaguardado, bajo las garantías de la reserva legal y de la reserva jurisdiccional. En desarrollo de la primera, el legislador, estableció exigentes requisitos, frente a la limitación del derecho en cuestión, de orden formal y de naturaleza sustancial.

A su vez, el artículo 93 de la Norma Superior, establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos prevalecen el orden interno. En este sentido la normatividad internacional, no solo impone obligaciones a los Estados en relación con el respeto, protección y garantía del derecho a la libertad personal, sino también fija los motivos o razones por las cuales, el Estado se encuentra facultado para imponer restricciones o limitaciones en este ámbito. Así, los arts. 1, 3 de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1948); en las previsiones del preámbulo, y en los arts. 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966); en lo dispuesto en el art. 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Organización de Estados Americanos, 1948) y en los arts. 5 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969), establecen que, la detención preventiva no constituye la regla general; su procedencia, entonces, está subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

De esta manera, armonizando los estándares internacionales con las previsiones del Derecho Interno, se encuentra que la decisión sobre la detención preventiva, no afecta la presunción de inocencia, cuando la misma tiende a satisfacer los fines materiales de asegurar la comparecencia del imputado a las distintas instancias procesales, es necesaria para evitar un peligro concreto y real para la seguridad de la comunidad o de la víctima, o se vuelve imprescindible en los eventos en los cuales –de acuerdo a los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida–, se ha establecido que existen motivos fundados para creer que la libertad del individuo pone en peligro el recaudo probatorio.

Así lo estableció la Sentencia C-774 de 2001, al entender que la procedencia de la detención no se sujeta únicamente al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales

que el ordenamiento impone; para decretar la detención preventiva el funcionario judicial debe atender los fines u objetivos que de acuerdo con la Constitución se hayan establecido para la misma (Sentencia C-774, 2001).

En este orden de ideas, la detención preventiva solo es procedente cuando resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso, que constituye peligro para la sociedad o la víctima o que obstruirá el desarrollo probatorio. Fines que de no ser necesarios, desplazan los requisitos formales y sustanciales de la medida preventiva y permiten mantener vigente la regla general de la libertad (Sentencia C-774, 2001) (Sentencia C-398, 2011).

Así las cosas, cuando no concurren los requisitos formales o los de naturaleza material para proceder a la restricción del derecho a la libertad, en el interregno del proceso penal y la misma se dicta, sin una verificación juiciosa del juez de control de garantías, la misma se torna injusta. Igual injusticia tiene una medida de aseguramiento que aunque haya sido dictada bajo el cumplimiento de dichos requisitos –formales y materiales–, a *la postre* se emite una decisión de preclusión de la investigación o sentencia absolutoria, en virtud de las cuales, se mantiene vigente e incólume la presunción de inocencia.

Es imprescindible tener en cuenta que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968; mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos rige desde el 18 de julio de 1978 por razón de la Ley 16 de 1972. El primero de los Instrumentos Internacionales, en su art. 9.5 determina que “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá

el derecho efectivo a obtener reparación”. A su turno, la norma Convencional Interamericana, en su art. 63.1, establece el deber de los Estados de garantizar “al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados [a] que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Como puede advertirse, en estas normas internacionales se tiene claramente establecido el derecho a la reparación para quienes sufran afectación de sus derechos por el ejercicio del poder punitivo; reparación que no se destina exclusivamente a las violaciones graves a los derechos humanos –por no señalarse así en los Instrumentos Internacionales–, sino también frente a limitaciones injustificadas al derecho a la libertad personal, como derecho contenido en las normas convencionales referenciadas.

En armonía con las anteriores disposiciones, el art. 90 de la Constitución Nacional, dispone que tengan lugar la reparación de perjuicios, cuando se genera daño antijurídico en razón de las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas, dentro de la cual se encuentra la reparación directa por privación injusta de la libertad. Empero, ¿Qué se entiende por privación injusta de la libertad?

Para los casos de detención preventiva, ocurridos en vigencia de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha recurrido a Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, exigiendo que en cada evento se analice si la privación de la libertad se operó o no como “*injusta*”.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la privación injusta de la libertad se presenta, cuando el sujeto pasivo de la acción penal, fue sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente resultó exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria, definitiva o su equivalente, con fundamento en la inexistencia del hecho, la ausencia de autoría o participación en el mismo, o que la conducta no tenía naturaleza punible o que tuvo ocurrencia algunas de las causales de exoneración de responsabilidad penal. Lo mismo sucede cuando el proceso termina anticipadamente en virtud de la preclusión de la investigación, cesación del procedimiento, y en todo caso, el individuo estuvo privado de la libertad (Sentencia rad. 12.076, 2002); (Sentencia rad. 13038, 2002) (Sentencia rad. 13449, 2002) (Sentencia rad. 20942, 2011)

En estas circunstancias, los arts. 65 y 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), establece la reparación de perjuicios para quien haya sido privado de la libertad, limitando la responsabilidad del Estado, al ámbito estrictamente patrimonial (Congreso de la República, 1996).

Sin embargo y contrario a lo manifestado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del art. 65 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, determinó el contenido y alcance de la expresión *injusta*, expresando lo siguiente:

(E) El término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...). (Sentencia C-037, 1996)

Este enfoque sobre el término “injusta” que hace la Corte Constitucional aunque parece preciso, resulta ser un término en blanco puesto que las expresiones: “*ni apropiada, ni razonada, ni conforme a derecho*” no precisan la casuística que aborda el operador penal y que debe identificar el juez administrativo para reconocer la reparación.

Sobre el particular, la línea jurisprudencial mayoritaria del H. Consejo de Estado ha establecido los parámetros sobre este tema, para lo que resulta adecuadamente ilustrativa la Sentencia del 09 de junio de 2010, Radicación número 1997-08775-01(19283), Magistrado Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, de la cual se extrae el siguiente aparte:

Ahora bien, se requiere efectuar una labor de sistematización jurisprudencial, en tratándose del régimen de responsabilidad patrimonial - extracontractual del Estado derivada de la administración de justicia, con base en las siguientes premisas:

3.1. Los artículos 66 a 69 de la ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia), contienen las hipótesis bajo las cuales el Estado puede resultar responsable, a causa de: i) privación injusta de la libertad, ii) error jurisdiccional, o iii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

3.2. Identificado el supuesto de responsabilidad, se deberá determinar el título de imputación aplicable al caso concreto, bien a través de un sistema subjetivo de falla del servicio, o mediante uno de naturaleza objetivo.

3.3. En eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos:

i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación¹.

¹ Sobre el particular, es relevante la sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del *in dubio pro reo*² -strictu sensu-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)³ y 15.463 (2007)⁴, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “duda se resuelve a favor del procesado”, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado–⁵, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta

² “La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias... La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del *in dubio pro reo*. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba –es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva– no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas.” FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Pág. 106.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ “Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera.” *Ibid.* Pág. 151- 152.

punible.

iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del *in dubio pro reo*. Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva. (...)

iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del *in dubio pro reo*, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva.

v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *iura novit curia*–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese

específico marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal.” (Sentencia radicado 19283, 2010)

En suma, puede verse que existen distintos títulos de imputación, a partir de los cuales surge el deber para el Estado de reparar, con ocasión de la generación de un daño antijurídico que el individuo no estaba en la obligación de soportar, con ocasión de la privación de su libertad, en el transcurso de un proceso penal.

En este contexto puede concluirse que, en la jurisprudencia el Consejo de Estado se ha aceptado que, si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos de actuaciones **abiertamente arbitrarias** –como lo concluyó la H. Corte Constitucional–, dicha disposición no excluye la aplicación directa de la cláusula constitucional contenida en el artículo 90 de la norma superior, según la cual, existen daños que se desprenden de una actuación legítima del Estado, en el ámbito de la actividad judicial, pero que causan daños antijurídicos, es decir, que los individuos no tienen el deber jurídico de soportarlos, “como sucede con todos aquéllos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible” (Sentencia rad. 20942, 2011).

Así las cosas, la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado, por detención injusta, no se ciñen únicamente a los eventos en los cuales la privación de la libertad sea ilegal o arbitraria, en razón a su carácter desproporcionado e irracional, de cara a los postulados constitucionales. La declaratoria de responsabilidad del Estado procede, aún en

los casos en los cuales, la medida de aseguramiento se hubiera dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera proporcional a la conducta realizada. En este ámbito, la antijuridicidad del daño, se da porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno (Sentencia rad. 15.463., 2007) (Sentencia rad. 17.534, 2008) (Sentencia rad. 25.508, 2009). No se desconoce con lo anterior que existen casos de error judicial, sin embargo el título de la reparación es el error judicial y no el de privación injusta de la libertad que se viene estudiando.

De acuerdo a lo anterior, el carácter injusto de la privación de la libertad, se da en el contexto del daño que produce la actividad judicial, en el **marco legítimo** de la función estatal de administrar justicia, en aquellos eventos en los cuales, a una persona se le impuso medida de aseguramiento y finalmente no se pudo desvirtuar la presunción de inocencia que lo amparaba. De manera que ninguna relevancia tendría, la existencia de error judicial o criterios subjetivos que debieron tenerse en cuenta a la hora de imponer la medida de aseguramiento, como la proporcionalidad, la necesidad o razonabilidad en la limitación del derecho.

Teniendo en cuenta que la vulneración al derecho a la libertad, se da en el contexto de una actuación legítima, mal haría en afirmarse que, la misma constituye una grave violación a los derechos humanos. Se trata en todo caso, eso sí, de la producción de un daño que el ser humano no estaba en la obligación de soportar, y es esta justamente la fuente de reparación.

En razón a lo anterior, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha entendido que, en este ámbito, y comoquiera que no se trata de una violación grave a los derechos humanos, los criterios de reparación, deben limitarse a un contenido estrictamente patrimonial, como se pasa a estudiar a continuación.

1.2. CRITERIOS DE REPARACIÓN NACIONALES EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Cuando el Estado en ejercicio de una actividad legítima, genera un daño que quien lo padece no estaba en la obligación de soportarlo, surge la responsabilidad patrimonial, cuyo fundamento es el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, a cuyo tenor se reconoce el derecho a la reparación de los perjuicios causados en este contexto.

Si bien es cierto, que el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, cuando se cumplan estrictamente los requisitos constitucional y legalmente previstos para la imposición de la medida de aseguramiento, la persona que sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le

indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, sin que se requiera realizar ninguna valoración diferente, sobre error judicial o actuaciones arbitrarias. Para que un daño sea indemnizable debe ser cierto y real, es decir que no debe tratarse de meras posibilidades, o de una simple especulación, por lo que deberá estar soportado en elementos materiales de prueba que tiendan a su demostración (Sentencia rad. 12555, 2001).

En razón a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha determinado que la indemnización de perjuicios en el contexto de la privación injusta de la libertad, se da por los daños morales y materiales causados y dentro de estos últimos, lo que corresponda por daño emergente y lucro cesante.

El daño emergente hace referencia a la pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. En tal sentido, el daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima (Sentencia rad. 13168, 2006).

Por su parte, el lucro cesante, tiene que ver con la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones mientras se prolongó la detención preventiva (Sentencia rad. 13168, 2006).

Por otro lado, los perjuicios morales se relacionan con los sentimientos de tristeza y dolor, los cuales, jurisprudencialmente se han tasado con base en las reglas de la experiencia, reconocidas por el Consejo de Estado. Sobre el particular, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativo ha dicho, que el *petitum doloris* se determina de acuerdo al prudente arbitrio de los jueces, teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: “la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad” (Sentencia radicado 13339, 2005).

En relación con el investigado a quien se le ha restringido su derecho a la libertad en el interregno de un proceso penal y que a la postre ha sido absuelto, el Consejo de Estado ha establecido que es clara la existencia del perjuicio moral que para él se derivó, en razón a las incomodidades y sufrimientos que la restricción al mencionado derecho fundamental conlleva, sin que sea necesario aportar pruebas adicionales para acreditarlo, pues así lo enseñan las reglas de la experiencia (Sentencia radicación 18370, 2010)

En este contexto, es innegable entonces, la restricción de otros derechos fundamentales, además del derecho a la libertad, como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional, al expresar que cuando el detenido o condenado, ingresa a un centro carcelario, surge para él, una relación especial de sujeción respecto del Estado, bajo la cual, la garantía de su mínimo vital, queda absolutamente cobijada por la organización administrativa carcelaria. La esencia del mínimo vital, exige del Estado la satisfacción de las necesidades vitales como la garantía de la alimentación, la habitación, el suministro de útiles

de aseo, la prestación de servicio de sanidad, el mantenimiento en condiciones de salubridad, etc., “quien se halle internado en un centro de reclusión, justamente por su especial circunstancia, está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma tales beneficios” (Sentencia T-317, 2006), cuya prestación corresponde entonces al Estado.

En estos ámbitos, el Estado adquiere una serie de poderes excepcionales, en beneficio de la resocialización del delincuente condenado y el mantenimiento del orden y seguridad de la prisión que lo legitiman para modular y restringir el ejercicio de ciertos derechos de las personas privadas de la libertad. Limitaciones que en el contexto de la prisión se tornan legítimas, si atienden a los fines constitucionales expuestos.

Sin embargo, la situación de los centros carcelarios no puede pasar desapercibida. En dos oportunidades, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, ha declarado el estado de cosas inconstitucional, en relación con la situación de facto, por la que atraviesan las personas privadas de la libertad, que pone en evidencia que el mínimo vital, ni siquiera es efectivamente garantizado y en los que se ha vuelto imprescindible, el diseño y puesta en marcha de políticas públicas que tiendan a minimizar los efectos nocivos de la privación de la libertad, sea para el condenado o para el detenido con medida de aseguramiento.

En efecto, la Corte Constitucional, en sentencias T- 153 de 1998 y T-388 de 2013, declaró que el hacinamiento carcelario, en las distintas prisiones del país, generaba responsabilidad del Estado en relación con los reclusos, debido a que las condiciones materiales de existencia atentaban contra el postulado de la dignidad humana y afectaban el

proceso de resocialización. En aquellas oportunidades se evidenció la deficiente prestación de servicios públicos mínimos como la adecuada alimentación, la salud, el agua potable, la inexistencia de instalaciones higiénicas con cobertura, entre otros. Consideraciones que fueron reiteradas en providencias T-762 del 2015 y T-197 del 2017.

De acuerdo a lo anterior, se vuelve latente que en cualquier condición en la cual, una persona es privada de la libertad, en razón de la especial relación de sujeción con el Estado, se ven limitados ciertos derechos fundamentales. Sin embargo, la situación por la que atraviesan los centros de prisión en Colombia, hace que la restricción de la libertad se dé en condiciones graves, en las cuales, el Estado no garantiza condiciones mínimas de existencia que chocan con el principio fundamental de la dignidad humana, que tienen lugar, con el hacinamiento carcelario.

De esta manera, se presentan otras limitaciones que se tornan ilegítimas, atinentes al incumplimiento del Estado de sus deberes de respeto, protección y garantía de los derechos de los habitantes del territorio nacional y principalmente de aquellos, que han entrado en una relación de sujeción y vulnerabilidad con el ente estatal (Ariza, 2011).

Es innegable entonces, la afectación moral que sufren, quienes se ven sometidos a padecer una privación de su libertad; situación que adquiere otras connotaciones de aquellos que han visto limitados sus derechos, con ocasión de una detención **preventiva** y no de una condena; pues en este último caso, la demostración de la comisión de una conducta punible, sella con los efectos de la cosa juzgada la situación del procesado, mientras que la primera,

se dicta con fines preventivos previstos por la norma constitucional. En estos últimos supuestos, sigue vigente la garantía constitucional de la presunción de inocencia y eso involucra afectaciones mayores, si quien ha sido detenido preventivamente con medida de aseguramiento, es absuelto en el trasegar del proceso penal. En estos eventos, la presunción de inocencia no pudo ser desvirtuada y siempre se mantuvo vigente; de manera que si al individuo siempre lo cobijó tal garantía constitucional, la determinación del daño moral, debe tener en cuenta las afectaciones a la honra y el buen nombre; concretamente el grado en la que las mismas se produjeron y cómo incidieron en el desarrollo vital de la persona una vez puesto en libertad.

Se advierte entonces, que la reparación del daño moral, debe conllevar a un análisis sobre las afectaciones particulares y concretas que padeció el individuo a quien le fue restringido su derecho a la libertad y a la postre fue declarado inocente; daños que deben tener en consideración no solo la limitación a los derechos que toda restricción a la libertad, llevaría aparejada, sino las condiciones materiales de existencia de los centros carcelarios en Colombia, en los que no se satisface ni siquiera el mínimo de necesidades vitales básicas con ocasión del hacinamiento carcelario y que naturalmente deben repercutir en quienes son puestos en libertad y deben salir a la sociedad civil a desarrollar su vida con normalidad, como si el daño nunca se hubiera producido. A estas disquisiciones para determinar la reparación del daño, debe sumarse, sin duda, las afrentas a la honra y al buen nombre y las implicaciones en el desarrollo de su vida, de ser etiquetado por la sociedad como si hubiese sido un delincuente, pues justamente, el hecho de que un individuo estuviera privado de la libertad, genera la percepción en la sociedad de que el mismo, efectivamente cometió un

delito y puede llegar a poner en peligro a la comunidad. En estas percepciones, la segregación de la sociedad, efectivamente se produce y se perpetúa con el imaginario colectivo, sobre la idea del “malo”, que encarna los antivalores que deben ser superados a partir del aislamiento (Observatorio del Sistema penal y los derechos humanos de la Universidad de Barcelona, 2008).

Sobre el particular se ahondará más adelante. Por ahora, basta decir que, en el panorama planteado, la reparación del daño moral, en el marco de las reglas de la experiencia y bajo el baremo de la equidad, no debe convertirse en un análisis estático que arroje una fórmula mecánica. En todos los casos, estos análisis deben estar informados por los hechos notorios de hacinamiento carcelario, claramente decantados por la Corte Constitucional y con medios de prueba aportados en cada proceso en los que se evidencie la afectación de la honra y buen nombre, así como su incidencia frente al desarrollo vital del individuo.

Como se había puesto de presente, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha considerado que en casos de detención en establecimientos carcelarios se presume el dolor moral, la angustia y la aflicción de la víctima directa del daño, por la privación de la libertad, de la misma manera que se presume dicho dolor respecto de sus seres queridos, conforme a las reglas de la experiencia (Sentencia radicado 15980, 2008).

Sin embargo, la reparación por el daño moral que padece quien ha sido injustamente privado de la libertad, se reduce a una indemnización que limita sus efectos al ser del resorte estrictamente pecuniario, sin que se pueda hablar de una reparación integral, como se pasa a

estudiar a continuación, de acuerdo a como ha sido establecido en el Sistema Universal por parte de la ONU, y en el contexto Regional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos por ella conocidos, referidos a la violación de derechos consagrados en Instrumentos convencionales y cuya responsabilidad ha recaído en cabeza del Estado.

2. REGLAS INTERNACIONALES DE REPARACIÓN FRENTE A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS Y SU INCORPORACIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO

2.1. EL DERECHO A LA REPARACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Conviene establecer, cuáles son los criterios de reparación establecidos por el derecho internacional, en materia de violación a los derechos humanos, por las acciones u omisiones de agentes estatales, haciendo claridad que en este contexto, su aplicación no se limita a graves violaciones de derechos humanos, sino que pueden ser aplicados frente a la vulneración de cualquier derecho garantizado en los instrumentos normativos del derecho supranacional; sin embargo, la delimitación concreta de tales medidas depende del nivel de afectación del derecho.

La obligación de reparar se constituye en la consecuencia lógica cuando han tenido lugar, la violación de los derechos consagrados en los diferentes instrumentos de derechos humanos. No obstante, la demarcación sobre el contenido de la reparación, tanto en el ámbito universal como en el regional, todavía no es un producto acabado, aun cuando en este último contexto, existan mayores avances. Tampoco es claro, cuál es el fundamento teórico de las reparaciones por violaciones a derechos humanos en el derecho internacional (Zamora, 2007). Este planteamiento tiene asidero, si se considera la redacción de las normas convencionales, que únicamente imponen a los entes estatales la obligación de reparar, sin que las mismas especifiquen con claridad, cómo debe darse tal reparación: qué formas de

reparación, con qué contenido, y cuál sería su alcance. Deficiencias, que podrían tener una explicación lógica centrada en la imposibilidad de la norma internacional de abarcar todos los universos posibles de violación a derechos humanos y en los que es natural, que las formas de reparación, no pueden quedar enlistadas en el texto escrito.

2.1.1. La reparación en las normas convencionales

En el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 2) y en la Convención Americana de derechos humanos (art. 1.1. y 2), se desprende la obligación general de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar medidas internas para garantizarlos.

Los dos Instrumentos Internacionales, consagran un catálogo de derechos que los Estados suscriptores deben respetar, proteger y garantizar, dentro de los cuales se encuentran los derechos a la libertad, a la presunción de inocencia y a la honra y el buen nombre.

También prevén medidas de reparación, cuando los mismos han sido vulnerados o limitados injustamente. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 9 num. 5, contempla “el derecho efectivo a obtener reparación” cuando la persona haya sido ilegalmente detenida (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966); a su turno, el art. 63 num. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estatuye que frente a la violación de un derecho o libertad protegidos por la norma convencional, se debe garantizar “al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos

y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (Organización de Estados Americanos, 1969)

Sin embargo, ninguna de las normas reseñadas establece cómo debe darse la reparación; esto es, cuál es el contenido de las reparaciones y el alcance de las mismas en violaciones a derechos humanos. Por otra parte, a diferencia del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, -que sí hace alusión, al derecho efectivo a obtener reparación cuando la persona haya sido ilegalmente detenida-, la Convención Americana, no distingue si la reparación y la justa indemnización de que trata, procedería en eventos en los cuales se produce la privación injusta de la libertad del individuo; como tampoco establece escalas de reparación tratándose de violaciones graves a los derechos humanos, que podrían configurar crímenes internacionales, de aquellas que no alcanzan esta connotación.

En razón a lo anterior, es necesario adentrarse en los desarrollos sobre el contenido y alcance de la reparación en el seno de la comunidad internacional, concretamente en el ámbito universal de la Organización de las Naciones Unidas y en el contexto regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para establecer si los mismos pueden ser aplicables a los eventos de privación injusta de la libertad, en los juicios nacionales que se discurren en el medio de control de la reparación directa.

2.1.2. Organización de las Naciones Unidas según las resoluciones de la Asamblea General

Debido a la insuficiencia del Derecho Internacional de disipar el fundamento teórico de las reparaciones por violaciones a derechos humanos, la Comunidad Internacional, encomendó a *Theo Van Boven* y paralelamente a *Louis Joinet*, la labor de elaborar los principios y directrices básicos para determinar las formas de reparación en eventos de violación a los derechos humanos contenidos en los instrumentos de protección de los derechos humanos. Dichas labores concluyeron con informes presentados en la década de los noventa y fueron revisados por *Cherif Bassiouni*, quien arribó a la misma conclusión expuesta y es que en los mismos, no existía uniformidad y coherencia en la terminología; como tampoco habían quedado delimitadas, las formas concretas de reparación y como éstas se materializaban en la práctica de los Estados; aunado a que no se estableció si la forma de reparación dependía de la gravedad o magnitud de la violación a los derechos humanos (Zamora, 2007) (Comisión Colombiana de Juristas, 2007).

En aras de especificar el contexto de inquietudes -sin que se afirme que el mismo haya quedado claramente decantado-, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005, promulgó los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 2005).

El ámbito de aplicación de los mencionados principios, según lo dispuesto en ellos se centra en la reparación de las víctimas de “violaciones manifiestas” de las normas internacionales de derechos humanos y de “infracciones graves” al derecho internacional humanitario, cometidas de manera “sistemática y exhaustiva”; es decir –como el mismo instrumento lo manifiesta– en eventos en los cuales, se configuran crímenes internacionales.

En cuanto a las obligaciones que los Principios imponen, pueden extraerse los siguientes en materia de reparación:

- Es deber de los Estados, investigar, juzgar y condenar efectivamente las graves violaciones a los derechos humanos y las notables infracciones al derecho internacional humanitario, previendo mecanismos idóneos para que las víctimas puedan acudir a la administración de justicia para lograr el restablecimiento integral de sus derechos. En estos ámbitos, el acceso a la justicia y la sanción efectiva de los responsables, se constituye en una forma idónea de reparación.

- En materia de reparación en estricto sentido, se exige una reparación efectiva, adecuada y rápida que tienda a remediar las violaciones a los derechos humanos. El instrumento es específico en señalar que la reparación debe ser proporcional a la magnitud de las violaciones y al daño causado.

- Dentro de las formas de reparación se establecen las siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

- La restitución tiene la pretensión de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación a sus derechos. “La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes” (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 2005).

- La indemnización, que hace referencia a la compensación en dinero del daño causado, debe ser proporcional a la gravedad de la violación y conforme a las circunstancias concretas del caso. Debe suplir todos los perjuicios económicamente evaluables, entre los que se encuentran (i) El daño físico o mental; (ii) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; (iii) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; (iv) Los perjuicios morales y, (v) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

- La rehabilitación que incluye la atención médica y psicológica, al igual que los servicios jurídicos y sociales.

- La satisfacción, que incluye las siguientes medidas: (i) instrumentos eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; (ii) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños

o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; (iii) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; (iv) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; (v) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; (vi) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; (vii) Las conmemoraciones y homenajes a las víctimas; (viii) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

- Las garantías de no repetición que deben incluir, las medidas que contribuyan a la prevención de futuras violaciones a los derechos humanos, dentro de las cuales, podrían ubicarse las siguientes: (i) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; (ii) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; (iii) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; (iv) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

(v) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; (vi) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; (vii) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; (viii) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

Este catálogo de formas de reparación traídas a la luz del derecho internacional, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, permite evidenciar la preocupación de la Comunidad de Naciones por encontrar soluciones concretas, que permitan el disfrute máximo de los derechos humanos. Por ello, tratándose de violaciones graves a tales prerrogativas, las víctimas deben contar con medidas en las que se articule la verdad y la justicia. Por esta razón, la reparación va mucho más allá de la reiteración de las medidas indemnizatorias tradicionales (Rousset, 2011)

Sin embargo, los enunciados principios plantean variadas vicisitudes. La primera es que bajo una interpretación formal y textual de los mismos, su ámbito de aplicación queda reducido a violaciones “manifiestas” a las normas internacionales sobre derechos humanos o infracciones “graves” al derecho internacional humanitario, como ya se había expresado líneas atrás, lo cual requiere para su procedencia, de la ejecución de tales conductas con carácter sistemático, continuo y generalizado; esto es, que alcancen la configuración de un crimen internacional. Justamente uno de los objetivos de los mencionados principios es evitar y erradicar la impunidad, la cual tiene lugar cuando los Estados no adelantan los procesos de investigación, juzgamiento y sanción de “graves” violaciones a los derechos humanos (Comisión Colombiana de Juristas, 2007).

Bajo esta hermenéutica, no procedería la aplicación de los mencionados principios a la determinación de la reparación, en casos en los cuales, la misma emerge de violaciones a derechos humanos, en contextos de actividades legítimas del Estado, como cuando éste priva de la libertad a un individuo, que posteriormente ha sido declarado inocente; pues en este evento, si bien se presenta la limitación a un derecho humano fundamental, la misma se da en un ámbito de actuación regular de la administración de justicia. Arribar a estas conclusiones implicaría que la reparación que debe darse en el medio de control estudiado, se siga guiando por los parámetros nacionales decantados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, restringida a la indemnización por el daño moral y material causado al individuo que ha soportado un daño antijurídico.

Una interpretación en contrario, encuentra fundamento en el principio número 27 del instrumento estudiado, a la luz del cual, “nada de lo dispuesto en el presente documento se interpretará en el sentido de que menoscaba los derechos internacional o nacionalmente protegidos de otras personas, en particular el derecho de las personas acusadas a beneficiarse de las normas aplicables” (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 2005).

Resulta entonces, necesario recordar que los derechos a la libertad, presunción de inocencia, honra y buen nombre, se encuentran consagrados en Instrumentos Internacionales convencionales, que al ser ratificados por el Estado Colombiano, le imponen unas obligaciones primarias referidas a la protección, respeto y garantía de tales derechos. Así mismo, se evidencia la existencia de unas obligaciones secundarias, que tienen lugar, cuando tales derechos han sido restringidos injustamente y en este contexto, han producido un daño, que quien lo padeció, no estaba en la obligación de soportar. Tanto las obligaciones primarias como las secundarias, tienen contemplación en los instrumentos universales y regionales de protección de derechos. Ya se había anunciado que el derecho a la libertad, se encuentra respaldado en el art. 1, 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1948); en las previsiones del preámbulo, y en los arts. 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966); en lo dispuesto en el art. 1 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Organización de Estados Americanos, 1948) y en los arts. 5 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969).

La presunción de inocencia, por su parte, se encuentra garantizada en el art. 11. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1948); en el art. 14. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966); así como, en las previsiones del art. 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Organización de Estados Americanos, 1948) y en las exigencias del art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969).

Finalmente, en relación con el derecho a la honra y el buen nombre, que se ve restringido cuando el individuo ha sido privado de la libertad, también encuentra garantías en el derecho internacional. Así, lo contemplan el art. 12 de la Declaración Universal de los derechos humanos (Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, 1948), el art. 5 de la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre (Organización de Estados Americanos, 1948); el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, 1966) y el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969).

Son las normas descritas, las que contemplan las obligaciones primarias de respeto, protección y garantía de los derechos a la libertad, presunción de inocencia, honra y buen nombre. Cuando tales obligaciones se han incumplido, surge la obligación secundaria de reparar los daños irrogados. El incumplimiento, puede darse, en el marco de actuaciones

legítimas o ilegítimas del Estado, que no obstante, el individuo no estaba en la obligación de soportar, que es lo que justamente sucede con la privación injusta de la libertad.

Al respecto, si se revisan los instrumentos nacionales e internacionales, se puede encontrar un remedio judicial a estas situaciones. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 9 num. 5, contempla “el derecho efectivo a obtener reparación” cuando la persona haya sido ilegalmente detenida (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966); a su turno, el art. 63 num. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estatuye que frente a la violación de un derecho o libertad protegidos por la norma convencional, se debe garantizar “al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (Organización de Estados Americanos, 1969).

De estas últimas normas, se desprende entonces, la obligación secundaria de reparar a cargo del Estado. Retomando el argumento planteado cuando se hizo referencia al ámbito de aplicación de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se dijo que el mismo reducía su ámbito de aplicación únicamente a las violaciones “manifiestas” de los derechos humanos y a las infracciones “graves del derecho internacional humanitario”, por lo que el contenido y alcance de la reparación que los mismos alcanzan, no serían aplicables para reparar en el ámbito nacional, los eventos de privación injusta de la libertad. Sin embargo, se notó como, el principio número 27, señala que la interpretación del instrumento no debe hacerse de

manera que menoscabe los derechos internacional o nacionalmente protegidos de otras personas, en particular, el derecho de las personas acusadas a beneficiarse de las normas aplicables.

De esta disposición, puede desprenderse una interpretación no tan restringida y formal como la planteada. En efecto, las personas que han padecido la limitación a su derecho fundamental a la libertad, y que han visto menoscabados sus derechos a la presunción de inocencia; así como a la honra y buen nombre en el contexto de un proceso penal y luego, son absueltas, deben ser efectivamente reparadas con base en las normas descritas en las líneas precedentes. Hallazgo que no es novedoso si se tiene en cuenta la obligación de reparar contenida en la norma nacional del art. 90 de la Constitución Política de 1991. Sin embargo, conviene preguntarse si para determinar el alcance de la reparación de que trata el art. 90 referenciado, puede acudirse a los principios de la Organización de las Naciones Unidas estudiados, con el fin de establecer si proceden o no las formas de reparación ahí previstas, en el medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad, como criterios interpretativos que pueden ser de utilidad para los Tribunales Nacionales para ampliar la cobertura de la reparación y no limitarla únicamente al escenario de la indemnización, que es lo que se pasa a estudiar a continuación.

2.1.2.1. Reflexión sobre el alcance de los principios como normas de *soft law*

El derecho a la reparación, sea cual fuere la violación a los derechos, “debe borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad,

habría existido de no haberse cometido ese acto”, según lo manifestó la Corte Internacional de Justicia en uno de sus históricos fallos (Caso *Factory at Chorzów* fund, 1928, pág. 290).

Según esta regla de interpretación jurisprudencial, las formas de reparación deben desprenderse del tipo de violación a los derechos humanos y tener la capacidad para anular las consecuencias de los actos violatorios. Según esto, no serán iguales las formas de reparación en casos de tortura o desaparición forzada, que en sí mismo configuran crímenes internacionales –y el perjuicio es mucho mayor– de aquellas en las cuales se pretende restablecer la situación, en casos de privación injusta de la libertad (que se da con ocasión de una actuación legítima del Estado). En uno y otro caso, las formas de reparación deben variar en la medida en la que el restablecimiento a la situación anterior a la violación, sea efectivo.

Según lo planteado, “de acuerdo al derecho internacional, la violación de cualquier derecho implica el deber de reparar a las víctimas” (Comisión Colombiana de Juristas, 2007), y la reparación en cuanto a contenido, no debe limitarse a la simple indemnización, pues la misma debe tener la capacidad de “aliviar el sufrimiento de la víctima y, en la medida de lo posible, restablecer el *satus quo ante*” (Comisión Colombiana de Juristas, 2007).

Así lo ha considerado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, al decir, lo siguiente:

El párrafo 3 del artículo 2 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han

sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple. Además de la reparación explícita exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14, el Comité considera que el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada. El Comité señala que, cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías [excusas] públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos (Comité de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 2004) (subrayado no original).

Véase como, según el Comité de Derechos Humanos, de la ONU, la reparación frente a la violación de cualquier derecho humano, debe darse más allá de la simple indemnización; lo que resulta coherente con las reglas de interpretación esbozadas de la Corte Internacional de Justicia y con los Principios de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que enlistan una serie de formas de reparación, cuya aplicabilidad tendrá que analizarse en cada caso, bajo la lupa de volver al estado anterior a la violación del derecho humano.

Ahora bien; en la idea tradicional de las fuentes del derecho internacional, se ha acudido al concepto de *soft law*, o “derecho flexible”, para diferenciarlo del *hard law*, derecho duro u obligatorio. Desde esa perspectiva, que se reitera –es tradicional–, la expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante (Del Toro, 2006), dentro de los que podrían ubicarse, a las resoluciones de organismos internacionales, que según Weil, no constituyen “fuentes

formales” del derecho internacional, lo que no significa que deban ser ignoradas por los juristas, sean nacionales, ora internacionales. Pensar que las mismas son obligatorias, conllevaría, según el autor, a (i) una amenaza de la naturaleza positiva del derecho internacional, que supondría una excesiva variación en dicha normatividad internacional; (ii) supondría el desconocimiento de la naturaleza del propio ordenamiento internacional, como derecho de cooperación entre entidades soberanas, y de sus procesos de formación normativa identificados principalmente con el voluntarismo estatal. En este contexto, las obligaciones emergen y son aceptadas por los Estados en el ámbito de la voluntad soberana de vincularse a ellos a través de la ratificación que se da en los procesos de adopción de los tratados; no así en la emisión de resoluciones adoptadas por organismos internacionales (Weil, 1983).

Una posición contraria a la planteada, se da en un marco de constante adaptación del derecho internacional a las nuevas dinámicas de la comunidad internacional en un mundo cada vez más interdependiente y globalizado (Castells, 2000). En estos ámbitos, la producción normativa del *soft law* puede contribuir a esclarecer muchos de los consensos que se expresan en normas de *hard law* (Fastenrath, 1993).

Esta concepción parte del supuesto que en la sociedad internacional no todos los problemas pueden y deben encontrar una solución jurídica del tipo *hard law*, si no que, por el contrario, en ocasiones instrumentos no vinculantes ofrecen mejores soluciones, sea por que reflejan un mayor consenso de la comunidad internacional, por llenar alguna laguna o establecer criterios de interpretación (Del Toro, 2006, pág. 515).

En efecto, bajo esta concepción se afirma que las normas pertenecientes al *soft law*, aunque no imponen obligaciones a los Estados directamente, sí enriquecen los procesos de formación de derechos y obligaciones internacionales y evidencian el papel de los diferentes actores de la comunidad internacional y sus estrategias de acción; así como aporta destellos sobre la posible mecánica del derecho internacional en los años venideros (Del Toro, 2006). Adicional a lo anterior, la utilidad y cumplimiento de los principios creados a través de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, podría encontrarse en el principio de buena fe que rige las relaciones entre los Estados, en cuanto a la suscripción de tratados internacionales ya que los mismos generan expectativas de comportamiento frente a cómo deben cumplirse las normas convencionales; esto significa que tales principios sirven para clarificar e interpretar el derecho internacional. Así mismo, puede reflejar el estado del desarrollo de normas consuetudinarias o definitivamente en ellos, puede estar contenida –o ser prueba– de la existencia de una regla de costumbre internacional (Del Toro, 2006) (Herdegen, 2005).

En estos ámbitos de análisis, se resalta la utilidad del *soft law* como pautas interpretativas de tratados internacionales, en la labor de los jueces internacionales y nacionales, bajo la consideración, de que los mismos entran a formar parte de los principios generales, como fuente del derecho internacional, según las voces del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Comisión Colombiana de Juristas, 2007).

Sin embargo, hay autores que consideran que las normas que hacen parte del *soft law*, como los principios estudiados, pueden llegar a tener la naturaleza de *hard law*, y en tal sentido, su naturaleza es obligatoria.

[E]s importante destacar la transformación del *soft law* en *hard law*, no sólo en el ámbito internacional a través de la celebración de tratados posteriores o de la configuración de una práctica consuetudinaria, sino también desde el punto de vista interno con la adopción de medidas legislativas o judiciales que incorporan los estándares del *soft law* a la normatividad interna reconociéndole carácter obligatorio (Del Toro, 2006, pág. 542).

En estos casos se evidencia que el carácter obligatorio que puede llegar a adquirir el *soft law*, se da –según como se describe– por la suscripción de tratados internacionales posteriores y en estos eventos, la naturaleza vinculante se desprende del principio de buena fe que rige el cumplimiento de dichas normas convencionales. En últimas, lo que es obligatorio, termina siendo el tratado suscrito; sin embargo, no se puede dudar de la utilidad e importancia, de los principios en el proceso de formación del tratado.

Por otra parte, la reiteración en la aplicación de los principios por parte de los Estados, en la medida en que la misma, sea una práctica generalizada de los mismos, que tenga la virtud de generar la convicción de que dicha práctica es obligatoria, adquiere la naturaleza de costumbre, siendo esta la principal fuente del derecho internacional, según las voces del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la opinión de algunos publicistas. (Del Toro, 2006) (Herdegen, 2005) (Brotons, 2007). En estos eventos, se advierte que la

obligatoriedad de las reglas, no se desprende de los principios, sino de la costumbre que se ha formado en la comunidad de naciones. Sin embargo, los principios mencionados, pueden ser de gran ayuda, no solo en el desarrollo de la costumbre internacional, sino que además, pueden servir para identificarla y ubicarla, como prueba de su existencia en un proceso judicial de responsabilidad estatal internacional (Herdegen, 2005).

Una posición más radical de la que emerge la obligatoriedad de los mencionados principios, entiende que los mismos son el fundamento del derecho internacional, en la medida en que, en ellos se expresan las obligaciones de los Estados, derivadas de tratados vigentes, costumbre internacional y principios generales del derecho; por lo que deben ser observados con estricta obligatoriedad en Colombia, por mandato expreso de los arts. 9, 93 y 94.

Los principios internacionales condensan el contenido sustantivo de derechos fundamentales reconocidos por tratados generales de derechos humanos y la Constitución colombiana, plasman las obligaciones del Estado según el derecho consuetudinario y contienen una formulación explícita de principios generales del derecho internacional que vinculan a Colombia. La incorporación con fuerza vinculante de estos principios al marco normativo nacional es un imperativo constitucional expresado por múltiples vías, ya que hacen parte de los principios que rigen las relaciones internacionales de Colombia y del bloque de constitucionalidad como principios con fuerza suprallegal al determinar el contenido de los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación. (Comisión Colombiana de Juristas, 2007, pág. 22)

De las tesis expuestas es posible colegir la importancia y trascendencia de los principios sobre reparación de la Organización de las Naciones Unidas, en el proceso de codificación del derecho internacional de los derechos humanos, así como en la consolidación de la costumbre internacional, principalmente en lo que atañe al tema de reparación de las víctimas, frente a serias violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. De hecho, como se verá en el acápite siguiente, en los desarrollos jurisprudenciales del Sistema Interamericano, se ha entendido la reparación como norma consuetudinaria del actual derecho de gentes; siendo la costumbre una de las principales fuentes del derecho internacional y de donde emergen obligaciones para los Estados (Brotons, 2007) (Herdegen, 2005) (Del Toro, 2006).

Sin embargo, la obligatoriedad de los principios reseñados, en el ordenamiento jurídico de un Estado –como se verá en el capítulo 3–, depende del modelo de incorporación y armonización, que haya establecido el Estado, en el marco de su soberanía.

Por ahora, es necesario delimitar el contenido y alcance de la reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como Sistema Regional, aplicable al ordenamiento jurídico colombiano.

2.1.3. La reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como se veía de manera precedente, el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que, frente a la violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, se dispondrá (i) la garantía al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados; al igual que (ii) la reparación de las consecuencias de la medida que ha configurado la vulneración de esos derechos; además del (iii) reconocimiento de una justa indemnización.

De la disposición convencional referenciada, se desprende para los Estados pertenecientes a la Organización de Estados Americanos, la obligación de reparar, cuando ha tenido ocurrencia la violación de un derecho humano; “cuando el Estado ha sido encontrado responsable en virtud de la aplicación de las normas consagradas en los diferentes instrumentos normativos internacionales” (Torres, 1999, pág. 152). En estos eventos, se configura un hecho ilícito internacional, siendo necesario para obtener la reparación, la existencia de un daño cierto, actual y efectivamente probado, cuya causa sea la vulneración del derecho humano protegido y su efecto la generación del perjuicio, atribuible a la acción u omisión de agentes estatales, o a hechos de terceras personas que actuaron con la colaboración, aquiescencia o tolerancia del Estado (Torres, 1999).

Empero, la Convención Regional, no especifica el contenido de la reparación frente a cada tipo de violación, ni determina, si tal reparación depende de la gravedad de la conducta. Por esta razón, ha sido la Corte Interamericana tanto en su función contenciosa como consultiva, la encargada de llenar de contenido el derecho a la reparación, en cuya labor ha recogido lo esbozado por los principios de la Organización de las Naciones Unidas, como

marco de referencia “para analizar las posiciones de las partes en litigio y ordenar reparaciones con carácter integral” (Calderón, 2013, pág. 152)

Al respecto, el Tribunal Regional, ha establecido que:

Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial (Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs Perú, 2006)

La jurisprudencia del Sistema Interamericano ha identificado medidas de restitución, indemnización (daño material e inmaterial), rehabilitación (atención médica, psicológica, servicios legales y sociales), satisfacción (conocimiento de la verdad, actos de desagravio e investigación y sanción de los responsables) y garantías de no repetición (reformas normativas e institucionales) (Sentencia Velásquez Rodríguez Vs. Honduras , 1988).

Comoquiera que las reparaciones no se agotan con la indemnización de daños materiales e inmateriales (García, 2005) (Rousset A. , 2011), las medidas deben estar acompañadas de instrumentos con alcance o repercusión pública. En este sentido, los mecanismos de reparación son los siguientes: (i) la obligación de investigar y sancionar a los responsables; (ii) encauzar los esfuerzos hacia el logro de la verdad; (iii) realizar actos de reconocimiento público de responsabilidad internacional; (iii) la rehabilitación de la víctima y la traducción de la sentencia al idioma de las víctimas. En este contexto, también se han

ordenado medidas de carácter socioeconómico, como los programas de vivienda, salud, educación e infraestructura (Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala, 2004); (iv) la creación de mecanismos adecuados para identificar víctimas y entrega de restos; (v) la elevación de monumentos; (vi) capacitación de funcionarios; (vii) implementación de un mecanismo de seguimiento de las reparaciones y de participación de las víctimas en la definición de las reparaciones; (viii) garantías de seguridad para los habitantes; y (ix) programas de educación en derechos humanos dentro de las fuerzas estatales (Masacre de Mapiripan Vs Colombia, 2005).

En principio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, había acudido al concepto de *restitutio in integrum*, para entender que el fin último de la reparación era lograr el pleno restablecimiento “de la situación que la víctima tenía antes de producirse la vulneración de su derecho, es decir el restablecimiento del *statu quo ante*” (Torres, 1999, pág. 156), lo que significa que el Estado debe adoptar medidas, para devolver al lesionado a su situación anterior a la violación de sus derechos.

Sin embargo, en todos los casos la reparación no debe pretender devolver a la víctima al estado anterior a la violación de sus derechos, pues existen casos en los cuales, ello implicaría retornarla a situaciones o condiciones de pobreza, desigualdad o discriminación. En este ámbito, surge el concepto de reparación transformadora, según el cual, el Estado debe generar programas de desarrollo para que en el ámbito de las políticas públicas, se superen esas circunstancias sociales, económicas y culturales que se constituyeron en terreno fértil de la violación a los derechos. En tal sentido, las medidas en la filosofía de la reparación

transformadora, tienen el propósito de eliminar aquellas condiciones existentes al momento de la producción del daño (Caso González y otras (Campo algodonero Vs México), 2009).

Como puede advertirse, las medidas de reparación no son homogéneas y varían de acuerdo a la gravedad de la violación a los derechos humanos y a lo que en cada caso se determine como idóneo para lograr la satisfacción de los derechos.

En este contexto, las medidas de reparación desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, debe atender a la integralidad de la personalidad de las víctimas, puesto que se deben tener en cuenta sus necesidades, rehabilitaciones y reivindicaciones. Por esto, la reparación se presenta en diferentes condiciones de acuerdo a la responsabilidad internacional y en el hecho fáctico producido con antelación. De esta manera, pueden extraerse como formas de reparación, las siguientes:

- **Cese de la violación.** Es obligación del Estado hacer un alto en las violaciones a los derechos humanos y adoptar las medidas necesarias para conservar la paz y la armonía social.

- **Restitución.** Siempre que sea posible se debe propender por devolver a la víctima a la situación previa a la violación de sus derechos como lo ha hecho la Corte cuando ha ordenado anular procesos por privación del derecho a la libertad (Arce, 2013). En el Caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dispuso el restablecimiento del derecho a la libertad de la víctima en un plazo razonable, su reincorporación a las actividades docentes que venía desempeñando y el pago de salarios en las condiciones en las que se

pagan en universidades públicas (Caso Loayza Tamayo Vs Perú, 1997). Otro ejemplo de restitución, lo constituyen los casos Apitz Barbera y otros (Cas Apitz Barbera y Otros Vs Venezuela, 2008); así como el caso Reverón Trujillo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009), en los cuales, la Corte Interamericana dio la orden de restituir en el cargo a las víctimas que habían sido destituidas arbitrariamente de un cargo judicial. Finalmente, también es importante traer a colación, la medida de restitución ordenada en el caso Cantoral Benavides Vs Perú, en el cual se determinó la anulación de antecedentes penales y administrativos que obraban en contra de la víctima, a quien se le había absuelto, luego de estar privada de la libertad (Caso Cantoral Benavides Vs Perú, 2000).

En efecto, los mecanismos que adopte el Estado, deben permitir el disfrute del derecho conculcado. Aquí opera la regla de la *restitutio in integrum*, en la cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha acudido a las directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de las violaciones de las normas internacionales (Cubides Molina, 2016), explicando que se persigue devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de acuerdo con la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración de empleo y la devolución de propiedades.

- **Rehabilitación.** La rehabilitación pretende reparar las afectaciones físicas o psicológicas, que pueden ser objeto de atención por parte de personal especializado. En el marco de este tipo de reparación, el Estado tiene el deber de brindar de manera gratuita y en forma inmediata el tratamiento médico y psicológico, que requieran las víctimas de violaciones a

los derechos humanos, por el tiempo que sea necesario y atendiendo a las necesidades particulares del individuo y su familia (Calderón, 2013).

▪ **Compensación.** Hace referencia a la justa indemnización de que trata el art. 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual debe verse como una medida compensatoria y no sancionatoria (Torres, 1999) (Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, 1989).

En este contexto, el Estado está obligado a indemnizar a las víctimas de manera proporcional a la gravedad de la violación a sus derechos, por los perjuicios económicos generados por la vulneración del daño físico o mental, la pérdida de oportunidades y la pérdida de ingresos, daño a su reputación o dignidad y los gastos en materia jurídica, así como también la rehabilitación médica (Nash Rojas, 2009).

La justa indemnización plasmada en el artículo 63.1 de La Convención Americana de los Derechos Humanos, se da por el daño material, entendido como la pérdida de los ingresos de la víctima o sus familiares. En este ámbito, la indemnización busca compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones declaradas, y en ellas se tienen en cuenta el acervo probatorio, la jurisprudencia y los argumentos de las partes. Por esto la indemnización debe cubrir los siguientes conceptos:

(i) **El daño emergente**, referido a los gastos que surgieron para la víctima y que ésta tuvo que costear con el fin de lograr el restablecimiento de sus derechos en el contexto

nacional e internacional. En otras palabras, comprende “aquellos gastos en que los familiares de las víctimas hayan incurrido con ocasión de los daños causados” (Torres, 1999). Dentro de estos gastos se encuentran visitas a instituciones, transporte, hospedaje y los estipendios que se pagaron para la búsqueda de la víctima (en casos de desapariciones forzadas), tratamientos médicos, psiquiátricos, entre otros.

Sobre el particular, la Corte Interamericana ha establecido cuatro criterios para determinar la indemnización por daño emergente. El primero, es la exigencia de un perjuicio cierto que demuestre un vínculo entre el daño y la violación ejecutada (Cubides Molina, 2016); el segundo es la fijación en equidad de los gastos en los cuales se presume su efectividad en la flexibilización de la prueba del perjuicio cierto (Cubides Molina, 2016); el tercero hace referencia a la ampliación de la idea de compensación directa, en la cual se halla un monto mínimo de indemnización como medida de protección para las víctimas; y el cuarto es la concepción de nuevos sujetos que se deben indemnizar tales como la familia, sociedad, comunidades indígenas, titulares de derechos colectivos, entre otros.

(ii) **Lucro cesante o pérdida de ingresos**, abarca la interrupción de ingresos, salarios, honorarios, retribuciones y tiene como referente el nivel de educación de la víctima, calificaciones profesionales, salarios y beneficios laborales que atienden con las necesidades de la víctima y su familia (Nash Rojas, 2009) (Torres, 1999). “Ese ingreso comprende el salario ordinario, así como las prestaciones legales, extralegales y cualquier otro beneficio de carácter económico que con ocasión de su desempeño laboral recibiera o esperara recibir, inclusive los aumentos por ascensos” (Caso Neira Alegría Vs Perú, 1995). Para su

determinación, la Corte Interamericana, no solo tiene en cuenta las pruebas aportadas por las partes, sino que su tasación se hace con base en la equidad o “apreciación prudente de los daños” (Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, 1989).

(iii) **El daño moral, o daños inmateriales** que se refiere al dolor o sufrimiento de carácter psicológico, que soportan las víctimas y sus familiares, que han padecido la violación a sus derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1998) (Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, 1989) (Caso Neira Alegría Vs Perú, 1995). Para su determinación se tienen en cuenta los siguientes criterios: El menoscabo de valores significativos para las personas y comunidades (Cubides Molina, 2016); la afectación de relaciones sociales y familiares, que surgen en los distintos niveles de estigmatización y desasosiego (Nash Rojas, 2009); los sentimientos de discriminación frustración, exclusión, impotencia e indefensión y demás aspectos subjetivos de apreciación personal que pudieran haber experimentado las víctimas y que incidieron en su autoestima; las aflicciones y sufrimientos de las víctimas por la falta de investigación seria o por la inactividad del Estado generando la sensación de impunidad; las características propias del titular del derecho, como por ejemplo cuando el afectado sufrió una mayor aflicción por su condición propia de vulnerabilidad. (Nash Rojas, 2009).

▪ **Medidas de satisfacción**, a través de las cuales se le reafirma a la víctima o a sus familiares, la existencia del derecho que les ha sido vulnerado y se reconoce la ilegitimidad de su transgresión (Torres, 1999). Buscan reparar el daño inmaterial que no tiene alcance pecuniario, las cuales se determinan, considerando la especial relevancia del caso y la

gravedad de los hechos; aspecto que varía de un caso a otro (Cárdenas Poveda, 2014). El fin último de las medidas de satisfacción es reintegrar la dignidad de las víctimas y ayudar e reorientar su vida o memoria (Calderón, 2013).

En estos ámbitos, la Corte Interamericana ha considerado que constituyen medidas de satisfacción las siguientes:

(i) **la sentencia de fondo**, constituye por sí misma una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia (Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, 1989). Sin embargo, la Corte Interamericana ha avanzado hacia exigirle al Estado, la publicación de las partes “pertinentes” de la sentencia, entendiendo por tales, el capítulo de los hechos probados y los puntos resolutivos; dentro de estos últimos se encuentra, la declaratoria de responsabilidad estatal y las medidas de reparación ordenadas por el Tribunal Regional (Caso Las Palmeras Vs. Colombia, 2002). La finalidad de esta medida de reparación, radica en la necesidad de “poner en conocimiento del público en general la existencia de una condena contra el Estado de que se trate y su contenido” (Rousset A. , 2011, pág. 75).

(ii) **la declaración unilateral de responsabilidad por parte del Estado** (Caso Caballero Delgado y María del Carmen Santana Vs Colombia, 1995). Hace referencia al acto público de desagravio, en el que “la conducta lesiva de un Estado se exteriorizara a la sociedad” (Rousset A. , 2011, pág. 75), a fin de que se preserve la memoria colectiva y los hechos no vuelvan a tener ocurrencia.

(iii) **la identificación de los restos de las víctimas** en eventos de desaparición forzada (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1998), teniendo en cuenta el gran valor que le dan los familiares de las víctimas, de conocer la suerte y el paradero de sus desaparecidos (Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, 1989); (Caso Juan Humberto Sánchez Vs Honduras, 2003).

(iv) **Capacitación a agentes estatales**, en el respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Estas medidas, no solo se han impuesto a las Fuerzas de seguridad (Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala, 2003), sino también, al personal del Estado en general (Caso Tibi Vs. Ecuador, 2004)

(v) **Medidas de reparación social**, procede en eventos en los cuales se debe asegurar las condiciones básicas de subsistencia y bienestar para un grupo humano que ha resultado afectado con la violación de sus derechos (Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, 1993).

Dentro de estas, también se encuentran mecanismos que indagan por la verdad, el restablecimiento del honor, la justicia, los cambios internos en el Estado, entre otros (Nash Rojas, 2009). Así por ejemplo, se han ordenado el seno del Sistema Regional, erigir monumentos, colocar placas memoriales o individualizar con el nombre de las víctimas determinada calle, escuela, plaza, entre otros (Caso 19 comerciantes Vs. Colombia, 2004).

(vi) **Medidas de rehabilitación**, buscan que las víctimas de afectaciones reciban una atención integral que propenda borrar los padecimientos morales sufridos

proporcionalmente, recibiendo toda la asistencia moral que se ejerce plenamente en sus derechos (Cubides Molina, 2016).

(vii) **Medidas a cumplir en el ámbito doméstico**, referidas al deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos consagrados en los Instrumentos Convencionales (Caso Benavides Cevallos Vs Ecuador, 1998). Sobre el particular, la Corte IDH expone que las víctimas en muchos casos, se conforman al saber que el victimario está condenado por la afectación realizada. El deber a investigar está relacionado con el conocimiento de la verdad, que posee una mera expectativa de las diligencias que promueva el Estado en pro de la protección y la garantía de los derechos humanos (Cubides Molina, 2016).

Dentro de estas medidas, también se encuentran las reformas internas, sean legales o constitucionales (Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, 2001); debido a que en muchos casos, el ordenamiento doméstico de los Estados, es el que propicia la vulneración a los derechos.

▪ **Garantías de no repetición.** Son aquellas acciones que debe desplegar del Estado en procura que la situación que generó la violación de los derechos humanos no se vuelva a presentar teniendo una finalidad ya reparada (Cubides Molina, 2016). En esta medida de reparación es menester traer a colación, el deber de mejorar las condiciones de la detención (Caso Suárez Rosero Vs Ecuador, 1997); adopción de disposiciones respecto de la ética del

Poder Judicial (Cas Apitz Barbera y Otros Vs Venezuela, 2008); realizar reformas legislativas en el Sistema Penitenciario (Caso Pacheco Teruel Vs Honduras, 2012).

2.1.3.1. Alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El art. 38 literal d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, establece las categorías en las que tradicionalmente se han entendido las fuentes del derecho internacional, determinando que las decisiones judiciales, serán tenidas en cuenta como criterios auxiliares para la determinación de las reglas del derecho.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha encargado en el trasegar de su labor contenciosa, de establecer la fuerza vinculante y el carácter obligatorio a sus decisiones, no solo cuando el Estado que deba aplicarlo es parte dentro de un proceso de responsabilidad internacional, sino en cualquier caso, en el cual, un Juez local deba tomar una determinación en la solución de casos concretos.

En efecto, en el caso Almonacid Arellano Vs. Chile (Caso Almonacid Arellano Vs Chile, 2016) y en el caso Cantuta Vs. Perú (Caso Cantuta Vs Perú, 2006), se estableció que, los jueces y tribunales de los ordenamientos jurídicos internos de un Estado que ha celebrado un Tratado Internacional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, no solo

deben aplicar las disposiciones del derecho interno, sino que además, deben observar y cumplir, lo dispuesto en el instrumento internacional que ha sido ratificado por el Estado, pues al hacerlo, se ha comprometido a ejecutar a cabalidad todas y cada una de las cláusulas convencionales.

Bajo el concepto de control de convencionalidad que emergió en el seno de la Corte Interamericana, se pretende dotar de fuerza vinculante y obligatoriedad, a las decisiones de dicho Tribunal, no solo en los procesos judiciales internacionales, sino también en la práctica de los jueces nacionales, cuando se vierte la protección de un derecho humano. Éstos no solo deben acudir a las reglas de interpretación judiciales de la Corte Interamericana, como parámetro de control constitucional en relación con la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de las leyes internas –función que correspondería a la Corte Constitucional– sino que además, los jueces de los distintos niveles, deben determinar el contenido y alcance de los derechos, con base en las normas convencionales y en la interpretación que de éstas, haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus

respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú, 2006)

En relación con los jueces, que no ejercen el control de “constitucionalidad” “convencionalidad” de las leyes, pero sí deben aplicar con carácter obligatorio la jurisprudencia de la Corte Interamericana –según las reglas de interpretación esbozadas por ésta–, ésta ha previsto que los mismos tienen el deber de inaplicar las previsiones internas que sean contrarias al sentido y fin de las normas convencionales que los Estados suscriben, o en su lugar, hacer una interpretación ajustada a la Convención (Caso Boyce y otros Vs Barbados, 2007).

De acuerdo a lo anterior y en la materia que ocupa la atención del presente documento, el diseño de las medidas de reparación, adelantado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obedece al imperativo impuesto por el art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Rousset A. , 2011), en relación con la obligación de los Estados de respetar los derechos. En tal sentido, el Tribunal Regional de derechos humanos, ha reconocido que el derecho a la reparación es norma consuetudinaria, que constituye uno de los principales fundamentos del derecho internacional en materia de responsabilidad estatal (Calderón, 2013). En otras palabras, siempre que haya responsabilidad del Estado, por hecho ilícito internacional, surge para éste el deber de reparar, y como derecho para la víctima, que la reparación sea integral.

El concepto de reparación integral que ha tenido sesuda evolución en la jurisprudencia del sistema interamericano –como se vio en líneas precedentes–, ha consolidado el *corpus iuris* del derecho internacional consuetudinario y que fuera advertido en su momento por los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas.

La tesis que permite sustentar el carácter obligatorio de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la práctica judicial nacional, se basa en que los tratados internacionales “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999). En tal sentido, los Convenios sobre derechos humanos poseen una naturaleza abierta que es llenada de contenido a partir de las decisiones de los Tribunales Regionales de donde emergen (Uprimny, 2009).

En efecto, el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, no está formado únicamente por los tratados de derechos humanos, sino que comprende otros estándares normativos, dentro de los cuales se encuentran, las decisiones de Tribunales Internacionales. Estas instancias de control fueron creadas para interpretar con autoridad el alcance de los tratados de derechos humanos y la Constitución colombiana confiere una fuerza especial a los tratados, llevándolos al mismo nivel de jerarquía que la Constitución Política, “entonces, parece razonable pensar también que nuestra Carta atribuye una fuerza especial a dicha jurisprudencia internacional de derechos humanos”. (Uprimny, 2009, pág. 92)

Colombia se ha comprometido a respetar los tratados de derechos humanos, y por ello, en función del principio *Pacta Sunt Servanda*, todos los funcionarios del Estado, incluyendo a los jueces, deben esforzarse por aplicar esos tratados. Ahora bien, el cumplimiento de buena fe de esos tratados implica la aceptación, como regla general, de la doctrina elaborada por los organismos internacionales de control encargados de la vigilancia del cumplimiento de esas obligaciones internacionales por parte de los Estados. (Uprimny, 2009, pág. 95)

En ese mismo orden de ideas, Buergenthal (2003), indica que los jueces nacionales deben seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo que tuvieran razones de peso suficientes para apartarse de ella, “por la sencilla razón de que un comportamiento distinto sería arbitrario” (pág. 30). Para arribar a esta conclusión, el autor hace un símil, con el deber que tendrían, en un ordenamiento nacional, los jueces inferiores de seguir los criterios establecidos por las Cortes Superiores de su país (Tribunales Constitucionales). La tesis propuesta por el autor, gira en torno al siguiente presupuesto: si un juez sabe que su decisión puede ser revertida por un Tribunal Superior, entonces debería seguir los criterios del superior, pues es arbitrario e incompatible con una administración de justicia ordenada y equitativa someter a los justiciables a una decisión que muy probablemente será revocada por el Tribunal Superior, salvo que el Juez inferior tenga muy buenas razones para apartarse del precedente fijado por el Tribunal Superior. En este análisis, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene la última palabra sobre el significado de cada una de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la persona puede acceder al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entonces el juez nacional debería seguir el precedente establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

salvo que tenga muy buenas razones para apartarse de él, pues si no lo hace, simplemente obligaría al usuario de la Justicia a acudir a dichas instancias internacionales.

De lo dicho, podría extraerse que existen razones de peso para inclinarse por la tesis de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo porque la misma lo ha reconocido –y en tal caso, se convierte en argumento de autoridad–, sino por el carácter cambiante del derecho, en el que se hace necesario actualizar las normas convencionales –que a propósito son de textura abierta– de acuerdo a las nuevas realidades en un contexto de globalización y cada vez mayor, interdependencia, en la lucha por la limitación del poder y el reconocimiento y vigencia de los derechos humanos, en la cual, la sujeción a la Ley en el Estado de Derecho, no suele ser suficiente para garantizar la libertad y los derechos. Por esto, el diálogo entre los jueces nacionales y el juez interamericano, permiten la integración de un Derecho Universal o *ius commune universalis*, para garantizar la común intención de la Asamblea Nacional Constituyente y la Organización de Estados Americanos, vertida en que el respeto de las libertades humanas, logre un nivel metanacional y uniforme (Amaya, 2016).

No obstante lo anterior, debe decirse que, en últimas, la eficacia del derecho internacional, depende de los modelos y formas de incorporación y armonización que contengan los ordenamientos jurídicos domésticos, pues son estos, los que ejecutan en el seno nacional, las obligaciones impuestas en el contexto internacional, de acuerdo a su soberanía (Herdegen, 2005) (Brotons, 2007) (Del Toro, 2006), sin que se desconozca en este ámbito que, existe una tendencia de las autoridades internas de los Estados miembros de

demostrar disposición hacia el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, que puede ser indiciaria de la configuración de una costumbre regional, de la cual, podría derivarse su cumplimiento (Bandeira, 2017).

Justamente, como la eficacia del derecho internacional y con éste de las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas y la jurisprudencia del Sistema Interamericano, dependen de las modalidades de incorporación que adopte el derecho interno, se pasa a estudiar cómo las mismas han sido adoptadas por el ordenamiento jurídico colombiano, desde la labor de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para advertir el valor jurídico de las mismas, en el quehacer de los funcionarios que administran justicia.

2.2. LA INCORPORACIÓN Y ARMONIZACIÓN DE LAS REGLAS INTERNACIONALES DE REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNO

A continuación se describe la armonización que ha adelantado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respecto de los estándares internacionales de reparación en el derecho interno, en el ámbito de competencia de cada uno de estos Tribunales Nacionales, en los que, desde ya, se advierte, se han erigido para garantizar la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos o víctimas del conflicto armado interno, con ocasión de infracciones graves al derecho internacional humanitario.

2.2.1. Corte Constitucional

En el tema de la reparación, la Corte Constitucional ha creado reglas de interpretación jurisprudencial en dos escenarios constitucionales; el primero hace referencia a la reparación de víctimas de conductas punibles, según las determinaciones de un proceso penal y el segundo, alude a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

La construcción de la relatoría, toma como sentencia arquimédica la providencia C-344 de 2017, y a lo largo de la misma, se irán identificando las decisiones hitos. La consolidación de la jurisprudencia constitucional, entiende que la reparación integral es de uno de los derechos fundamentales reconocidos a las víctimas de una conducta punible.

Para arribar a esta conclusión, la Corte principia el desarrollo del problema jurídico, en la sentencia C-277 de 1998 (la cual se tomará como sentencia fundacional) en la cual, explicó que una conducta punible produce consecuencias en dos planos distintos: por un lado, ocasiona un daño público, relacionado con la infracción de prohibiciones que caen en el ámbito del derecho penal y, por otro lado, ocasiona un daño privado, relacionado con la afectación de derechos subjetivos de la víctima de la conducta punible. En este contexto, sostuvo la Corte Constitucional, que del daño público se desprendía la obligación del Estado de investigar y juzgar la conducta punible, mientras que del daño privado nacía la acción civil para el pago de los perjuicios ocasionados con el delito. En estos términos la Corte

sostuvo que ambas consecuencias de la conducta punible debían ser atendidas a través del derecho de acceso a la administración de justicia (C-277, 1998).

Esta posición fue reiterada en la sentencia C-1149 de 2001, en la que se dijo que el acceso real y efectivo a la administración de justicia implica, la participación en el proceso penal para el reconocimiento de derechos, el derecho a ser indemnizado, el derecho que se haga justicia (que se investiguen, juzguen y condenen a los responsables) y a conocer la verdad de lo sucedido (C-1149, 2001).

A su turno, en la providencia C-228 de 2002 se amplió el acceso a la justicia y ahí se indicó que la misma cobija incluso el derecho a obtener una decisión de fondo, en un tiempo razonable y que satisfaga el valor de la justicia material, la cual además, debe comprender la reparación material de los daños sufridos. En dicha oportunidad, se determinó que la indemnización era apenas una de las soluciones para restablecer el derecho vulnerado, *“pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano”* (C-228, 2002).

Así, tratándose del derecho a la reparación integral, la Corte Constitucional, trajo a colación las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que atañe a la conexión intrínseca existente entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad y a la justicia; posición que fue reiterada en la decisión C-715 de 2012, en la cual se concluyó que la materialización efectiva de la justicia vertida en una investigación,

juzgamiento y sanción de los responsables, así como la facilidad que la víctima tenga de conocer la verdad de lo sucedido constituyen formas de reparación (C-715, 2012).

En el tema de la reparación en estricto sentido, la Corte Constitucional, ha dicho que la misma abarca la reparación adecuada, proporcional, integral y eficaz respecto del daño sufrido; la cual se concreta a través de la restitución íntegra o plena, pero también a través de la indemnización, de la rehabilitación, de la satisfacción de alcance colectivo, y de la garantía de no repetición; refiriéndose tanto a los daños materiales como a los inmateriales, a través de medidas tanto individuales como colectivas, y que las mismas permitan a la víctima restablecer su dignidad por el daño ocasionado (C-715, 2012).

Siguiendo esta doctrina de la Corte IDH, la Corte Constitucional ha señalado también que la reparación a las víctimas no puede limitarse simplemente a una compensación económica, sino que debe estar destinada también a garantizar verdad y justicia y a que se atienda en su integralidad el daño que se les ha causado. Al respecto, ha sostenido la Corte que la reparación involucra distintos componentes:

Tales medidas han de incluir cinco componentes básicos: (1) la restitución plena, que hace referencia al restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho de la violación, entendida ésta como una situación de garantía de sus derechos fundamentales, y dentro de estas medidas se incluye la restitución de las tierras usurpadas o despojadas a las víctimas. De no ser posible tal restablecimiento pleno, es procedente (2) la compensación a través de medidas como la indemnización pecuniaria por el daño causado. Pero además de éstas, la

reparación integral incluye otras medidas como (3) la rehabilitación por el daño causado, mediante la atención médica y psicológica, así como la prestación de otros servicios sociales necesarios para esos fines; (4) la satisfacción, a través de medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; al igual que (5) garantías de no repetición, para asegurar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan (SU-254, 2013) (C-161, 2016) (C-715, 2012)

Es de particular relevancia, reflexionar sobre la manera cómo la Corte Constitucional, acude a los criterios de reparación integral, determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicando que los mismos, “tiene una especial relevancia constitucional en cuanto constituye una *pauta hermenéutica* para interpretar el alcance de esos tratados, como la Convención Americana de Derechos Humanos, y por ende de los propios derechos constitucionales” (C-715, 2012). Sin embargo, en la práctica del Tribunal constitucional y en lo que atañe a los derechos a la verdad, justicia y reparación de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, la Corte Constitucional, les ha reconocido el carácter obligatorio a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al decir que:

[R]eviste una especial importancia el sistema interamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos a la justicia, a la verdad, a la reparación, y a la no repetición, por tratarse de la aplicación y garantía de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tiene carácter vinculante y es obligatoria para los Estados

partes, y de decisiones que constituyen la interpretación autorizada de los derechos consagrados por ésta (...)

[E]s de suma importancia para el presente estudio de constitucionalidad poner de relieve que **en diversas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado respecto de la obligatoriedad y vinculatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, cuya competencia ha sido aceptada por Colombia y por esta Corporación de conformidad con el artículo 93 superior, al ser ese alto Tribunal el órgano competente de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. (negrillas no originales) (C-715, 2012)

Estas consideraciones, ya las había hecho la Corte Constitucional en anterior jurisprudencia, concretamente en las decisiones C-370 de 2006; C-406 de 1996, C-010 de 2000, C-715/12 y C- 344 de 2017. En la primera de ellas, afirmó:

La Corte destaca con particular énfasis, que las anteriores conclusiones provienen de Sentencias de un Tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 superior prescribe que los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ahora bien, si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga

en el orden interno. Por ello, esta Corporación ha reconocido relevancia jurídica a la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia (C-370, 2006).

No obstante, para la Corte Constitucional es claro que, la especial importancia de la reparación integral en el caso de las graves violaciones de derechos humanos, no puede significar, desde el punto de vista constitucional, que la reparación de las víctimas de delitos comunes no deba cumplir con los estándares que permitan su calificación como integral y satisfactoria. En este sentido, el Tribunal Constitucional explica que el derecho fundamental a la reparación integral de las víctimas de cualquier delito encuentra fundamento en varias disposiciones constitucionales, tales como el artículo 1, relativo a la dignidad humana, principio del Estado Social de Derecho en el que prevalecen los derechos fundamentales; el artículo 2, en lo concerniente al fin esencial de Estado de propender por la efectividad de los derechos constitucionales y de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, así como el de buscar la vigencia de un orden justo; el artículo 29 relativo al debido proceso; el artículo 93, en razón de los instrumentos internacionales que sustentan este derecho, se integran al orden interno y guían la interpretación de los derechos de las personas y deberes de las autoridades públicas; el artículo 229 que garantiza el derecho de acceso a la justicia; y el artículo 250, numerales 6 y 7 en los que expresamente se refirió el derecho a la reparación integral (C-406, 2006).

Por esto, el derecho a la reparación en cualquier ámbito, debe implicar una reparación integral, como un derecho fundamental, que en palabras de la Corte, propende por la tutela

efectiva de la dignidad humana; por lo que la misma, no solo es predicable en los eventos de violaciones graves a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, sino en todos los casos en los cuales se ha producido un daño cierto y real (C-344, 2017).

Sin embargo, es posible que en estas materias, no exista una norma de rango legal que precise las categorías de perjuicios que deben ser reconocidos por el juez a efectos de reparar todos los perjuicios causados y que determine el *quantum* de dichas condenas. En estos supuestos la Corte Constitucional, indica que, ambas decisiones son confiadas al juez quien, con base en las pruebas, de manera razonable, proporcionada y motivada, en ejercicio del *arbitrio iudicidis*, debe precisar el alcance tanto horizontal (los perjuicios reconocidos), como vertical (el monto acordado a cada categoría) de la reparación. Es justamente el mandato de reparación integral, aunado con la ausencia de fijación legal de la materia, lo que ha permitido la evolución jurisprudencial en la Jurisdicción Ordinaria y en la de lo Contencioso Administrativo, tanto en lo relativo a la tipología de los perjuicios reparables, como en los montos mismos de cada una de dichas categorías, en lo que respecta a las indemnizaciones o compensaciones pecuniarias, como medidas complementarias a los otros instrumentos de la reparación integral. Esta evolución jurisprudencial en pro de la reparación integral de todos los perjuicios causados, ha permitido reconocer otros perjuicios inmateriales, diferentes del daño moral, conocido inicialmente como *pretium doloris* (C-344, 2017).

De la jurisprudencia referida es posible extraer las siguientes reglas de interpretación, que se citan *in extenso* de la sentencia C-344 de 2017:

(i) el derecho fundamental a la reparación integral, como los otros derechos constitucionales, no es un derecho absoluto que excluya *per se* toda posibilidad de limitación. (ii) No existe un mandato constitucional que determine el contenido de la reparación integral, razón por la cual la determinación de dicho asunto (iii) le corresponde al legislador quien dispone en la materia de un margen de configuración para determinar los perjuicios reparables, así como la fijación de topes a los reconocimientos pecuniarios para dichas categorías. No obstante (iv) **las medidas legislativas que delimiten el derecho a la reparación integral** deben ser razonables y proporcionadas, al tiempo que **no pueden afectar el núcleo esencial del derecho mismo el que implica la posibilidad de reparar por medios pecuniarios y no pecuniarios**, todos los perjuicios que resulten probados, independientemente de su denominación o calificación jurídica. (v) **Estas limitaciones son únicamente predicables de las medidas pecuniarias de reparación**, pero no excluyen las medidas no pecuniarias que han sido reconocidas como formas constitucionalmente exigibles para lograr la reparación integral, (restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) a las que se hizo referencia en esta sentencia (C-344, 2017).

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional, ya había manifestado que independientemente de la jurisdicción encargada de establecer el *quantum* de una indemnización de perjuicios, “el operador jurídico deberá propender porque la reparación sea integral, es decir que cubra los daños materiales y morales causados, ya que a las autoridades judiciales les asiste el compromiso de investigar y juzgar los delitos, no sólo con el ánimo de

protección de aquellos bienes jurídicamente tutelados de singular importancia para la comunidad, sino también para administrar justicia en forma que mejor proteja los intereses del perjudicado, quien es concretamente, el titular del bien jurídico afectado” (C-163, 2000).

De la relatoría de la Corte Constitucional reseñada, en materia de reparación integral, puede inferirse que la misma constituye un derecho fundamental, no solo en las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, sino que su alcance ha sido establecido también para las víctimas de delitos ordinarios, en los cuales, es deber del funcionario judicial, además de tasar los perjuicios de acuerdo a lo efectivamente probado, acudir a distintas medidas y mecanismos que han sido decantados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su labor contenciosa de administrar justicia.

Puede evidenciarse que el Alto Tribunal Constitucional en Colombia, en algunas ocasiones ha adoptado con carácter obligatorio y vinculante las decisiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para determinar las formas de reparación, no solo en violaciones graves a los derechos humanos y respecto de víctimas del conflicto armado, sino además en daños ocasionados por la comisión de delitos ordinarios. Para tal efecto, ha inferido que los tratados internacionales sobre derechos humanos, hacen parte del ordenamiento jurídico interno, con el cual, conforman un bloque de constitucionalidad, que permite dotarlos de fuerza y entidad jerárquica, por lo que las interpretaciones que se hagan sobre los mismos, por su órgano judicial autorizado, permiten concretar la materialización del derecho a la reparación, cuyo núcleo esencial es lograr el restablecimiento integral del derecho.

En este sentido, el restablecimiento *integral* del derecho, según las voces de la Corte Constitucional, debe proceder siempre que se haya causado un daño y se puede inferir, que para determinar la integralidad del mismo, es posible acudir a los criterios decantados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo, en lo que hace referencia a la reparación de los daños inmateriales, de contenido no pecuniario; entre tanto, en los materiales, pueden encontrar limitación tanto en las regulaciones que haga el legislador como el juez.

2.2.2. Consejo de Estado.

Hasta el año 2008, la jurisprudencia del Consejo de Estado se había caracterizado por ordenar una reparación limitada a la indemnización económica por los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente); así como por los perjuicios morales, provenientes del daño antijurídico imputable al Estado (Cárdenas, 2012). “De igual forma, existía una acérrima tradición en la defensa y aplicación de los principios de jurisdicción rogada y de congruencia” (Pérez, 2016). Se entendía que la labor del juez administrativo simplemente se limitaba a determinar si le asistía o no derecho a quien reclamaba justicia y de ser procedente, ordenar únicamente lo que había pedido en el escrito de la demanda (Pérez, 2016).

El 20 de febrero de 2008, mediante sentencia radicado interno 16996, el Consejo de Estado interrumpe el método clásico de reparación y ordena de oficio, medidas distintas a las patrimoniales. En dicha providencia, se entendió que “toda violación a un derecho humano

genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento”. (Sentencia rad. 16996, 2008)

En la Ley 446/1998 en su artículo 16 dispone “dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá a los principios de reparación integral y equidad y observara técnicos actuariales”. Frente este artículo en especial se pronunció el consejo de estado que se debe tener una noción amplia de la reparación en el sentido que no solo a lo estrictamente relativo al individuo sino que también deberá incluir la dignidad y los derechos humanos en el proceso, los cuales generalmente no se pueden apreciar en dinero por ello, el estado debe reparar mediante la compensación.

El Estado Colombiano es parte de la CADH (1969), y a su vez ratificó la competencia contenciosa de la corte IDH, a través de la ley 16/1973, para el cumplimiento de las pautas dadas por este tribunal internacional. El Consejo de Estado dictaminó que el juez de lo Contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias en el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional. Teniendo prevalencia la regulación internacional, siendo esta la que representa y regula los derechos humanos; por ello, dentro de los criterios que debe recoger la jurisdicción contenciosa administrativa además de la reparación directa, debe garantizar medidas de satisfacción, de rehabilitación y las garantías de no repetición.

El carácter integral de la reparación, busca devolver a la víctima a la situación anterior a la perpetración de la vulneración y se encamina hacia el restablecimiento del derecho. De esta manera, se justifica la adopción de medidas simbólicas que no propenden por el resarcimiento del daño en estricto sentido, sino por la restitución del núcleo esencial de los derechos vulnerados (Sentencia rad. 29273, 2007).

En la providencia del 2008, el Consejo de Estado exhortó a los jueces a asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias señaladas por el derecho internacional de los derechos humanos, de suerte que no sólo debía limitarse a decretar indemnizaciones monetarias, sino que, su obligación consistía en armonizar las medidas previstas en la normatividad interna con aquellas que establecen las fuentes del derecho internacional y, en particular, las decantadas por la jurisprudencia de la Corte IDH, de manera que al procurarse el pleno restablecimiento de los derechos humanos, se evitaría el acudir a instancias internacionales.

En dicha oportunidad, el Consejo de Estado dispuso entonces, medidas de carácter no pecuniario, como sigue: a) excusas públicas por parte del Director de la Policía Nacional; b) diseño e implementación de un sistema de promoción y respeto por los derechos, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos y c) publicación de la parte resolutive de la sentencia en el Comando de Policía, por el término de seis meses.

Ya en el año 2013, en sentencia de 21 de noviembre con radicado interno 29764, al estudiar el caso de la desaparición de siete comerciantes en el Municipio de San Roque

(Antioquia), en la cual intervinieron miembros de las Autodefensas, hizo referencia por primera vez a la figura del control de convencionalidad, determinando que el mismo constituye un imperativo a cargo de todos los jueces de los países que han suscrito la CADH y la competencia de la Corte IDH, para garantizar la aplicación efectiva de una hermenéutica garantista de derechos humanos. En esta oportunidad, el Máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, ordenó de oficio las siguientes medidas de satisfacción con el fin de garantizar la reparación integral: a) investigar, identificar y sancionar los responsables; b) búsqueda exhaustiva de los restos mortales de las víctimas; c) instalar una placa a cargo del Ejército Nacional, con la inscripción de los nombres de las víctimas; y d) preservación de la sentencia (Sentencia Rad. 29764, 2013).

En esta misma línea, en el año 2014, mediante decisión del 9 de julio con radicado interno 44333, en el caso de una masacre cometida por las Autodefensas Unidas de Colombia en el corregimiento de Pichilín (Sucre), perpetrada por la omisión del Estado, se volvió a acudir a la figura del control de convencionalidad y se lo encontró responsable de la violación de las obligaciones del artículo 1.1 de la CADH y el precedente internacional. En esa medida, ordenó los siguientes mecanismos de reparación de carácter colectivo: a) la realización de una investigación a cargo del Centro de Memoria Histórica; b) la inclusión de los demandantes y demás miembros de la comunidad en los programas de reparación colectiva; y c) exhortó a la Unidad de Restitución de Tierras, para que determinara si existió despojo de tierras, y de ser así procediera a iniciar las acciones legales pertinentes (Sentencia rad. 44333, 2014).

En esa misma oportunidad, como medidas de satisfacción, dispuso: a) la realización de una ceremonia conmemorativa en la que el Director de la Policía y la Armada Nacional ofrecieran disculpas públicas; b) la instalación de una placa a cargo de la Policía y la Armada Nacional, en la plaza central del corregimiento; c) tratamiento psicológico y psicosocial a cada uno de los demandantes, haciendo especial énfasis en las mujeres, menores de edad y adultos de la tercera edad; y d) la preservación de la sentencia (Sentencia rad. 44333, 2014).

En ese mismo año, el Consejo de Estado profirió una Sentencia de Unificación, bajo el radicado interno 32988, en donde explicó que el control de convencionalidad proporciona al juez encargado de la reparación, una herramienta que le permite, a partir del prisma de normas supranacionales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar su responsabilidad (Sentencia rad. 32988, 2014).

Puede advertirse que el Consejo de Estado ha ordenado reparar desde la concepción del restablecimiento integral de derechos, en serias y graves violaciones a los derechos humanos; a diferencia de la Corte Constitucional que ha establecido la procedencia de tales medidas, en víctimas de delitos ordinarios y ha dejado la puerta abierta, para que el concepto de reparación integral, proceda siempre que se ha producido un daño, que en últimas, quien lo padece, no estaba en la obligación de soportar.

De la exploración de las medidas de reparación en uno y otro Tribunal, puede evidenciarse que para determinar el contenido de la reparación, acuden a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sea como criterio hermenéutico relevante

de interpretación o con carácter obligatorio. En cualquier caso, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Regional, ha permitido establecer el significado de la reparación en el ordenamiento jurídico interno en ámbitos diferentes: (i) la reparación de las víctimas del conflicto armado; (ii) la reparación de violaciones graves a los derechos humanos; (iii) la reparación de delitos ordinarios o comunes. Ámbitos en los cuales, se ha establecido que la reparación *integral* es un derecho fundamental, que va más allá de la simple indemnización, siendo necesario para el funcionario judicial determinar las medidas que sean necesarias para restablecer el derecho vulnerado.

Ahora, lo que corresponde analizar es si tales medidas, pueden ser aplicadas con ocasión de la reparación que debe surtirse en el contexto de la privación injusta de la libertad.

3. ANÁLISIS DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE REPARACIÓN EN MATERIA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Desde que el Estado colombiano se constituyó como República unitaria ha tenido dos importantes modelos constitucionales; el primero establecido con la Constitución de 1886 y el segundo que empieza a regir a partir de 1991, con la Carta Política vigente.

La Constitución de 1886, instituyó el Estado de Derecho fundamentado en el extremo principio de legalidad, según el cual, todas las ramas del poder público estaban sometidas al cumplimiento estricto de los parámetros establecidos en la ley (Lora, 2007), por orden directa del propio texto constitucional.

En este sentido, el derecho internacional se entendía como un orden normativo diferente al derecho interno y las relaciones jurídicas que cada uno entraría a regular serían de naturaleza distinta. Así, mientras el ámbito de aplicación del derecho internacional sería las relaciones entre los Estados, el derecho doméstico regularía la relación entre éste y los individuos, como un trasunto del principio de soberanía.

Esta visión dualista en el tratamiento del derecho internacional y el derecho interno, permitía asimilar que las obligaciones surgidas en el seno de la comunidad internacional en materia de derechos humanos, no permeaban el derecho nacional y que las soluciones a las controversias que emergían en este ámbito, se encontrarían en el contenido y alcance de la ley.

En este contexto, no existía un discurso jurídico, ni político de derechos humanos y tampoco se dotaba al individuo de mecanismos constitucionales efectivos para su protección inmediata. Ello por cuanto, la propia Constitución no contenía cláusulas ni mecanismos de incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos que dotaran de contenido y alcance de los derechos, por lo que su escasa garantía la definía el texto legal.

Así las cosas, la Constitución y la ley se vieron como herramientas que le permitían a los Estados sustentar su poder en un discurso de seguridad nacional y mantenimiento del *status quo*, que vino a ser reforzado a partir del legado que dejó la guerra fría y que justamente implicó la limitación de derechos y garantías fundamentales (Ramírez, 2007).

Por ello, los únicos compromisos que aceptaban las naciones en el ámbito de la comunidad internacional, eran aquellos que tenían que ver con relaciones diplomáticas, de territorios, de seguridad y económicas.

Paradójicamente, al ocaso de los años ochenta, Colombia empezó a ratificar algunos tratados internacionales de derechos humanos, pero sin la conciencia de que estos debían tener cláusulas de efectividad en el modelo constitucional del orden nacional (López, 2008).

Solo hasta 1991 y cuando Colombia adopta el modelo constitucional, de hoy vigente, se encuentra fundamento en el principio de supremacía constitucional, abandonando el carácter legocentrista del Estado de Derecho. De esta manera, la Constitución como norma

de normas y en el marco de la voluntad soberana de la Asamblea Nacional Constituyente, creó cláusulas constitucionales trascendentes a partir de las cuales se vendrían a incorporar los estándares creados por la comunidad internacional; tanto en el ámbito universal (ONU), como en el regional de protección de derechos humanos (OEA).

Así las cosas, los artículos 93 y 94 del Texto Superior permitirían entender a la Constitución en sentido material, esto es, interpretada a la luz de obligaciones dirigidas al Estado, frente al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en un ámbito de regulación normativa interno, para regir esta vez, la relación entre el Estado y los individuos.

Esta postura monista en la incorporación del derecho internacional en el ámbito doméstico, en lo referente al tratamiento que debían recibir los derechos humanos, vino a reforzar la filosofía constitucional, fundada en el respeto por la dignidad humana, a partir de la cual se erigió un discurso jurídico y político de realización efectiva de tales derechos, no solo en el ámbito judicial, sino también en el marco de las políticas públicas.

Hoy en día, figuras como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, materializan la efectividad en la incorporación del derecho internacional en el derecho interno, haciendo que los derechos contenidos en el catálogo del texto constitucional, sean llenados en cuanto a su contenido y alcance por los estándares que en cada uno de ellos, establezca la comunidad internacional.

En este contexto, las normas internacionales de derechos humanos se pueden hacer exigibles siempre y cuando se encuentren en las fuentes del derecho internacional, las cuales se constituyen en una base de las obligaciones estatales que determinan la responsabilidad del Estado frente a estas normas, ya que poseen un carácter imperativo que las vuelve obligatorias y exigibles, respecto a las violaciones ocurridas en un periodo de tiempo; también son obligaciones *erga omnes* de efectos triangulares, puesto que el Estado obtiene obligaciones frente a otros Estados, pero también contrae obligaciones con los sujetos que residen en dicho país; de igual manera se establecen normas con obligaciones objetivas que crean un sistema de orden público comunitario e interamericano que busca proteger a los individuos de la nación; y por último se encuentran las obligaciones estandarizadas y de extensión progresiva en la cual no debe haber ninguna discriminación para su aplicación (Cárdenas Poveda, 2014).

De acuerdo a lo anterior, es necesario acudir a las técnicas de incorporación tradicionales para determinar si el derecho a la reparación *integral*, de la manera como ha sido trazado por la Comunidad Internacional, puede determinar el contenido de la reparación en casos de privación injusta de la libertad.

3.1. LAS TÉCNICAS DE INCORPORACIÓN TRADICIONALES

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno, está supeditada a las técnicas de incorporación a las cuales acuda cada Estado a través de su modelo constitucional, del cual dependen los niveles de armonización y obligatoriedad de la norma internacional en el ámbito nacional (Acevedo, 1992) (Herdegen, 2005) (Del Toro, 2006). Esta conclusión que ya se había anticipado en líneas precedentes, permite entender que la eficacia del derecho internacional, en últimas depende de la manera en que las Constituciones Nacionales, le dan forma en sus contextos propios de regulación normativa.

En este contexto, se han identificado dos técnicas tradicionales de incorporación: la dualista y la monista (Brotons, 2007).

Según la primera, existen diferencias sustanciales entre los ordenamientos jurídicos domésticos y el derecho internacional, en relación con los sujetos destinatarios, el ámbito de regulación y los conflictos normativos que cada uno debe solucionar. En este sentido, mientras el derecho internacional regula las relaciones entre los Estados, el derecho interno, lo hace en controversias suscitadas entre aquéllos y los individuos. Por esta razón, según la postura dualista, una norma de derecho internacional no puede permear el ámbito de regulación normativa del derecho nacional, y éste debe sujetarse, en sus relaciones internas, a la Constitución y a la ley (Brotons, 2007).

La tesis contraria a la esbozada, la sostiene la doctrina monista, según la cual, en la solución de casos nacionales, el derecho nacional y el internacional, conforman uno solo modelo normativo, capaz de regular los conflictos entre el Estado y los individuos. De esta

manera, una norma del derecho internacional debe ser necesariamente utilizada en la salida a las controversias que surgen en un determinado país (Brotons, 2007).

Puede advertirse por ejemplo que, la Constitución Política de 1886, aceptó la inclusión del derecho internacional en distintos niveles. En materia económica y diplomática, se aceptó la obligatoriedad de la norma supranacional, únicamente para regular los conflictos entre las Naciones. Empero, en el ámbito interno, los servidores públicos y particulares estaban sometidos a las disposiciones del texto constitucional que se conducía a la estricta legalidad. El carácter legocentrista de la ley, no permitía acudir, para la solución de controversias, a norma distinta a la proferida por la autoridad estatal.

A esto debe sumarse que el proyecto constitucional, no estaba encaminado hacia la realización efectiva de los derechos humanos, aunque en el horizonte de la Comunidad Internacional, ya estaban claramente diseñados y por esta razón, desde la década de los sesentas Colombia ratifica importantes tratados internacionales en esta materia (López, 2008).

Nadie duda del nivel de vinculación que para la época, tenían las obligaciones contenidas en fuentes supraestatales. Sin embargo, su eficacia en Colombia era muy reducida, justamente por la técnica de incorporación dualista, que impedía acudir a una norma convencional para la solución de los asuntos internos.

Este panorama cambió sustancialmente, con la Constitución Política de 1991, que, alejándose de la lógica legocentrista, planteó una filosofía de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, y en tal sentido, permitió la incorporación del derecho internacional al texto constitucional, a partir del entendimiento de la Constitución en sentido material.

En este contexto, emergieron los conceptos de bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad; el primero, en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el segundo, en el seno de la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A continuación, se verán los alcances de estos conceptos frente a la armonización de las providencias judiciales del Tribunal Regional al derecho interno.

3.1.1. Bloque de constitucionalidad

Bajo el concepto del bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, hacen parte de la Constitución Política, aunque no pertenezcan formalmente a ella, para servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes y como criterio rector en la solución de los conflictos internos.

Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma, diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu* (C-067, 2003).

El alcance del bloque de constitucionalidad, es que las normas del derecho internacional sobre derechos humanos, forman parte de la legislación interna, lo que significa que no pueden ser relegados, por regla general, a parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal. Adicionalmente, “aquellos convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurarse de que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios”. (C-401, 2005)

El bloque de constitucionalidad, es entonces, una técnica que permite la armonización entre el principio de supremacía constitucional de que trata el art. 4 y la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, del art. 93 y 94, de la Constitución Política de 1991. No se trata de la superposición de unas normas jurídicas sobre otras, sino de una labor de armonización, en la cual, las normas convencionales del derecho internacional de los derechos humanos, adquieren fuerza jerárquica y relevancia constitucional.

En el tema que atañe al presente documento, deben revisarse los instrumentos convencionales, que consagran tres derechos esenciales: la libertad y la presunción de inocencia, así como la honra y el buen nombre.

Se veía como el derecho a la libertad, se encuentra garantizado en los arts. 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966); así como en los arts. 5 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969).

A su turno, el derecho a la libertad, en el contexto de sus limitaciones, se refuerza a partir de la presunción de inocencia, pues la garantía de esta, exige que el individuo sea tratado como tal, hasta que no exista una sentencia judicial en firme que demuestre su culpabilidad; de manera que las restricciones al derecho a la libertad en el trasegar de un proceso penal, deben ser cuidadosas de no atentar contra dicho postulado constitucional (Caso Zegarra Marín Vs Perú, 2017). La presunción de inocencia, al igual que la libertad, se encuentra garantizada en Instrumentos Internacionales de diferente índole, como se evidencia en el art. 14. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como, en las previsiones del art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, son normas convencionales que han sido ratificadas por el Estado Colombiano. El primero, fue aprobado por la Ley 74 de 1968; mientras que la segunda se hizo, en virtud de la Ley 16 de 1972.

Integrando el bloque de constitucionalidad, frente a estos derechos, se infiere que de las normas convencionales referenciadas, surgen unos deberes para el Estado, de cumplir con unas obligaciones primarias, relacionadas con el respeto, la protección y la garantía tanto del derecho a la libertad, como de la presunción de inocencia, no solo de acuerdo a las prerrogativas que establece el Texto Constitucional, sino además conforme al contenido y alcance de estos derechos delimitados por la Comunidad Internacional.

En casos de privación injusta de la libertad, que como se veía en líneas precedentes, resulta de una actividad legítima del Estado, que no es otra que la de administrar justicia, se advierte, que por más legítima que sea la actuación, la misma produce un daño que el individuo no estaba en la obligación jurídica de soportar, comoquiera que al estar siempre amparado por la presunción de inocencia, la misma no pudo ser desvirtuada por el Estado, siendo necesario que éste dicte sentencia absolutoria u otra equivalente, que selle con efectos de cosa juzgada, la inocencia de quien ha sido investigado penalmente. Sin embargo, se ha producido un daño vertido en una detención preventiva, de quien, se reitera, ha sido inocente.

Puede evidenciarse entonces que la detención preventiva en estos casos, se ha tornado en injusta, y el individuo ha soportado una medida de aseguramiento que no se dio con fundamento en los requisitos formales o materiales para imponerla, o que habiéndolos respetado, no cumplía los fines constitucionales, para los cuales fue creada. En tales supuestos, el Estado ha violado sus obligaciones de respeto y garantía del derecho a la libertad, pues sus autoridades, o no han sido rigurosas en la verificación de tales exigencias o habiéndolo sido, el Estado en cabeza del ente de persecución penal, tuvo fallas en la demostración de la responsabilidad del sujeto pasivo de la acción penal.

Como consecuencia de lo anterior, en relación con todo aquel a quien se ha impuesto una medida de aseguramiento y a la postre ha sido absuelto, se determina un ataque contra su honra y buen nombre; derecho que también se encuentra protegido en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En estos contextos, se presenta entonces la violación por parte del Estado de normas primarias que imponen las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos consagrados en normas convencionales. De tal incumplimiento, surge la obligación secundaria de reparar los daños irrogados. El incumplimiento, puede darse, en el marco de actuaciones legítimas o ilegítimas del Estado, que no obstante, el individuo no estaba en la obligación de soportar, que es lo que justamente sucede con la privación injusta de la libertad.

Al respecto, si se revisan los instrumentos nacionales e internacionales, se puede encontrar un remedio judicial a estas situaciones. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 9 num. 5, contempla “el derecho efectivo a obtener reparación” cuando la persona haya sido ilegalmente detenida; a su turno, el art. 63 num. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estatuye que frente a la violación de un derecho o libertad protegidos por la norma convencional, se debe garantizar “al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

El homólogo de estas disposiciones y a fin de integrar el bloque de constitucionalidad, frente a los remedios frente al incumplimiento de estas disposiciones, es el art. 90 de la Constitución Política, que establece la responsabilidad **patrimonial** por los daños antijurídicos que le sean imputables, con ocasión de la acción u omisión de las autoridades públicas.

Si se compara la norma constitucional con las previsiones internacionales, se encuentra que mientras aquella, establece únicamente la indemnización como forma de reparar el perjuicio, éstas prevén una reparación *integral*, tal como fue explicado ampliamente en el capítulo 2 de este documento; concepto bajo el cual, la indemnización es apenas una de las formas en las que procede la reparación. “Muchas veces se ha confundido el concepto de reparaciones con el de indemnizaciones. Estamos frente a dos nociones distintas, que se encuentran en relación de género a especie” (Faundez, 2004, pág. 45).

El significado de la “integralidad” de la reparación, abarca, además de las medidas de indemnización, los conceptos de compensación, restitución, medidas de rehabilitación y garantías de satisfacción, que han tenido un gran desarrollo en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos.

Entonces, ¿procede la reparación integral, en casos de privación injusta de la libertad, en eventos en los cuales la Constitución Política, lo ha limitado únicamente al ámbito de la indemnización o responsabilidad patrimonial?

A efectos, de dar respuesta al interrogante, se estudiará otra de las formas, en las cuales, el Estado colombiano, ha avanzado hacia la armonización del derecho internacional en el ámbito doméstico, aun cuando ya se había hecho alusión al valor jurídico de las sentencias emanadas por la Corte Interamericana.

3.1.2. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una manera eficiente para aplicar los estándares internacionales en casos concretos donde se violen los derechos humanos. Según el concepto, los Tribunales nacionales se deben regir por un examen constitucional en el que cotejen la ley en relación con la Constitución Política de la Nación, y a su vez, lo hagan respecto del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto, se debe verificar la compatibilidad de las normas dictadas en el escenario internacional; obligación a cargo de la autoridad pública, que la faculta para desatender normas internas contrarias a las expuestas en el ámbito supranacional, o a ajustar una interpretación acorde a las mismas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f).

De esta forma, es una herramienta de verificación que una ley o acto emitido por el Estado se ajusta a las normas, principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo cual faculta al juez para examinar las normas de su Estado y determinar su eficacia frente a dichas normas internacionales.

En el control de convencionalidad, se ve implícito el avance que éste ha tenido de manera que logre su último fin por medio de los ajustes pertinentes que cada Estado lleva de acuerdo a su normatividad ordinaria y su utilidad en la práctica e inmediato reconocimiento de los derechos humanos. Su implementación se realiza de manera gradual por lo que da tiempo para lograr una interpretación específica en la cual se pueden aplicar dos principios: el primero es la preferencia de normas y la segunda es la preferencia interpretativa, éstas dos

hacen referencia al principio de favorabilidad en el cual (en caso concreto) se toma el que más favorezca a la persona implicada (Rincon Plazas, 2013).

Dicho control se comprende de dos maneras, la primera es el efectuado únicamente por la Corte Interamericana y el segundo es el control difuso de convencionalidad; éste último opera, en el ámbito de competencia de los Estados que forman parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arce, 2013).

De igual manera, este control hace parte integral del derecho interno de cada país, por lo que, cada uno de los Estados debe comprometerse a cuidar del poder otorgado por la Convencionalidad para tomar decisión en su nombre, pues esa es su primera instancia concretando a los órganos que la conforman, a estudiar e investigar el caso que tenga lugar en dicho momento, y así tomar la decisión más coherente y acertada frente a este.

El concepto de control de convencionalidad, le ha servido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para establecer la fuerza vinculante y el carácter obligatorio a sus decisiones, no solo cuando el Estado que deba aplicarlo es parte dentro de un proceso de responsabilidad internacional, sino en cualquier caso, en el cual, un Juez local deba tomar una determinación en la solución de casos concretos.

Como se dejó planteado líneas atrás, el concepto de control de convencionalidad, surgió en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (Caso *Almonacid Arellano Vs Chile*, 2016) y en el caso *Cantuta Vs. Perú* (Caso *Cantuta Vs Perú*, 2006). En dichos pronunciamientos se

estableció que, los jueces y tribunales de los ordenamientos jurídicos internos de un Estado que ha celebrado un Tratado Internacional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, no solo deben aplicar las disposiciones del derecho interno, sino que además, deben observar y cumplir, lo dispuesto en el instrumento internacional que ha sido ratificado por el Estado, pues al hacerlo, se ha comprometido a ejecutar a cabalidad todas y cada una de las cláusulas convencionales.

Bajo el concepto de control de convencionalidad, la Corte Interamericana pretende, entonces, dotar de fuerza vinculante y obligatoriedad, a las decisiones de dicho Tribunal, no solo en los procesos judiciales internacionales, sino también en la práctica de los jueces nacionales, cuando se vierte la protección de un derecho humano. Éstos no solo deben acudir a las reglas de interpretación judiciales de la Corte Interamericana, como parámetro de control constitucional en relación con la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad de las leyes internas –función que correspondería a la Corte Constitucional– sino que además, los jueces de los distintos niveles, deben determinar el contenido y alcance de los derechos, con base en las normas convencionales y en la interpretación que de éstas, haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de que los jueces, velen porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. (Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú, 2006)

El efecto práctico del control de convencionalidad, es que los jueces de los distintos niveles, tienen el deber de inaplicar las previsiones internas que sean contrarias al sentido y

fin de las normas convencionales que los Estados suscriben, o en su lugar, hacer una interpretación ajustada a la Convención (Caso Boyce y otros Vs Barbados, 2007).

Según esta forma de armonización dispuesta por la Corte Interamericana, los jueces nacionales podrían dictar medidas de reparación *integral* en los eventos de privación injusta de la libertad. Esto significa, que podrían acudir a ellas, como lo ha determinado la Corte Constitucional, es decir, como criterios hermenéuticos relevantes de interpretación, para determinar, qué medidas de restitución, rehabilitación o satisfacción proceden en cada caso, para restablecer el derecho a la libertad, la presunción de inocencia y la honra y el buen nombre.

3.2. Reflexión sobre la reparación *integral* en eventos de privación injusta de la libertad

La forma en la que una violación a los derechos humanos puede incidir y afectar la historia personal de la víctima y su entorno presenta un alto nivel de complejidad, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia sobre reparaciones del caso Aloeboetoe vs. Suriname señaló que:

Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causæ est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. (Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, 1993)

La privación de la libertad de quien es inocente, tiene graves repercusiones físicas y psicológicas, en la persona de quien la padece. Aquí, tienen cabida las tesis abolicionistas de la prisión, como mecanismos de control social, porque ven en ella un centro de adoctrinamiento hacia la delincuencia y con pocas posibilidades de resocialización (Bustos, 1990).

En estos contextos, la persona es etiquetada y estigmatizada socialmente, condenada a una suerte de aislamiento que lo marca de por vida. De acuerdo con Erving Goffman (1986), un estigma es un atributo que desacredita a un individuo, que lo reduce de una persona completa y común a una marcada y disminuida. La estigmatización ocurre cuando una persona posee o cree poseer alguna característica que le confiere una identidad social que es devaluada en un contexto social particular (Crocker, 1998). En estos eventos, la estigmatización está aparejada con una devaluación de la persona en cierto contexto social. “Tanto los individuos estigmatizados como los demás miembros de la sociedad comparten la idea de que los primeros poseen un atributo (o marca) que los distingue de los demás y una creencia de que dicho atributo los desvaloriza en comparación con los demás” (Pérez C. , 2013).

La privación de la libertad en centro carcelario, produce estos efectos, que entrañan una afectación a la honra y buen nombre de la persona y que impiden un desarrollo en condiciones normales de existencia.

A esta situación debe agregarse, las condiciones deplorables de las cárceles del país, en las cuales, el hacinamiento carcelario, afecta aún hasta el mínimo vital que debe garantizar el Estado, respecto del individuo, en esa relación especial de sujeción en que se encuentra éste, respecto de aquél. En efecto, la Corte Constitucional, en sentencias T- 153 de 1998 y T- 388 de 2013, declaró que el hacinamiento carcelario, en las distintas prisiones del país, generaba responsabilidad del Estado en relación con los reclusos, debido a que las condiciones materiales de existencia atentaban contra el postulado de la dignidad humana y afectaban el proceso de resocialización. En aquellas oportunidades se evidenció la deficiente prestación de servicios públicos mínimos como la adecuada alimentación, la salud, el agua potable, la inexistencia de instalaciones higiénicas con cobertura, entre otros. Consideraciones que fueron reiteradas en providencias T-762 del 2015 y T-197 del 2017.

En estas circunstancias, la privación preventiva de la libertad, se da en condiciones en las cuales, el único fin que cumple el Estado, es lograr el aislamiento del individuo, aun a costa de su propia integridad física y moral (Ariza, 2011).

Entonces, bajo estos presupuestos ¿es posible que la reparación del daño, se siga guiando por criterios netamente patrimoniales?, cuando es evidente la producción de daños inmateriales, que podrían restablecerse mediante la rehabilitación, o garantías de satisfacción, cuyo fin sea la restauración de la dignidad de quien siempre fue inocente, pero es visto y tratado por la sociedad como culpable.

Para reflexionar sobre la importancia de las medidas de reparación, distintas a las patrimoniales, en casos de privación injusta de la libertad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos puede ser de gran ayuda, ya que la misma, ha colaborado en la consolidación del Estado de Derecho y la vigencia de los derechos humanos (Calderón, 2013).

Dicho deber, que el Estado está llamado a cumplir, debe darse en el marco de las obligaciones y compromisos adquiridos por el Estado en el contexto internacional, si se quiere ser coherente con el postulado del Estado social de derecho y con el entendimiento de la Constitución Política en sentido material, imbuida por el respeto a la dignidad humana.

Por esta razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado que el deber de reparar, derivado de la responsabilidad por violaciones de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, se rige en todos sus aspectos por el derecho internacional público, lo que implica que el Estado no puede modificar sus beneficiarios, alcance, determinación y modalidades (Faundez, 2004).

Ello es apenas lógico, en la teoría de los derechos humanos, en las que un Estado puede otorgar mayor reconocimiento en la garantía de un derecho, pero no menor, al establecido en el ámbito internacional (Pulido, 2005).

Bajo esta filosofía, el derecho a la libertad que es reconocido tanto por el ordenamiento nacional como en el internacional, cuandoquiera que sea limitado y dicha

limitación conlleve a la causación de un daño a su titular, surge un deber de reparación para su productor, cuyo contenido y alcance tendría que ser establecido, conforme a los lineamientos dados por la comunidad internacional. Pues no de otra manera, podría entenderse el principio de supremacía constitucional, contenido en el art. 4 del Texto Superior, que permite el entendimiento de la Constitución en sentido material, y en tal entendimiento, interpretada a la luz de las fuentes del derecho internacional, como lo ordena el pacto fundacional en los artículos 93, 94 y 214.

Justamente el Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el principio *Pro Homine*, permiten efectuar, en cada caso, la Interpretación más favorable para el goce y ejercicio de las Libertades y Derechos fundamentales. Tal principio, se invoca en el ámbito doméstico, en consideración a la dignidad humana, que se erige como el fundamento del Estado social y democrático de Derecho.

Sobre la dignidad humana, la Corte Constitucional ha desarrollado la configuración jurisprudencial de su significado, desde dos vertientes de estudio: (i) a partir de su objeto concreto de protección, y desde (ii) su funcionalidad normativa. A partir del objeto de protección, la dignidad humana se entiende en diversas líneas: como autonomía, esto es, como facultad de diseñar un plan de vida o “vivir como quiera” y de determinarse según esta elección; como la concurrencia de condiciones materiales de existencia que permiten “vivir bien” y finalmente; como intangibilidad de la integridad física y moral que posibilitan “vivir sin humillaciones”. La dignidad humana desde su funcionalidad normativa, permite verificar su utilidad para el ordenamiento jurídico, siento entonces, el sustento que le sirve de

fundamento y debe entenderse como valor; es también principio constitucional y goza de la entidad de derecho fundamental autónomo (T-291, 2016)

Habría que preguntarse si, después de que un individuo ha estado privado injustamente de la libertad, puede materializar su dignidad desde el objeto concreto de protección; esto es, si puede, a partir de su autonomía, diseñar un plan de vida o en palabras de la Corte Constitucional, “vivir como quiera”, cuando en el imaginario social, persiste la idea de que es delincuente. Habría que preguntarse también, si la indemnización que se otorga en el proceso de reparación directa, permite restaurar en tales condiciones, la posibilidad de determinarse según la elección del plan de vida.

A todas luces, se encuentra que la simple indemnización, no permite restaurar la dignidad de quien ha sido privado injustamente de la libertad, por lo que el juez de lo contencioso administrativo, podría considerar, otras medidas de reparación que conlleven al logro de dicha finalidad y que se ubicarían en la rehabilitación y las garantías de satisfacción, que como lo dejó sentado la Corte Constitucional, en jurisprudencia expuesta, no admiten limitación, entendiéndose que el derecho a la reparación integral, no solo procede frente a graves y serias violaciones a los derechos humanos, sino que se constituye en derecho fundamental cuando se ha producido un daño por obra de la acción u omisión de autoridades estatales, que en estos ámbitos, no puede ser limitada, ni por el legislador, ni por el juez.

Puede constatarse, en este contexto, que las medidas de reparación establecidas en el seno de la comunidad internacional, son más favorables a la condición y el valor propio de la dignidad humana.

Aunado a lo anterior, se encuentra que ni en los instrumentos convencionales, ni bajo la interpretación que de ellos ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se limitan las medidas de reparación a las violaciones graves o serias a los derechos humanos. Por el contrario, como pudo advertirse, el art. 63 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prevé la reparación a cualquier tipo de violación de derechos contemplados en tal instrumento; comprensión que ha sido adoptada por la Corte Constitucional, en la jurisprudencia relacionada, en lo que tiene que ver con el núcleo esencial de la reparación, que como se estudió, se ubica en las garantías de rehabilitación y satisfacción, ya que en las medidas de compensación (indemnización), el legislador, puede limitarlas, de acuerdo a las condiciones fiscales del Estado.

Si se entiende lo anterior, bajo el principio *pro homine*, debe afirmarse que los mecanismos de reparación, distintos a la simple indemnización son perfectamente aplicables, a los eventos de privación injusta de la libertad, aun cuando la misma, se produzca en ejercicio de la actividad legítima del Estado en su función de administrar justicia. Se trata, sin duda de la limitación de un derecho que aunque legítima, termina produciendo un daño que el individuo no estaba en la obligación jurídica de soportar.

En virtud del principio *pro homine*, existe la obligación del Estado, de acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando deba reconocer derechos protegidos. A *contrario sensu*, debe acoger la interpretación más restringida cuando de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, se trata (Pinto, 1997).

Este es un argumento adicional, que gravita en torno a la armonización adecuada entre el derecho internacional, que prevé medidas de reparación integral y el derecho nacional, que sólo establece la indemnización económica.

Lo que sí es claro, es que no todas las medidas que ha relacionado la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, se pueden traslapar sin mayores análisis, al objeto de estudio. Naturalmente, el juez del caso, debe tener en cuenta, la naturaleza de la violación al derecho, y las afectaciones concretas que se logren demostrar en el proceso, para que a partir de ellas, se eleven las medidas de rehabilitación y satisfacción pertinentes.

De acuerdo a lo anterior, en casos de privación injusta de la libertad, no solo deben proceder medidas indemnizatorias, sino además mecanismos de satisfacción, que pretenden restaurar a la víctima al estado anterior a la violación. Para el evento de privación injusta de la libertad, pueden resultar perfectamente aplicables los siguientes:

a) Reconocimiento público de responsabilidad y manifestación de excusas públicas. Se debe enfatizar que la privación de la libertad conlleva daños a la honra y buen nombre de los individuos y en la medida en que esta es conculcada, el ofrecimiento de disculpas públicas puede –en algún grado–, devolver al ciudadano al estado anterior a la producción del daño antijurídico.

b) Diseño e implementación de un sistema de promoción y respeto por los derechos, en el ámbito judicial, en el que se propenda por un control material que verifique los requisitos sustanciales a la hora de limitar el derecho a la libertad. Resulta de particular importancia, la revisión de las exigencias formales y sustanciales, bajo las cuales, está llamada a prosperar la medida de aseguramiento, entre ellos, la existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, de los que se infiera razonablemente la existencia del hecho y la participación o autoría de quien está siendo investigado. Es de particular relevancia, la acreditación de los fines constitucionales, bajo los cuales es posible limitar el derecho a la libertad; estos son: necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; los cuales deben quedar demostrados con material probatorio en cabeza del órgano de la acusación.

c) Investigar, juzgar y si es del caso, sancionar a los funcionarios responsables, cuando se advierta dolo o culpa grave, a la hora de solicitar una medida de aseguramiento que a todas luces es desproporcionada, irracional o innecesaria. O cuando no se cumplan las previsiones de la Ley 906 de 2004, al exigir inferencia razonable de la existencia del hecho y de la autoría o participación del sujeto pasivo de la acción penal.

c) Tratamiento psicológico y psicosocial a cada uno de los demandantes, que pretenda restaurar el derecho a la honra y el buen nombre.

d) Reformas normativas e institucionales. En este caso, es imprescindible que se establezca un control material de la imputación y la acusación, inexistente en el proceso penal colombiano.

Por tanto, es importante comprender el derecho y el deber de las reparaciones expuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque si bien este surge como consecuencia de la responsabilidad de atribuirle a alguien lo ocasionado por no medir las obligaciones que conllevarían dichos actos realizados, es por esto que la reparación es un derecho debido que cubre al sujeto que se vio afectado, y un deber para la persona responsable de cumplir la obligación, donde la doctrina jurídica correspondiente al Derecho Internacional, expone que la Convención Americana sobre los Derechos Humanos estima la tradición de hacer responsable al Estado cuando ocurre un hecho ilícito imputable por la violación de una norma internacional; en consecuencia, la Corte Interamericana impone ciertas reparaciones las cuales no pueden ser modificadas ni incumplidas puesto que se debe garantizar el resarcimiento de la lesión ocasionada.

Finalmente, es menester indicar el nivel de obligatoriedad y fuerza vinculante de las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo estudio ya se

hizo en líneas precedentes. Sin embargo, es necesario, adecuar la reflexión en los casos de privación injusta de la libertad.

Se veía que, las providencias judiciales de organizaciones autorizadas por la Comunidad Internacional, para velar por el respeto, protección y garantía de los derechos humanos en los países, son fuentes auxiliares de interpretación, según las previsiones del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Corte Internacional de Justicia, 1945).

En tal sentido, dichas decisiones hacen parte de las fuentes del Derecho Internacional, al igual que los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. Sin embargo, la diferencia entre ellos radica en el nivel de obligatoriedad que cada uno tiene en los ordenamientos jurídicos domésticos (Diez de Velasco, 1976). En efecto, son los ordenamientos jurídicos de los Estados, los que establecen los grados de eficacia de cada una de las fuentes del derecho internacional (Herdegen, 2005), (Del Toro, 2006), (Brotons, 2007).

Por esta razón, es normal que los Estados al incorporar el derecho internacional en el derecho interno, le den mayor prevalencia a los tratados internacionales, por ser documentos escritos, en los cuales, las Altas Partes contratantes han manifestado expresamente su voluntad en relación con el deseo de vincularse a través de la ratificación (Jiménez de Arechaga, 1976).

El ordenamiento jurídico colombiano, que no es ajeno a este sentimiento, dispuso en el art. 93 de la Constitución Política de 1991, la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por el Estado. En este contexto, nada dijo sobre la inclusión de las otras normas del derecho internacional como la costumbre internacional, los principios generales del derecho o las providencias judiciales de los Tribunales Internacionales autorizados para tal efecto por la Comunidad de Naciones.

Esto puede resultar coherente, con la alocución latina *Pacta Sunt Servanda*, como principio que rige las relaciones entre los Estados, según el cual "*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*", al tenor de lo dispuesto en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y mismo artículo de la Convención de Viena de 1986.

Sin embargo, al revisar el nivel de obligatoriedad de las fuentes del derecho internacional, en el seno de la Comunidad de Naciones, se encuentra que la Costumbre Internacional, juega un papel trascendental, al punto de considerarse por muchos publicistas como fuente principal y primaria del derecho supranacional. Justamente de ahí emergen las normas de *ius cogens* consideradas de carácter imperativo, con una posición jerárquica superior frente a aquellos tratados internacionales que la contradigan, tal como lo expresa el art. 53 de la Convención de Viena de 1969 (Herdegen, 2005) (Brotons, 2007) (Del Toro, 2006) (Jiménez de Arechaga, 1976).

Retomando el argumento, puede verse cómo el ordenamiento constitucional colombiano actual, no estableció ninguna cláusula de incorporación directa o automática de la Costumbre Internacional en el derecho interno, como tampoco lo hizo de manera abierta, respecto de la jurisprudencia de Tribunales Internacionales de derechos humanos.

No obstante, el art. 94, establece la garantía de un derecho que siendo inherente a la persona humana, no figura expresamente ni en la Constitución Política, ni en los tratados internacionales; por lo que, por esta vía podría acudir a las demás fuentes del derecho internacional, que prevean una solución acorde con la dignidad humana, desde su significado como objeto de protección, de acuerdo a la delimitación hecha por la Corte Constitucional. Justamente, esta fue la labor adelantada por el Máximo Tribunal de la Justicia Constitucional, para establecer el contenido y alcance de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas de graves violaciones a derechos humanos, y aquellas que han padecido un daño como consecuencia de la comisión de delitos ordinarios; línea jurisprudencial condensada en la sentencia C-344 de 2017, en la cual, se reconoció que la norma constitucional que permitía la incorporación y armonización de estas normas, era la cláusula de los derechos innominados del art.94 Superior.

Si se revisa, entonces el deseo de la Asamblea Nacional Constituyente, los tratados internacionales sobre derechos humanos, cuentan con clausula de incorporación directa, a fin de determinar el contenido y alcance de un derecho. En cambio, frente a la costumbre internacional, puede tener cabida en aquellos casos en los cuales, sea necesario garantizar un derecho inherente a la dignidad humana que no se encuentre previsto en normas positivas.

Llegado a este punto, es necesario preguntarse el papel que juegan las providencias judiciales de Tribunales Internacionales, no solo en el ámbito de regulación de las relaciones entre Estados, sino en el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos, sin antes anunciar que la soberanía, no es del Estado, sino del Derecho (Valencia, s.f.) y éste debe ser dinámico y responder a las nuevas realidades sociales, económicas y culturales, y materializar el carácter social del mismo, así como el postulado fundante de la dignidad.

Valencia (s.f), estudiando el marco teórico kelseniano, llega a la conclusión que el Estado es soberano en el sentido formal de la palabra, ya que la existencia de un orden internacional superior a los Estados implica que los Estados deben garantizar el respeto en sus territorios no solo del orden jurídico interno, sino que también deben garantizar el respeto del orden jurídico internacional. “Esto implica que el contenido de la Constitución y del orden jurídico interno está condicionado por los presupuestos del orden jurídico internacional, para que el Estado sea reconocido como legítimo en la comunidad internacional” (Pág. 8).

Pues bien, como se veía al principio de este documento, según las voces del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones judiciales sirven como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, lo que significa que a primera vista, no son fuentes principales en la solución de los conflictos interestatales.

A su turno, en los contextos nacionales, concretamente el colombiano, no existe ninguna alusión a las providencias judiciales de Tribunales internacionales como fuente de solución de los conflictos que surgen entre el Estado y los individuos.

Sin embargo, estas afirmaciones se vuelven relativas, dependiendo de la técnica de incorporación a la cual acuda el operador jurídico, en casos concretos.

Si se revisa por ejemplo, los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana, se encuentra que a partir de la figura del bloque de constitucionalidad, aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (C-225, 1995).

En el contexto anterior, la Corte Constitucional, desde las previsiones del art. 93 Superior, empezó a darle prevalencia a los tratados o Convenios internacionales en el orden jurídico “siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad”. (Arango, s.f.). Igualmente, la aplicación del bloque de constitucionalidad, estaba supeditada a que la norma internacional reconociera la existencia de un derecho humano, del cual estuviera prohibida su limitación en los estados de excepción (C-295, 1993)

Sin embargo, a medida que la Corte Constitucional, fue delimitando el contenido y alcance del bloque de constitucionalidad, precisó que existían dos sentidos del mismo. En *strictu sensu*, el bloque de constitucionalidad se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción. Por su parte, en sentido *lato sensu*, está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la Constitución, los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias. (C-191, 1998).

Con el tiempo, la Corte estableció el principio de favorabilidad o *pro homine* en la armonización del derecho internacional en el derecho interno:

En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser

interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. (UPRIMNY, s.f.)

En el marco de estas interpretaciones, puede concluirse que la Corte Constitucional ha integrado el bloque de constitucionalidad, para delimitar el contenido y alcance de los derechos humanos, bajo la interpretación más favorable al ser humano.

Sin embargo, no ha quedado bien delimitado en el horizonte el nivel de obligatoriedad de las sentencias emitidas en contextos regionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de derechos humanos. Que es lo que se pasa a explicar a continuación.

En su momento el Alto Tribunal Constitucional, consideró que las recomendaciones de organismos internacionales constituidos para el monitoreo del cumplimiento de los

convenios no son normas creadoras de obligaciones internacionales como los Convenios, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados partes (T-569, 1999). Sin embargo, en la sentencia C-344 de 2017, se hizo el recorrido jurisprudencial sobre las medidas de reparación de las víctimas, tanto de violaciones graves a los derechos humanos, como de la comisión de crímenes ordinarios. Recuérdese cómo, en aquella oportunidad se dijo que, la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituía, criterio relevante de interpretación, para determinar el contenido y alcance de los derechos protegidos a nivel nacional. Sin embargo, en la práctica del Alto Tribunal Constitucional, se constató que tales criterios esbozados por la Corte Interamericana, han sido tomados con carácter obligatorio, sirviendo de ejemplos las sentencias C-370 de 2006; C-406 de 1996, C-010 de 2000, C-715 de 2012 y C- 344 de 2017, estudiadas en precedencia.

Para el caso concreto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su utilidad, podría desprenderse de varios argumentos.

El diseño de las medidas de reparación, adelantado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obedece al imperativo impuesto por el art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Rousset A. , 2011), en relación con la obligación de los Estados de respetar los derechos. En tal sentido, el Tribunal Regional de derechos humanos, ha reconocido que el derecho a la reparación es norma consuetudinaria, que constituye uno de los principales fundamentos del derecho internacional en materia de responsabilidad estatal (Calderón, 2013). En otras palabras, siempre que haya responsabilidad del Estado, por

hecho ilícito internacional, surge para éste el deber de reparar, y como derecho para la víctima, que la reparación sea integral.

El concepto de reparación integral que ha tenido sesuda evolución en la jurisprudencia del sistema interamericano –como se vio en líneas precedentes–, ha consolidado el *corpus iuris* del derecho internacional consuetudinario y que fuera advertido en su momento por los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas.

La tesis que permite sustentar la necesidad de acudir a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la práctica judicial nacional, se basa en que los tratados internacionales “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999). “La existencia de un espacio global dinámico, ayudado por las nuevas tecnologías y la existencia de nuevos actores económicos y sociales, hacen que el Estado necesite mayor colaboración y coordinación con otros Estados y otros actores” (Valencia, s.f., pág. 18).

En tal sentido, los Convenios sobre derechos humanos poseen una naturaleza abierta que es llenada de contenido a partir de las decisiones de los Tribunales Regionales de donde emergen (Uprimny, 2009).

En efecto, el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, no está formado únicamente por los tratados de derechos humanos, sino que comprende otros

estándares normativos, dentro de los cuales se encuentran, las decisiones de Tribunales Internacionales. Estas instancias de control fueron creadas para interpretar con autoridad el alcance de los tratados de derechos humanos y la Constitución colombiana confiere una fuerza especial a los tratados, llevándolos al mismo nivel de jerarquía que la Constitución Política, “entonces, parece razonable pensar también que nuestra Carta atribuye una fuerza especial a dicha jurisprudencia internacional de derechos humanos”. (Uprimny, 2009, pág. 92)

Colombia se ha comprometido a respetar los tratados de derechos humanos, y por ello, en función del principio *Pacta Sunt Servanda*, todos los funcionarios del Estado, incluyendo a los jueces, deben esforzarse por aplicar esos tratados. Ahora bien, el cumplimiento de buena fe de esos tratados implica la aceptación, como regla general, de la doctrina elaborada por los organismos internacionales de control encargados de la vigilancia del cumplimiento de esas obligaciones internacionales por parte de los Estados. (Uprimny, 2009, pág. 95)

En ese mismo orden de ideas, Buergenthal (2003), indica que los jueces nacionales deben seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo que tuvieran razones de peso suficientes para apartarse de ella, “por la sencilla razón de que un comportamiento distinto sería arbitrario” (pág. 30). Para arribar a esta conclusión, el autor hace un símil, con el deber que tendrían, en un ordenamiento nacional, los jueces inferiores de seguir los criterios establecidos por las Cortes Superiores de su país (Tribunales Constitucionales). La tesis propuesta por el autor, gira en torno al siguiente presupuesto: si un juez sabe que su decisión puede ser revertida por un Tribunal Superior, entonces debería

seguir los criterios del superior, pues es arbitrario e incompatible con una administración de justicia ordenada y equitativa someter a los justiciables a una decisión que muy probablemente será revocada por el Tribunal Superior, salvo que el Juez inferior tenga muy buenas razones para apartarse del precedente fijado por el Tribunal Superior. En este análisis, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene la última palabra sobre el significado de cada una de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la persona puede acceder al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entonces el juez nacional debería seguir el precedente establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo que tenga muy buenas razones para apartarse de él, pues si no lo hace, simplemente obligaría al usuario de la Justicia a acudir a dichas instancias internacionales.

De lo dicho, podría extraerse que existen razones de peso para inclinarse por la tesis de la necesidad de acudir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para determinar el alcance de la reparación en situaciones de privación injusta de la libertad, no solo porque la misma lo ha reconocido –y en tal caso, se convierte en argumento de autoridad–, sino por el carácter cambiante del derecho, en el que se hace necesario actualizar las normas convencionales –que a propósito son de textura abierta– de acuerdo a las nuevas realidades en un contexto de globalización y cada vez mayor, interdependencia, en la lucha por la limitación del poder y el reconocimiento y vigencia de los derechos humanos, en la cual, la sujeción a la Ley en el Estado de Derecho, no suele ser suficiente para garantizar la libertad y los derechos. Por esto, el diálogo entre los jueces nacionales y el juez interamericano, permiten la integración de un Derecho Universal o *ius comune universalis*, para garantizar la común intención de la Asamblea Nacional

Constituyente y la Organización de Estados Americanos, vertida en que el respeto de las libertades humanas, logre un nivel metanacional y uniforme (Amaya, 2016).

En estos ámbitos, el sistema normativo, tal como lo reconoce Valencia (s.f.) también está en constante evolución debido a que su integración y conformación normativa varía de acuerdo con los nuevos tratados y convenios internacionales que el Estado ratifique y, lo más importante, de acuerdo con las interpretaciones evolutivas que realicen los tribunales, comités y órganos internacionales de derechos humanos respecto de los cuales Colombia haya aceptado o reconocido su competencia contenciosa o consultiva.

De lo dicho se extrae, que actualmente, el efecto jurídico de las decisiones de Tribunales Internacionales o regionales de protección de derechos humanos, no solo son criterios hermenéuticos relevantes de interpretación, si se entiende que los mismos, se encargan de precisar el sentido y alcance de las normas convencionales.

Ello debe suceder justamente en casos de privación injusta de la libertad, donde si bien el derecho de reparación, está contemplado en el texto constitucional, el alcance de la misma, no debe darse en el marco del derecho nacional, exclusivamente, sino que en una tarea de armonización, se pueda acudir a las normas convencionales que refieren el restablecimiento del daño, como derecho humano de garantía plena. Sin embargo, su alcance y delimitación (¿qué debe contener la reparación? ¿qué se debe reparar? ¿cuál es el alcance de la reparación), requiere acudir a los estándares claramente establecidos por el sistema

regional, porque los mismos, no implican nada distinto de aplicar en sentido estricto la norma convencional, a la cual el Estado se ha vinculado mediante su consentimiento.

CONCLUSIONES

En los constitucionalismos modernos, las Cartas Políticas afirman a la dignidad humana, como principio y valor constitucional, y a la vez, su significación está dada desde el objeto de protección, que le permiten al individuo “vivir como quiera”, lo cual implica el diseño y elección de un proyecto de vida. Por ello, tales normas fundantes del ordenamiento constitucional, contienen un catálogo de derechos humanos, con garantías reales de protección y realización.

Para que tal meta sea realizable, las Cartas Políticas, en el ámbito de su soberanía, han establecidos cláusulas de incorporación del derecho internacional en el derecho interno, aceptando que las fuentes del derecho supranacional se incorporen y armonicen en el ámbito

doméstico, a fin de determinar el contenido y alcance de los derechos, bajo los lineamientos de la comunidad internacional, que tienden a una mayor cobertura de protección.

El Estado colombiano, que no es ajeno a estas realidades, aceptó la incorporación del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, en un contexto de armonización y no de superposición de previsiones normativas. De esta manera, la Asamblea Nacional Constituyente, creó disposiciones que permitieran tal labor, como las consagradas en los arts. 93, 94, 214, que establecen la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Sin duda, en este contexto, ha sido loable el trabajo adelantado por la Corte Constitucional, que a través de la creación de la figura del bloque de constitucionalidad, ha logrado hacer compatible el principio de supremacía constitucional contemplado en el art. 4 Superior, con las normas ya referenciadas, que permiten situar las normas convencionales relativas a derechos humanos, al mismo nivel del Texto Constitucional.

Sin embargo, debe reconocerse que dicha labor, es dinámica y por tanto, se encuentra en constante construcción. En este sentido, el concepto de control de convencionalidad, que también ha venido siendo utilizado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, permite dotar de valor jurídico a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el tema objeto de estudio es de particular relevancia, puesto que en su quehacer jurisprudencial, ha decantado las formas concretas de reparación cuando se han

violado derechos humanos, contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros Instrumentos del Sistema Interamericano.

Aunque, la fuerza jurídica de las providencias de la Corte Interamericana, aún es un tema de discusión, lo cierto es que en Colombia, han sido utilizadas en algunos casos, como criterios hermenéuticos relevantes de interpretación y en otros, se les ha dado el carácter obligatorio.

En estos ámbitos, existen argumentos de peso, para entender que debería existir un diálogo entre los funcionarios judiciales nacionales y los tribunales regionales, concretamente el del Sistema Interamericano, bajo la vigencia de una Constitución que se precia por garantizar el respeto por la dignidad humana, que como objeto de protección, se ve truncada en eventos de privación injusta de la libertad. En efecto, una persona que ha sido privada de la libertad, y a la postre ha resultado inocente por sentencia absolutoria o su equivalente, padece daños materiales e inmateriales, que le impiden autónomamente diseñar un proyecto de vida y de determinarse conforme a tal elección. Tales perjuicios, no se suplen con la simple indemnización prevista por el art. 90 de la Constitución Política de 1991, de donde emerge la responsabilidad del Estado por daño antijurídico.

Es aquí donde se debería considerar la utilidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha decantado ampliamente formas de reparación, que van más allá de la compensación y pretenden lograr la restauración de la dignidad, a partir de las medidas de rehabilitación y satisfacción; máxime cuando –como se vio–, la Corte

Constitucional, ha establecido que la reparación debe ser *integral*, no solo en violaciones graves a los derechos humanos e infracciones serias al derecho internacional humanitario, sino frente a la producción de cualquier daño que el individuo no estaba en la obligación de soportar. Así, se ha identificado, que el legislador puede limitar las reparaciones económicas; empero, lo que ha determinado como el núcleo esencial de la reparación, debe garantizarse al punto de volver al perjudicado a la situación anterior a la violación. En otras palabras, la indemnización puede ser objeto de limitaciones, no así las medidas de satisfacción y rehabilitación.

Por ello, las medidas de reparación que no tienen un contenido económico, deberían proceder en el medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad, ya que los daños que se producen en este ámbito van más allá del perjuicio económico que padece el individuo y deben estar encaminadas a la restauración de la dignidad, entendida ésta como la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida, bajo el ámbito de la autonomía.

Por ello, resulta relevante que la honra y el buen nombre sea restaurado para que la comunidad reincorpore a la sociedad al individuo que en virtud de la medida de aseguramiento, fue etiquetado y aislado.

Sin estas medidas de reparación que componen el núcleo esencial del derecho, el Estado estaría incumpliendo en cierta medida las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos de los individuos del territorio, de conformidad con los acuerdos asumidos ante la Comunidad de Naciones.

BIBLIOGRAFÍA

Acevedo, D. (1992). Relación entre el derecho internacional y el derecho interno. *En: Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio-diciembre, No. 16, 53-82.*

Amaya, J. (2016). El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales. En L. Arcaro, *Diálogo entre Cortes* (pág. 495). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arango, O. M. (s.f.). *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Obtenido de <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>

Arce, J. p. (2013). Estándares internacionales en materia de reparación integral. Su devenir y ejecución en el conflicto colombiano. *Ciencias Humanas* , 69-81.

Ariza, L. &. (2011). *Los muros de la infamia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. *Resolución 217 A (III)*. Paris: Recuperado de [<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>].

Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Resolución 2200 A (XXI)* . Nueva York: Recuperado de [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].

Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 2005). y *directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Bandeira, G. (15 de octubre de 2017). *El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.255-274.pdf

Brotons, R. A. (2007). *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Buergenthal, T. (2003). *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bustos, J. (1990). *Abolicionismo del sistema penal*. Bogotá: Temis.

C-010 (Corte Constitucional. MP. Alejandro Martínez Caballero 2010).

C-067 (Corte Constitucional. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra 4 de febrero de 2003).

C-1149 (Corte Constitucional. MP. Jaime Araujo Rentería 31 de octubre de 2001).

C-161 (Corte Constitucional. MP. Luis Ernesto Vargas Silva 7 de abril de 2016).

C-163 (Corte Constitucional. MP. Fabio Moron Díaz 23 de febrero de 2000).

C-191 (Corte Constitucional. MP. Fabio Morón Díaz 1998).

C-225 (Corte Constitucional. MP. Alejandro Martínez Caballero 1995).

C-228 (Corte Constitucional. MP. Manuel José Cepeda Espinosa 3 de abril de 2002).

C-277 (Corte Constitucional. MP. Vladimiro Naranjo Mesa 3 de junio de 1998).

C-295 (Corte Constitucional. MP. Carlos Gaviria Díaz 1993).

C-344 (Corte Constitucional. MP. Alejandro Linares Cantillo 24 de mayo de 2017).

C-401 (Corte Constitucional. MP. Manuel José Cepeda Espinosa 14 de abril de 2005).

C-406 (Corte Constitucional. MP. Jaime Araujo Rentería 25 de mayo de 2006).

- C-715 (Corte Constitucional. MP. Luís Ernesto Vargas Silva 13 de septiembre de 2012).
- C-037 (Corte Constitucional. MP. Vladimiro Naranjo Mesa 5 de febrero de 1996).
- C-163 (Corte Constitucional. MP. Jaime Córdoba Triviño 20 de febrero de 2008).
- C-398 (Corte Constitucional. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 18 de mayo de 2011).
- C-469 (Corte Constitucional. MP. Luís Ernesto Vargas Silva 31 de agosto de 2016).
- C-695 (Corte Constitucional. MP. Nilson Pinilla Pinilla 9 de octubre de 2013).
- C-695 (Corte Constitucional. MP. Nilson Pinilla Pinilla 9 de octubre de 2013).
- C-774 (Corte Constitucional. MP. Rodrigo Escobar Gil 25 de julio de 2001).
- C-774 (Corte Constitucional. MP. Rodrigo Escobar Gil 25 de julio de 2001).
- C-805 (Corte Constitucional. MP. Eduardo Montealegre Lynett & Manuel José Cepeda Espinosa 1 de octubre de 2002).
- C-879 (Corte Constitucional. MP. Humberto Antonio Sierra Porto 22 de noviembre de 2011).
- SU-254, Expedientes T-2.406.014 y acumulados (Corte Constitucional. MP. Luis Ernesto Vargas Silva 24 de abril de 2013).
- T-291 (Corte Constitucional. MP. Alberto Rojas Ríos 2 de junio de 2016).
- T-569 (Corte Constitucional. MP. Carlos Gaviria Díaz 1999).
- Calderón, J. (2013). *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. México: Fundación Konrad Adenauer.
- Capellá, M. (2005). *La tipificación internacional de crímenes contra la humanidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cárdenas Poveda, M. (2014). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte IDH en las sentencias del Consejo de Estado Colombiano. *Opinión Jurídica*.
- Cárdenas, M. (2012). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano. *Opinión Jurídica*, 120-165.

Caso Apitz Barbera y Otros Vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de agosto de 2008).

Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de febrero de 2001).

Caso 19 comerciantes Vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de julio de 2004).

Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de febrero de 2006).

Caso Almonacid Arellano Vs Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2016).

Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam (Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de septiembre de 1993).

Caso Benavides Cevallos Vs Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de junio de 1998).

Caso Boyce y otros Vs Barbados (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2007).

Caso Caballero Delgado y María del Carmen Santana Vs Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de diciembre de 1995).

Caso Cantoral Benavides Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de agosto de 2000).

Caso Cantuta Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de noviembre de 2006).

Caso Factory at Chorzów fond, arret No 13, Serie A No. 17 (Corte Internacional de Justicia 1928).

Caso Godínez Cruz Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de julio de 1989).

Caso González y otras (Campo algodonerero Vs México) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de noviembre de 2009).

Caso Juan Humberto Sánchez Vs Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de junio de 2003).

Caso Las Palmeras Vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de noviembre de 2002).

Caso Loayza Tamayo Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de septiembre de 1997).

Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de abril de 2004).

Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2003).

Caso Neira Alegría Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de enero de 1995).

Caso Pacheco Teruel Vs Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012).

Caso Suárez Rosero Vs Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de noviembre de 1997).

Caso Tibi Vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de septiembre de 2004).

Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2006).

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de julio de 1998).

Caso Zegarra Marín Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de febrero de 2017).

Castells, M. (2000). Globalización, Estado y Sociedad Civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos. *Isegoria*, 5-17.

Comisión Colombiana de Juristas. (2007). *Principios Internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá: Opciones Gráficas Editores.

Comité de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas. (26 de mayo de 2004). *Observación General No. 31*. Obtenido de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPpRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoq>

%2FhW%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRATdbWLgyA1RX6IE1VC%2FXrdwy1JEojEGK4mF1mRwn5H9lw%3D%3D

Congreso de la República. (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Imprenta Nacional.

Congreso de la República. (07 de marzo de 1996). Ley 270. *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 42745 de Marzo 15 de 1996.

Congreso de la República. (31 de 08 de 2004). Ley 906. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004.

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1 de octubre de 1999). *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99*. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f). Control de convencionalidad. *Cuadernillo de la Jurisprudencia*, 1-25.

Corte Internacional de Justicia. (1945). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Obtenido de <http://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>

Crocker, J. (1998). Social Stigma. En S. Fiske, *Handbook of Social Psychology*. Nueva York: McGraw Hill.

Cubides Molina, J. G. (2016). Reparaciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. *Razón Crítica*, 52-91.

De la Cuetara, J. (1983). *La actividad de la administración*. Madrid: Tecnos.

Del Toro, M. I. (2006). El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de México*, 513-549.

Diez de Velasco, M. (1976). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Técnos. Tomo 1.3ª Edición.

Fastenrath, U. (1993). Relative Normativity in International Law. *European Journal of International Law*, No. 4.

Faundez, H. (2004). *El sistema interamericano de protección de derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

García, S. (2005). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Gil, B. E. (2013). *Responsabilidad del Estado por la Administración de Justicia*. Bogotá: Tems.

Goffman, E. (1986). *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*. Nueva York: Simon & Schuster.

Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Fundación Konrad Adenauer.

Jiménez de Arechaga, E. (1976). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Técno. Tomo I.

López, D. y. (enero-junio de 2008). La armonización del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho penal colombiano. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. No. 12, 300-333.

López, D. y. (2008). La armonización del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho penal colombiano. *Revista Colombiana de Derecho Internacional (en línea)*, 45-67.

Lora, E. (2007). *Breve panorama de las reformas judiciales en América Latina: objetivos, desafíos y resultados*. Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial y Mayol Ediciones.

Nash Rojas, C. (2009). *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Andros .

Observatorio del Sistema penal y los derechos humanos de la Universidad de Barcelona. (2008). *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*. Barcelona: Icaria.

Organización de Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Organización de Estados Americanos. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Recuperado de [<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>].

Organización de Estados Americanos. (7 al 22 de noviembre de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos . *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Recuperado de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

Organización de Estados Americanos. (7 al 22 de noviembre de 1969). *Convención Americana de Derechos Humanos* . Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Pérez, C. (2013). Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho. *Revista Mexicana de Sociología No 75*, 287 a 311.

Pérez, W. (2016). El impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en la reparación a víctimas de graves violaciones a derechos humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 161-177.

Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. A. (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (págs. 163-171). Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto.

Pulido, C. B. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ramírez, B. G. (2007). Globalización, paz y derecho internacional. En C. G. Ramirez, *El Derecho en el contexto de la globalización* (págs. 309-349). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rincon Plazas, E. R. (2013). ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: Definición, clasificación, perspectiva y alcances. *Revista Ius ad Veritatem*, 197-214.

Rousset, A. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 59-79.

Sentencia Rad. 12.076 (Consejo de Estado. Sección Tercera 14 de marzo de 2002).

Sentencia Rad. 12555 (Consejo de Estado, Sección Tercera 10 de agosto de 2001).

Sentencia Rad. 13038 (Consejo de Estado. Sección Tercera 4 de mayo de 2002).

Sentencia Rad. 13168 (Consejo de Estado, Sección Tercera 4 de diciembre de 2006).

Sentencia Rad. 13449 (Consejo de Estado. Sección Tercera 2 de mayo de 2002).

Sentencia Rad. 15.463. (Consejo de Estado, Sección Tercera 2 de mayo de 2007).

Sentencia Rad. 16996 (Consejo de Estado 20 de febrero de 2008).

Sentencia Rad. 17.534 (Consejo de Estado, Sección Tercera 23 de abril de 2008).

Sentencia Rad. 20942 (Consejo de Estado, Sección Tercera 6 de abril de 2011).

Sentencia Rad. 25.508 (Consejo de Estado, Sección Tercera 25 de febrero de 2009).

Sentencia Rad. 29273 (Consejo de Estado, sección tercera 19 de octubre de 2007).

Sentencia Rad. 29764 (Consejo de Estado, Sección Tercera 21 de noviembre de 2013).

Sentencia Rad. 32988 (Consejo de Estado, Sección Tercera 28 de agosto de 2014).

Sentencia Rad. 44333 (Consejo de Estado, sección tercera 9 de julio de 2014).

Sentencia Rad. 44333 (Consejo de Estado, Sección Tercera 9 de julio de 2014).

Sentencia Rad. 18370 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, MP. Mauricio Fajardo Gómez 9 de junio de 2010).

Sentencia Rad. 13339 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, MP Alier Eduardo Hernández Enríquez 5 de diciembre de 2005).

Sentencia Rad. 19283 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, MP Dr. Enrique Gil Botero 09 de junio de 2010).

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de julio de 1988).

Torres, A. (1999). Reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Privado No. 4*, 151-175.

Uprimny, R. (2009). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

UPRIMNY, R. (s.f.). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. Obtenido de <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

Valencia, D. (s.f.). La soberanía como autonomía constitucional en el Siglo XXI. La Corte Constitucional colombiana como intérprete del orden jurídico nacional e internacional.

Weil, P. (1983). ¿Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law No. 77*, Traducción libre.

Younes, D. (2005). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.

Zamora, L. L. (2007). Reflexiones en torno a la reparación por satisfacción ante violaciones de normas de protección de derechos humanos y su relación con la teoría general de la responsabilidad internacional del Estado. *Int'l. L. No. 23*, 166-194.