



Cuadernillo de Semillero de Derecho Internacional de
Derechos Humanos

Publicación de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta

Vol. 2, N°1, Marzo - Septiembre – de 2014



**Cuadernillo de Semillero de Derecho
Internacional de Derechos Humanos**

Es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la
Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta

ISSN 2346-2833

Vol. 2, N° 1, marzo - septiembre de 2014

Presidente de la Honorable Asamblea de Corporados

Hernán Moreno Pérez

Rector

Juan Carlos Trujillo Barrera

Vicerrector de Investigación

José Saúl Trujillo González

Vicerrector de Extensión y Comunicaciones

Luis Fernando Ospina Vanegas

Vicerrector Académico

Carlos Mario Ramírez Betancur

Decana Facultad de Derecho

Luz Elena Mira Olano

Dirección y contactos

Calle 75 sur 34 – 120

Teléfono: 301 18 18 ext. 106

Vicerrectoría de Investigación

direccion.investigaciones@unisabaneta.edu.co

Solicitud de canje y/o donación

Biblioteca

Teléfono: 3011818 ext. 152

E-mail: biblioteca@unisabaneta.edu.co

Fecha de publicación: mayo de 2014

Tiraje: 1000 (distribución gratuita)

**Tarifa Postal Reducida Servicios Postales Nacionales
S.A. N° 2014 – 658 4-72, vence 31 de Dic. 2014.**

Editor

José Saúl Trujillo González
Vicerrector de Investigación

Comité Editorial

Carlos Mario Ramírez Betancur

Magister Ecoauditorías y Planificación empresarial
UICN – Málaga

Luis Fernando Ospina Vanegas

Comunicador Social – Periodista
Pontificia Universidad Javeriana
Carlos Mario Ramírez Betancur

Luz Elena Mira Olano

Abogada, Magister en Derechos Humanos
y Democracia y Derecho Internacional
Universitat Oberta de Catalunya

Víctor Hugo Marín Torres

Bibliotecólogo,
Universidad de Antioquia

Evaluadores

Jessica Barrios Ramírez

Abogada-Especialista en docencia universitaria
Fundación Universitaria Luis Amigó

Juan Esteban Montoya H.

Abogado
Corporación Universitaria de Sabaneta

Juan Rodrigo Vega Henao

Abogado – Magister en medio ambiente y desarrollo
Universidad Nacional de Colombia

Lina Marcela Acevedo Correa

Abogada – Magister en Derecho
Universidad de Medellín

Los artículos son responsabilidad moral de los autores y, por tanto,
no comprometen ni legal, ni moralmente, a la Corporación Universi-
taria de Sabaneta, Unisabaneta.

Diseño, diagramación e impresión:

Editorial Artes y Letras S.A.S.

Teléfono: 372 77 16

Ciudad: Itagüí



Esta obra está bajo una licencia de
Creative Commons Reconocimiento -No Comercial –
Sin Obra Derivada 3.0 Unported.

Misión

La Corporación Universitaria de Sabaneta -UNISABANETA- es una institución emprendedora y de innovación, para la construcción y transferencia del conocimiento, desde el orden local y regional, con perspectiva social de su extensión y comprometida con la construcción de un país más pacífico, más justo, más solidario y con una conciencia social y ecológica.

Visión

La Corporación Universitaria de Sabaneta -UNISABANETA-, se propone ser reconocida como una institución emprendedora, con programas de excelencia para la construcción de un país caracterizado por la paz, la inclusión, la justicia y la conciencia social y ecológica.

Valores Institucionales

Verdad

En la medida en que el hombre conoce advierte que sus “verdades” anteriores no eran tales. Por eso para la Corporación Universitaria, la ciencia debe convertirse en el descubrimiento constante de los errores, pues la educación tiene un inevitable compromiso con la verdad en los distintos campos del saber, lo cual habilita al hombre para construir su mundo y desempeñarse adecuadamente en él con fines trascendentes próximos o remotos.

Bien común

Porque se trata de un valor que involucra todos los demás y permite asegurar la paz, el orden y la armoniosa convivencia humana, lo que es pilar fundamental de la misión de la Corporación Universitaria, esta reconoce que el hombre tiene que vivir en relación con sus semejantes y en medio de ellos progresar, pues el bien de todos se constituye en garantía de supervivencia y en requisito para la plena formación humana.

Honestidad

La Corporación Universitaria, en todos sus componentes se debe distinguir por la rectitud, el decoro y la honradez en las actividades que demanda el proceso educativo en todas sus dimensiones: administración, finanzas, academia, relaciones corporativas, investigación, bienestar y proyección.

Justicia

En la Corporación Universitaria, la justicia es un asunto de cada uno y de todos. Si, como es acertado, la cultura hace al hombre, la cultura de la justicia lo perfecciona. Por ende, la educación que forma al hombre le debe enseñar prioritariamente a ser justo, entre otras cosas siendo ella misma generadora y dadora de justicia.

Dignidad humana

Para la Corporación Universitaria la dignidad humana arranca por reconocer en cada quien su condición esencial de hombre que reclama un contexto existencial y pasa siempre por el trato correspondiente y proporcionado al mérito individual, para bien del género; trato que se debe dispensar en todos los ámbitos del ser y en todas las circunstancias históricas.

Solidaridad

Siendo la Corporación Universitaria una pieza importante de la sociedad y constituyéndose ella misma en una comunidad académica y de servicios, se debe constituir en promotora y paradigma de las causas ajenas y de las empresas sociales.

Presentación



Uno de los fenómenos más relevantes de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la interacción permanente que debe existir entre los postulados internacionales y las disposiciones internas de los Estados, lo cual exige articular esfuerzos desde distintos ámbitos, entre ellos la formación en Derechos Humanos pensada como una herramienta incuestionable, para lograr conjugar nuevos planteamientos en el marco del litigio estratégico, que conlleve a una efectiva protección de los derechos inherentes al ser humano. En este contexto se debe advertir, que la lucha por construir una realidad social respetuosa de estos Derechos no se puede concebir por terminada, ante los nuevos retos a los que se enfrentan las sociedades actuales.

Unisabaneta comprometida con la investigación formativa y científica apoya incondicionalmente los procesos de formación, enfocados desde un punto de vista que privilegia no solo lo conceptual, sino también la posibilidad de abrir e impulsar la intervención efectiva del estudiante del Derecho en el contexto latinoamericano.

La presente publicación es fruto del proyecto de investigación: “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus Mecanismos De Protección”, desarrollado por el semillero de investigación en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de Unisabaneta, a través del cual, se realizó el análisis y compilación de algunos pronunciamientos de Tribunales nacionales e internacionales en la discusión y solución de casos contenciosos que enriquecen el ámbito de protección de los Derechos Humanos. Las temáticas abordadas tienen una especial relevancia, por la actualidad nacional e internacional, entre los cuales se encuentra el derecho a la libertad de expresión, desde los estándares internacionales de protección hasta los criterios establecidos para su restricción. El principio de reparación integral en la jurisprudencia del Consejo de Estado. El territorio ancestral de las comunidades indígenas y tribales y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tratamiento jurídico de los delitos de lesa humanidad, el clamor de un control de convencionalidad. El derecho a la vida: Una garantía para ejercer los demás derechos inherentes al ser humano.

Es así, como ofrecemos a la comunidad académica este Cuadernillo de Semillero de Derecho Internacional de Derechos Humanos y lo animamos a considerarlo como un digno altavoz en lo que concierne a la protección efectiva de las garantías fundamentales y la puerta abierta que propone la intervención idónea de jóvenes formados en la enseñanza del “nuevo Derecho”.

Contenido

El buen uso de la libertad de expresión: desde su protección hasta los criterios establecidos para su restricción	7
El principio de reparación integral en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	15
El territorio ancestral de las comunidades indígenas y tribales y el derecho internacional de los derechos humanos.....	28
Tratamiento jurídico de los delitos de lesa humanidad, el clamor de un control de convencionalidad.....	34
El derecho a la vida: una garantía para ejercer los demás derechos inherentes al ser humano	40

El buen uso de la libertad de expresión: desde su protección hasta los criterios establecidos para su restricción

María Eugenia Présiga Osorio
Daniela Tabares Atehortúa¹

“Y conoceréis la verdad, y la verdad os hará libres. Que haciendo bien, hagáis callar la ignorancia de los hombres insensatos; como libres, pero no como los que tienen la libertad como pretexto para hacer lo malo, sino como siervos de Dios”.

(Juan 8; 32. 1 Pedro 2; 15-16).

RESUMEN

El derecho a la libertad de expresión ha tenido grandes transformaciones, gracias al impulso que las democracias constitucionales han otorgado a este derecho, que si bien es cierto no es absoluto, goza de unos estándares internacionales para su protección, que gracias a la jurisprudencia del Tribunal Interamericano han sido incluidos en las agendas de los gobiernos latinoamericanos. Los avances en materia de libertad de expresión son notables, muestra de ello es la incorporación de su protección y exhortación al buen ejercicio de este derecho en las constituciones y legislaciones de los sistemas jurídicos internos de la región.

En el presente artículo se abordará lo concerniente a los avances logrados en materia de libertad de expresión, se enunciarán los criterios establecidos para su restricción, así como los retos actuales y la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión.

PLABRAS CLAVES: Libertad de expresión, estándares internacionales, doble dimensión, restricciones, derecho a la información.

1. Estudiantes de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta-UNISABANETA. Integrantes del Semillero de Investigación en Derecho Internacional de Los Derechos Humanos, Coordinado por la Doctora Luz Elena Mira Olano.

ABSTRACT

The Right to Freedom of Expression has had a lot of changes, thanks to the impetus constitutional democracies have granted this right, although it is not absolute, enjoys some international standards for protection, thanks to the Interamerican Tribunal jurisprudence they have been included in the agendas of Latin American governments.

Progress on Freedom of Expression are notable examples. Proof of that is the incorporation of protection and encouragement to the good performance of this law in the constitutions and laws of the domestic legal systems of the region.

This article is concerned about the progress made and the criteria for its restriction, will be addressed as well as current challenges, and the double dimension of the Right to Freedom of Expression will be stated.

KEYWORDS: Freedom of Expression, International Standards, two dimensions, constraints, Right to Information.

Introducción

El derecho a la libertad de expresión se encuentra protegido en la gran mayoría de instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, prueba de ello es el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (En adelante CADH), el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así mismo ha sido incorporado en el art. 20 de la Constitución Política de Colombia. Por lo cual se puede aseverar que se trata de un Derecho particularmente importante para el fortalecimiento, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos, tal y como lo ha establecido en reiteradas ocasiones los pronunciamientos de Tribunales Internacionales, propiamente los órganos del Sistema Interamericano.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, “los países que participaron en la Fundación de las Naciones Uni-

das reconocieron la libertad de expresión como uno de los valores democráticos fundamentales, indispensables para la coexistencia pacífica entre las naciones; fue así como esa libertad obtuvo el más alto reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 al ser incluida en su preámbulo como una de las cuatro libertades esenciales al fin de que “los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-5, propiamente en su párrafo 70, afirma que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”, lo que lleva a ratificar que la libertad de expresión es un derecho inherente al ser humano en beneficio propio y en pro del bienestar de los demás, gracias a su doble dimensión, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a fundar o a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”³.

De ahí que este derecho se conciba desde una esfera individual y colectiva, es decir, que en lo individual implica la potestad de cada persona de expresar sus pensamientos, como la de buscar y difundir información de todo tipo, a través de los diferentes medios. Su dimensión colectiva incluye el derecho de recibir, así como el derecho a difundir la información y las ideas. Por lo cual se desprende que el derecho a la libertad de expresión ampara el derecho a utilizar los medios de comunicación y difusión y el derecho de la sociedad a contar con los medios de comunicación libres, independientes y plurales, que le permitan acceder a la mayor y más diversa información, en otras palabras, los medios de comunicación, y en especial los medios de comunicación audiovisual, desempeñan una función esencial para garantizar la libertad de expresión de las personas, en tanto sirven para difundir los propios pensamientos e informaciones y al mismo tiempo, permiten acceder a las ideas, informaciones, opiniones y manifestaciones culturales de otras personas⁴.

2. Artículo publicado en “el correo de UNESCO”. Marzo 1194. Año XLVII. Pág. 18 a 22 por Helen Derbishire.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.

4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estándares de Libertad de Expresión para una radiodifusión libre e incluyente. 2010.

La Corte Interamericana de DDHH, en el caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica*⁵, analizó el artículo 13, libertad de pensamiento y de expresión, de la CADH, en cuanto a: “1) El contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; 2) la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática; 3) el rol de los medios de comunicación y del periodismo en relación con la libertad de pensamiento y de expresión, y 4) las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática. Donde se deja ver que el derecho a la libertad de expresión es fundante en el ser humano pero a beneficio de una sociedad, este derecho sin su carácter colectivo, sufre per se una desintegración en su esencia. Tal y como lo expresó Voltaire: “No estoy de acuerdo con lo que usted dice pero defenderé hasta la muerte su derecho a decirlo”, es clara la necesidad que tiene el hombre de expresar lo que piensa, en un marco de tolerancia, no obstante se debe tener en cuenta que la titularidad de este Derecho lleva consigo un deber claro, consistente en no abusar de su ejercicio en perjuicio de otros.

1. La Protección del Derecho a la Libertad de Expresión en Latinoamérica

1.1 Características del Derecho a la Libertad de Expresión

La jurisprudencia del Sistema Interamericano ha establecido que el marco jurídico interamericano otorga un alto valor a la libertad de expresión, porque está inmerso en un concepto amplio de la autonomía y la dignidad de las personas, aunado al valor instrumental de la libertad de expresión para el ejercicio de los demás Derechos Fundamentales, como función esencial dentro de los regímenes democráticos. Es por ello que este Derecho Humano muestra una triple función en el sistema democrático:

- La oportunidad concedida a cada una de las personas garantes del derecho de libertad de expresión, a pensar y hablar desde su propio punto de vista, es decir, es libre para opinar, dar su propio razonamiento o interpretación, sin necesidad de estar en lo correcto, en tal sentido lo que interesa es que al expresarse se sienta libre y desarrolle su potencial, que conduce a la expansión de la crítica.
- La importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los derechos humanos⁶, se deriva también de su relación estructural con la democracia⁷. Esta relación, ha sido calificada por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos como “estrecha”, “indisoluble”, “esencial” y “fundamental”, cuyo propósito es fortalecer el funcionamiento de los sistemas democráticos pluralistas y deliberativos, mediante la protección y el fomento de la libre circulación de la información, ideas y expresiones de toda índole⁸.
- La libertad de expresión es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales⁹. En palabras de la CIDH, “la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma”¹⁰.

La titularidad del derecho a la libertad de expresión también involucra el derecho de acceso a la información y de acuerdo a la interpretación que le ha dado la CIDH, a través de la Relatoría Especial y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éste Derecho comprende la obligación positiva en cabeza del Estado de permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.
 6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad Expresión Pág. 3. Párr. 8.
 7. Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, Párr. 70; Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y Otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N| 151, párr., 85.
 8. CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Transcritos en: Corte I.D.H. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N| 74, párr. 143. d); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.
 9. Relatoría Especial para la Libertad Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pág. 4. Pár. 9
 10. CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev.17 de febrero de 1995.

poder¹¹, también ha sido considerado una herramienta fundamental para el control ciudadano del funcionamiento del Estado y la gestión pública, en especial para el control de la corrupción. Al respecto la Corte Interamericana ha establecido:

“(…) el libre acceso a la información es un medio para que, en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerza sus derechos políticos; en efecto el pleno ejercicio del derecho a la información es necesario para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal, permitiendo un debate público sólido e informado que asegure la garantía de recursos efectivos contra los abusos gubernamentales. Sólo a través del acceso a la información bajo control del Estado que sea de interés público es que los ciudadanos pueden cuestionar, indagar y considerar si se está dando cumplimiento adecuado a las funciones públicas”¹².

1.2 Principios rectores del derecho de acceso a la información

El interés suscitado en la comunidad internacional para llevar a cabo una protección integral del derecho a la libertad de expresión y del acceso a la información, de manera que se logre garantizar el ejercicio de éstos, conllevó a la aprobación de los principios rectores del derecho de acceso a la información, los cuales exhortan a la gestión estatal a regirse principalmente por los principios de máxima divulgación y buena fe. El primero direccionado a proteger la búsqueda, recepción y difusión de informaciones, a su vez ordena diseñar un régimen jurídico direccionado por la transparencia como regla general, donde las excepciones sean limitadas, favoreciendo el derecho de acceso a la información. De igual forma insta a los funcionarios a motivar las decisiones que resulten negativas, invirtiendo la carga de la prueba al Estado, quien es el encargado de demostrar que la información solicitada no puede ser revelada. Por último,

este principio de máxima divulgación establece que ante el surgimiento de alguna duda, debe primar el derecho de acceso a la información en cabeza de la persona que eleva la solicitud.

Respecto de los límites al acceso a la información, la Corte Interamericana ha resaltado que el principio de máxima divulgación “establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones”¹³, las cuales deben estar “previamente fijadas en la ley interna del Estado, responder a un objetivo que se encuentre permitido por la CADH, ser necesarias en una sociedad democrática y orientadas a satisfacer un interés público imperativo”¹⁴.

De igual forma se ha establecido la preeminencia del Derecho de acceso a la información en caso de conflicto entre disposiciones internas o a falta de regulación, lo que conlleva a los Estados democráticos al cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación, consagrados en los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, mediante la Ley 16 de 1972.

En cuanto al Principio de Buena Fe, conlleva a los sujetos a actuar bajo esta premisa, es decir, obliga a que en el momento de interpretar la ley, se cumpla con los fines perseguidos por el derecho al acceso a la información, de manera que se pueda garantizar la estricta aplicación del derecho, se proporcionen las herramientas necesarias a los solicitantes, se promueva una cultura de la transparencia, coadyuvando al fortalecimiento del bienestar general, incrementando la confianza de las personas en la gestión estatal.

1.3 Doble dimensión: individual y colectiva de la libertad de expresión

La jurisprudencia interamericana, ha expresado que la libertad de expresión se caracteriza por ser un derecho con dos dimensiones, individual, como el derecho de cada persona a expresar sus pensamientos, ideas e informaciones y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho que se encuentra en cabeza de la sociedad, que tiene como objetivo divulgar y recibir

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de Septiembre 19 de 2006.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de Septiembre 19 de 2006. Párr. 86 y 87.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia de Noviembre 24 de 2010. Párr. 230.

14. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palmara Iribarne vs. Chile, sentencia de noviembre 22 de 2005. Párr. 85

cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos,¹⁵ a procurar y recibir cualquier información, y a estar debidamente informada¹⁶. Por cual se evidencia a través de esta doble dimensión, un medio idóneo para el intercambio de ideas, facilitando la comunicación masiva entre los individuos, por lo que la Corte Interamericana ha precisado que para el ciudadano común es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otras personas, como el derecho a difundir las propias creencias e informaciones¹⁷, así mismo se ha hecho un especial énfasis en que un acto de expresión involucra ambas dimensiones, por lo cual, “una limitación del Derecho a la libertad de expresión afecta al mismo tiempo el derecho de quien quiere difundir una idea o una información y el derecho de los miembros de la sociedad a conocer esa idea o información”¹⁸.

1.4 Modalidades expresivas protegidas por el derecho a la libertad de expresión

El Sistema Interamericano protege de manera especial algunas modalidades expresivas, las cuales dependiendo de la calidad de las personas que las pronuncien, será su nivel de protección. Al respecto, en principio, toda forma de expresión se encuentra abarcada en la protección que emana del artículo 4º la Declaración Americana y el artículo 13 de la CADH. No obstante, algunas formas en que se manifieste esa expresión, han sido objeto de un tratamiento especial por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, es así como se han establecido formas o tipos de expresión protegidas, a saber:

- a. La expresión oral, escrita e impresa en el idioma que se elija,
- b. La expresión simbólica o artística en cualquier forma que ésta se manifieste,
- c. La difusión de ideas, pensamientos, opiniones, relatos, información u otras formas de expresión, por cualquier medio de comunicación.

- d. La búsqueda, obtención y recepción de información.
- e. La posesión de informaciones o materiales expresivos, impresos o en cualquier otra forma susceptible de tenencia, su transporte y su distribución.

Desde otra perspectiva, la Corte Interamericana ha establecido que en principio todos los discursos están protegidos, sin tener en cuenta su contenido o la aceptación pública o privada. En consecuencia conlleva al Estado a ostentar una obligación de neutralidad ante los contenidos y como consecuencia de la necesidad de garantizar que en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público. Esa presunción general de cobertura tiende a proteger no sólo la difusión de las ideas e informaciones que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también de las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población, puesto que así lo exigen los principios del pluralismo y tolerancia propios de la democracia¹⁹. Sin embargo, ciertos discursos prohibidos por los instrumentos internacionales no están cubiertos por el derecho de la libertad de expresión. En este sentido, los Estados deben prohibir de manera expresa los discursos de odio, de apología a la violencia, de incitación a cometer genocidio u otro crimen de lesa humanidad, así como aquellos que propaguen o difundan la pornografía infantil.

Ahora bien, dentro de la protección otorgada a ciertas modalidades expresivas, se debe tener en cuenta que existen algunos discursos que gozan de un nivel especial de protección, debido a su relevancia crítica para la efectividad de la democracia y para la garantía de los demás derechos fundamentales en cabeza de las personas. “Se trata del discurso político y sobre asuntos de interés público, del discurso sobre funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos y de los discursos que configuran elementos fundantes de la identidad o

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N° 177, par. 53

16. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151, párr. 75.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de Febrero 6 de 2001. Párr. 148.

18. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 11/96. Caso 11.230. Francisco Martorell.

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.

la dignidad personal”²⁰. Frente a estos discursos se ha establecido una presunción de cobertura más fuerte, es decir, la motivación o justificación de la restricción es mucho más estricta.

2. Criterios para restringir el Derecho a la Libertad de Expresión

Como se estableció al principio de este artículo, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, es decir, es susceptible de limitación o restricción, siendo ésta una medida excepcional, siempre y cuando confluyan unos criterios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia del citado Tribunal ha desarrollado los requisitos que deben cumplir las limitaciones estatales a éste derecho, así mismo establece ciertos tipos de restricción que no son permitidas por el Sistema Interamericano. Ahora bien, para que una restricción o limitación a la libertad de expresión sea compatible con los instrumentos y jurisprudencia internacionales, se exige lo siguiente:

- a. Que sea definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material²¹;
- b. Que persiga objetivos autorizados por la Convención²².
- c. Que se a necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue²³, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida²⁴ e idónea para conseguir tales objetivos²⁵.

Concomitante con lo anterior, se ha establecido que ciertos tipos de limitación son contrarios a la CADH, de

allí que las limitaciones impuestas no pueden equivaler a censura²⁶, por lo cual han de ser establecidas mediante responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo del Derecho²⁷, no pueden ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios²⁸, no se pueden imponer a través de mecanismos indirectos de restricción y deben ser excepcionales²⁹. Estas restricciones deben ser las menos costosas y en ningún momento se pueden imponer medidas desproporcionadas.

En varias oportunidades la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado la responsabilidad de los Estados por actuaciones de particulares, cuando se han producido restricciones indirectas a la libertad de expresión, por faltar en su deber de garantía ante un riesgo real e inmediato, que resulte previsible y evitable, cuando se impida la comunicación de ideas y opiniones.

2.1 Aspectos que se deben tener en cuenta para limitar el derecho de acceso a la información

Para que una restricción sea acorde a la CADH, debe dar cumplimiento a lo consagrado en el artículo 13.2, es decir cumplir con los requisitos establecidos supra. Adicional a aquellos, el principio 4 de la Declaración de Principios para la Libertad de Expresión, consagra que “el acceso a la información sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar previamente establecida en la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”. Para tal evento es el Estado el que debe probar que esta limitación se hizo acorde a los estándares establecidos.

La Corte Interamericana asevera que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a la infor-

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de Febrero 1 de 2006. Párr. 171.

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.

22. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palmara Iribarne vs. Chile, sentencia de noviembre 22 de 2005.

23. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.

24. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Informe anual de 1994. Capítulo V

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia de noviembre 20 de 2009. Párr. 49.

26. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de agosto 31 de 2004.

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia de Enero 28 de 2009. Párr. 349.

28. Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N°. 177.

mación bajo control del Estado, a través de la práctica de las autoridades y sin cumplimiento de los requisitos establecidos: a) crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de informaciones como secretas, reservadas o confidenciales. b) genera inseguridad jurídica respecto del ejercicio de dicho derecho y c) genera inseguridad jurídica sobre el alcance de las facultades estatales para restringirlo³⁰.

Si bien es cierto a lo largo de este escrito podemos evidenciar el avance significativo que ha tenido la protección al derecho a la libertad de expresión y Acceso a la Información, aún queda mucho camino por recorrer, tal y como lo ha reseñado la relatoría especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe anual del año 2009, se debe acudir al concepto de “buenas prácticas judiciales”, entendidas como aquellas conductas de los Estados que implican la existencia de objetivos institucionalizados y sostenibles, con niveles de coordinación y concertación, dirigidos a la creación de políticas públicas con resultados verificables en la garantía y protección de los Derechos de las personas, que tiene repercusiones tangibles y mesurables en cuanto a un mayor acceso de la información de los ciudadanos y que puede servir como modelo para que otros funcionarios puedan conocerlas y adaptarlas a un caso específico. La determinación de una buena práctica judicial obedece a un criterio objetivo que tiene en cuenta una adecuación a una disposición normativa o de estándares internacionales previamente establecidos, en aras de cumplir acertadamente con el control de convencionalidad que deben realizar todas las personas que tengan algún vínculo con un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las Buenas Prácticas se estructuran como un “círculo de construcción constante de escenarios de mayor protección de los Derechos de los ciudadanos, de mayor transparencia, de abandono progresivo del secretismo y de conciencia de que las democracias son todo menos poder oculto, que se oculta o que oculta; por el contrario las democracias tienen por esencia la publicidad, la transparencia y la visibilidad”³¹.

BIBLIOGRAFÍA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estándares de Libertad de Expresión para una radiodifusión libre e incluyente. 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad Expresión Pág. 3. Párr. 8.
- Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, Párr. 70; Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y Otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N | 151, párr., 85.
- CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Transcritos en: Corte I.D.H. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N | 74, párr. 143. d); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.
- Relatoría Especial para la Libertad Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pág. 4. Párr. 9
- CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev.17 de febrero de 1995.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de Septiembre 19 de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de Septiembre 19 de 2006. Párr. 86 y 87.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia de Noviembre 24 de 2010. Párr. 230.

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151. Párr. 98.

31. Bobbio Norberto, El Futuro de la Democracia. 2002

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palmará Iribarne vs. Chile, sentencia de noviembre 22 de 2005. Párr. 85
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N°. 177, par. 53
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151, párr. 75.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de Febrero 6 de 2001. Párr. 148.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 11/96. Caso 11.230. Francisco Martorell.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de Febrero 1 de 2006. Párr. 171.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palmará Iribarne vs. Chile, sentencia de noviembre 22 de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Informe anual de 1994. Capítulo V
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia de noviembre 20 de 2009. Párr. 49.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de agosto 31 de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia de Enero 28 de 2009. Párr. 349.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N°. 177.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151. Párr. 98.

El principio de reparación integral en la jurisprudencia del Consejo de Estado

María Jimena Cadavid Martínez¹

“Si bien es cierto eso no recompensa la pérdida de su hijo o de su hermano, sí recompensa el daño moral. Los familiares de Humberto levantaron mucho su autoestima al recibir sus restos en ceremonia pública, presidida por autoridades de alto nivel, y ser acompañados luego a su lugar de origen, donde se produjo un ritual de “cristiana sepultura”. Si todos los procesos de reparación o de cumplimiento de sentencia se fueran cumpliendo, con los representantes legales trabajando con toda esa mística para que la gente se sienta importante, reivindicada moralmente, otra cosa sería. La gente sólo quiere que le devuelvan su dignidad, su paz familiar y que le respeten su dolor interior; nosotros hemos visto que cuando el dolor es respetado, las personas se sienten compensadas”².

1. Introducción

Este texto consiste en un análisis jurisprudencial, normativo y doctrinal sobre la aplicación de los estándares internacionales exigidos en materia de reparación integral por la jurisprudencia del Consejo de Estado. El estudio se enmarca dentro de los lineamientos generales de la Corporación Universitaria de Sabaneta, que enfatiza en la enseñanza, protección y garantía de los derechos humanos. El fin principal es lograr un impacto tanto académico como social, pues actualmente el tema de la reparación de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, en razón del proceso de paz, es coyuntural y, por tanto, amerita una investigación que demuestre cuál es el estado del arte en este campo desde la perspectiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

En esta medida, por medio de la revisión documental de la doctrina, el estudio de las leyes aplicables, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se busca examinar si el Consejo de Estado en su calidad de máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa está aplicando los estándares internacionales exigidos en materia de reparación de víctimas.

-
1. Estudiante de décimo semestre de Derecho, perteneciente al semillero de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de Unisabaneta, bajo la coordinación de la Doctora Luz Elena Mira Olano.
 2. Bertha Oliva, Representante de COFADEH (Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

2. Marco histórico del concepto

Si bien es cierto, la reparación integral es entendida hoy como un principio del derecho internacional de los derechos humanos, no es menos cierto que se trata de una figura jurídica que tiene sus antecedentes en el derecho de las obligaciones civiles.

En materia de derecho privado, desde el derecho romano, existe una idea insipiente de “reparación”, como una consecuencia del incumplimiento de una obligación. El derecho de las obligaciones civiles se sustenta en la postura según la cual las relaciones humanas son de carácter transaccional y recíproco. Cuando en una relación se produce un incumplimiento, la parte que había adquirido una obligación e incurre en tal yerro tiene que “responder” indemnizando a la otra.

Sin embargo, la reparación desde el derecho civil se limitaba a una indemnización o a una simple compensación. Por ello, la historia de la reparación como tal y en su sentido integral tiene su concreción en el derecho público, más exactamente en una de sus ramas, esto es en el derecho internacional de los derechos humanos³.

Durante la Segunda Guerra Mundial surge la inquietud por el tema de la reparación integral de las víctimas. En este momento histórico los Estados y la sociedad en general tenían grandes preocupaciones debido a los atropellos y atrocidades que se estaban cometiendo contra la humanidad. No en vano, en 1945 surge la Organización de Naciones Unidas (ONU), como una organización internacional de estados que se unieron por la paz y la seguridad de los pueblos⁴.

Con la entrada en vigencia de la Carta de la ONU y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se da fortaleza y sustento jurídico al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Documentos Posteriores como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1949), la Convención de Viena de 1969, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), El Estatuto de Roma⁵, entre muchos otros, pretenden realizar ese nuevo ideal de unión de la comunidad internacional con sustento jurídico y político cuyo propósito

principal es lograr la paz mundial y la protección, promoción y garantía de los derechos humanos.

Así pues, las dos grandes guerras y la subsiguiente guerra fría llevan a la comunidad internacional a establecer un consenso en temas como la necesidad de reivindicar una moralidad internacional basada en cláusulas como el respeto a los derechos humanos y la obligación de reparar las violaciones de los mismos y los daños que el estado causa a las personas. Esta moralidad se ve traducida luego en esos documentos con carácter jurídico (convenios, convenciones o tratados), vinculantes para los estados que los suscribieron, que los obliga a adaptar su ordenamiento jurídico interno a los nuevos estándares internacionales.

Todos estos tratados e instrumentos internacionales constituyen entonces los medios jurídicos e históricos que fundan el principio de reparación integral, hasta llegar a la Resolución 60/147 de Naciones Unidas de 2006, la cual contiene 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.

Por su parte, en América, desde la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, pero principalmente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) se da inicio a la época de protección de los Derechos Humanos desde el marco regional-internacional. Han sido la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, en su calidad de órganos principales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), las que han desarrollado el concepto de reparación integral en los casos de violaciones a los derechos humanos.

Desde su primer caso contencioso en 1986, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, el cual resolvió una controversia sobre una desaparición forzada en el marco del conflicto armado desarrollado durante los ochentas en este país, la Corte Interamericana introdujo el concepto de reparación integral en sus sentencias; obligando con ello a los Estados Americanos que han ratificado la Convención Americana y que han reconocido su com-

3. Véase: VERA Piñeros, Diego. “Desarrollo Internacional de un Concepto de Reparación Integral a las Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario: Complementos a la Perspectiva de la ONU”. *Revista Política*, Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia), Vol. 13, No. 2, 739-773, julio-diciembre 2008. Pp. 739-773.

4. Cfr. ONU. Carta de la Naciones Unidas. San Francisco, 25 de abril-26 de junio de 1945

5. Suscrito en 1998, pero entró en vigor el 1º De julio de 2002.

petencia contenciosa a cumplir no solo con una simple indemnización pecuniaria en favor de las víctimas de violación de derechos humanos, sino también con una *restitutio in integrum* o reparación integral. Así en dicha Sentencia estableció la Corte que:

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”⁶.

3. MARCO LEGAL

Dentro de nuestro sistema regional de protección de derechos humanos, el sustento jurídico inicial de la reparación se encuentra en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), según el cual:

Artículo 63

*“1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, 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.” (Subrayado fuera del original).*

Por su parte, el artículo 62.3 otorga competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, para interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención Americana. Además, el artículo 64 le confiere también la posibilidad a la Corte de emitir opiniones consultivas sobre la interpretación y aplicación del citado tratado.

En virtud de estos mandatos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el principio de reparación integral ha emitido jurisprudencia que es

de obligatorio cumplimiento para los Estados Americanos que son parte de la Convención Americana. Jurisprudencia que ha sido de avanzada en tanto ha ampliado lo inicialmente establecido en la CADH, pues en el campo de los derechos humanos existe la cláusula de progresividad y prohibición de regresividad en su protección e interpretación favorable o interpretación *pro homine*⁷.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de manera previa a la Resolución 60/147 de la ONU ha tenido en cuenta y desarrollado el campo de los principios de la reparación integral, los cuales constituyen medidas de reparación que van mucho más allá de una simple indemnización.

Desde su primera sentencia, la Corte Interamericana tuvo en cuenta el principio de derecho internacional, desarrollado por otros organismos como la Corte Internacional de Justicia, según el cual, “toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”⁸. Lo que implica el restablecimiento de la situación anterior -cuando sea posible-, la reparación de las consecuencias, la indemnización, y un conjunto de medidas que permitan “borrar” o restituir el daño causado y las medidas que buscan evitar su repetición.

Actualmente la Resolución 60/147 de la ONU constituye el instrumento internacional dentro del sistema universal de protección de derechos humanos de mayor idoneidad en materia del principio de reparación integral, pues fue creado por la Asamblea General de la ONU con el fin de establecer 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”.

Según el principio número 18:

*“18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una **reparación plena y efectiva**, según*

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de Reparaciones y Costas, 21 de julio de 1989. Párrafo 26.

7. Cfr. Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de Reparaciones y Costas, 21 de julio de 1989. Párrafo 25.

se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

3.1. La Normativa Interna

Para Colombia, en virtud del artículo 93 de nuestra Constitución Política,

“los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

A partir de este artículo la Corte Constitucional, teniendo en cuenta la doctrina internacional, en especial la doctrina francesa, ha adoptado la figura del “bloque de constitucionalidad”, según la cual:

“esta figura jurídica cumple una función trascendental... en la medida en que permite incorporar los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento interno colombiano”.

De este modo, tratados como la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH en tanto organismo guardián e intérprete de la misma, están integrados al nivel de la Constitución misma, es decir, como “norma de normas” (art. 4 C. Pol) o norma fundamental de nuestro Estado.

Ahora bien, en el campo propio del ordenamiento jurídico interno, la primera norma que se debe tener en cuenta, en concordancia con el marco histórico del principio de reparación, es el artículo 2341 del Código Civil, el cual desarrolla el principio de responsabilidad extracontractual en materia civil, haciendo énfasis en la idea de indemnización:

*ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la **indemnización**, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.(negrilla fuera del original)*

La Constitución del 91 además de introducir los tratados internacionales que protegen derechos humanos dentro del orden interno, estatuyó grandes cambios, ejemplo de lo cual es el campo del derecho de daños. El artículo 90 de nuestra carta Magna constituye la carta de navegación en el campo la responsabilidad del Estado cuando causa un daño antijurídico. Esta norma constituye una presunción de causación de daños y una presunción de responsabilidad objetiva. Además de esto, incluye la obligación en cabeza del Estado de reparar por el daño antijurídico causado y por sus consecuencias. El artículo reza:

ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Por su parte, la Ley 446 de 1998, referente a la descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, establece en su artículo 16 que:

ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. 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 los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

De acuerdo con lo cual, los jueces dentro de nuestro ordenamiento jurídico no sólo están obligados a reparar integralmente en virtud de las normas y compromisos

9. UPRIMNY, Rodrigo. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y Nuevo procedimiento penal”. Artículo online, en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

internacionales adquiridos por el Estado, sino también en virtud de la propia constitución y la ley.

4. Delimitación conceptual

Como lo indica el Magistrado del Consejo de Estado, Enrique Gil Botero¹⁰, la palabra reparación, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa:

Acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas. | 2. Desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria. | 3. Acto literario y ejercicio que hacían en las escuelas los estudiantes, diciendo la lección, y en algunas partes, arguyendo unos a otros.

La palabra viene del verbo reparar, que implica enmendar, corregir o remediar, desagraviar, satisfacer al ofendido, restablecer, etc.

En consecuencia, desde un análisis preliminar, el concepto mismo expresa un significado que se relaciona con la satisfacción, el remedio, la restitución y el restablecimiento; las cuales desde el punto de vista jurídico consisten en partes constitutivas de la reparación integral.

Por el contrario, la indemnización que fue y en muchos ámbitos del derecho (como el civil) sigue siendo la manera más común de “reparar”, significa: “resarcir de un daño o perjuicio”; es decir, aunque es una forma de tratar de compensar el daño causado, es muy limitada, en tanto no tiene en cuenta las demás medidas que logran una reparación íntegra o completa del daño.

De este modo,

De acuerdo a los principios internacionales, toda persona que ha sufrido un daño, tiene derecho a la reparación integral, lo cual implica, que sea “proporcional a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido, y comprenderá la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición”¹¹

Para la Corte Interamericana, “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”.¹²

En conclusión, la Corte IDH se ha referido a la reparación integral, en sentido amplio o restitutivo in integrum, como todas aquellas medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y la indemnización. En este sentido, se trata de reparar por los daños: material, inmaterial, patrimonial familiar, al proyecto de vida, y de otorgar diferentes formas de reparación, traducidas en pago de indemnizaciones, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Todos estos conceptos comprenden la reparación integral¹³.

4.1 Las medidas de reparación

Dentro de los estándares internacionales del principio de reparación integral en su calidad de mínimos exigidos por la comunidad internacional, se encuentran las medidas de la reparación, también conocidas como principios y directrices básicas de la reparación integral.

De acuerdo con la normativa del derecho internacional, tales medidas constituyen básicamente: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

La Resolución 60/147 de la ONU al establecer los principios y directrices básicas de la reparación integral, desarrolla y concreta cada una de estas medidas.

Carlos Martín Beristain, resume estas dimensiones de la reparación de la siguiente manera, indicadas en la Resolución citada y desarrolladas por las Corte IDH:

10. Cfr. GIL Botero Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Capítulo II: El daño indemnizable en la Responsabilidad del Estado. 2. Principio de la Integridad o indemnidad en la evaluación del daño en materia de derechos humanos y derechos fundamentales. Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá: 2011. Páginas: 121-151.

11. Theo Van Boven. Relator especial, Naciones Unidas.

12. Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párr. 175

13. JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ -DIANA BRAVO RUBIO. “EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DE REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS MEDIDAS ORDENADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ÉNFASIS EN LA EXPERIENCIA COLOMBIANA”. Documento en formato PDF, Revista Internacional Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. Número de la Publicación: 13, Numero internacional de publicaciones seriadas: versión ISSN 1692-8156, Año: 2008. Pp: 323-362. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420293010>

“El derecho a la reparación está basado en términos morales y legales, a través de una creciente legislación y tratados internacionales que lo apoyan. En ellos se formulan cinco dimensiones que han sido desarrolladas de manera muy amplia por la Corte Interamericana:

- La *restitución*, que busca restablecer la situación previa de la víctima. Incluye, entre otros, el restablecimiento de derechos, el retorno a su lugar de residencia, la devolución de bienes y el empleo.
- La *indemnización* se refiere a la compensación monetaria por daños y perjuicios. Incluye tanto daño material como físico y moral (miedo, humillación, estrés, problemas mentales, reputación)
- La *rehabilitación* alude a medidas tales como atención médica y psicológica, así como servicios legales y sociales que ayuden a las víctimas a adaptarse a la sociedad.
- Las medidas de *satisfacción* se refieren a la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad y actos de desagravio; las sanciones contra perpetradores; la conmemoración y tributo a las víctimas.
- Las *garantías de no-repetición* pretenden asegurar que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones. También requieren reformas judiciales, institucionales y legales, cambios en los cuerpos de seguridad, promoción y respeto de los derechos humanos, para evitar la repetición de las violaciones”¹⁴

La reparación busca a su vez evitar la impunidad, pues no solo restablece y restituye derechos, indemniza y rehabilita, sino que también busca la verdad histórica que permita esclarecer los hechos que dieron origen a las violaciones de derechos humanos y sancionar a los

responsables de tales sucesos fácticos. Por ello, las medidas de satisfacción incluyen la investigación, persecución, procesamiento y sanción de los responsables; junto con las garantías de no-repetición.

5. La Jurisprudencia del Consejo de Estado

En virtud de su calidad de máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual “se encarga de resolver y dirimir -a través de varios procedimientos - los conflictos que se generan entre los particulares y el Estado”, la jurisprudencia del Consejo de Estado es de vital importancia en el campo de las reparaciones, teniendo en cuenta que en Colombia el Estado está obligado a reparar de manera integral por los daños antijurídicos que le sean imputables jurídicamente (artículo 90 de la C. Pol.).

Principalmente, en el campo de la responsabilidad extracontractual del estado por medio de la acción de reparación directa, el Consejo de Estado ha desarrollado una prolífica jurisprudencia en la que ha implementado el principio de reparación integral. Para efectos de este trabajo se traerá a colación varios de sus fallos recientes.

La Sentencia del 19 de octubre de 2007¹⁵ del Consejo de Estado fue una de las primeras en tratar el tema de la reparación integral, al ir más allá de una simple condena económica y ordenar medidas simbólicas y conmemorativas como la exigencia de que el Director General de la Policía Nacional presentara excusas públicas por los hechos materia de discusión en la sentencia, que se relacionaban con la desaparición forzada y asesinato de un grupo de pobladores del municipio de Tuluá Valle en los que existió connivencia de agentes de la Policía Nacional. Además, se decretó la obligación del comando de policía de diseñar e implementar un programa especial de promoción y respeto de los derechos humanos mediante charlas y material didáctico repartido en instituciones sociales y educativas de la ciudad. También obligó a la publicación de la sentencia en un lugar visible, para el conocimiento de la población, pues como lo indica la Corte Interamericana, la sentencia misma constituye una de las formas primarias de reparación.¹⁶

14. MARTÍN Beristain, Carlos. Diálogos sobre la Reparación. Qué Reparar en los Casos de Violaciones de los Derechos Humanos. Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Segunda Edición, Costa Rica: 2010. Segunda Parte: Medidas de Reparación, Páginas 173-498.

15. Consejo de Estado. Expediente Número: 29273.

16. Basado en la recopilación realizada por Enrique Gil, en: Gil Botero, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Capítulo II: El daño indemnizable en la Responsabilidad del Estado. 2. Principio de la Integridad o indemnidad en la evaluación del daño en materia de derechos humanos y derechos fundamentales. Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá: 2011 Páginas: 121-151.

Por su parte en Sentencia del 20 de febrero de 2008, el Consejo de Estado estableció que:

“...ponderados los principios de reparación integral -por razones de violaciones a derechos humanos-, con los procesales de la no reformatio in pejus y de congruencia, es claro que estos últimos tienen que ceder frente al primero, toda vez que el Estado Colombiano, así como sus autoridades, no pueden sustraerse del deber jurídico superior, reiterado en diversos instrumentos, doctrina y jurisprudencia internacional, en donde se establece la obligatoriedad de reparar *in integrum*, los daños que se deriven de la violación de derechos humanos... Es por lo tanto el juez, quien debe velar porque toda la serie de medidas que gravitan en el ordenamiento vernáculo como en el internacional, sean efectivamente aplicadas a nivel interno, de tal manera que se satisfagan efectivamente las garantías y derechos de los cuales es titular la persona, entendida esta última como el eje central de la estructura político - jurídica definida como el Estado Social de Derecho”¹⁷.

En caso resuelto el 28 de enero de 2009 la reparación no se limitó a una indemnización, sino que “por la tortura y muerte de un ciudadano que arbitrariamente fue detenido y sometido a toda clase de vejámenes por la autoridad pública”, se ordenaron medidas conmemorativas como la petición de perdón público, la exigencia de una campaña de promoción y prevención de los derechos humanos en el municipio de Saravena (Arauca) y se ordenó publicar la sentencia en un lugar visible.

En fallo del 26 de marzo de 2009, el Consejo de Estado decretó medidas especiales, pues

“...Se dispuso como medida de satisfacción en el asunto concreto, que la Fiscalía General de la Nación, sin perjuicio de su independen-

cia institucional, abriera las investigaciones correspondientes para establecer las responsabilidades de tipo penal por acción o por omisión en los hechos... lo anterior como quiera que los resultados a los que llegó la justicia penal militar no fueron satisfactorios... En ese orden de ideas, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Consejo de Estado colombiano dispuso exhortar a la Fiscalía General de la Nación para que asumiera la investigación de los hechos, a efectos de esclarecerlos y, por consiguiente, obtener la verdad y declaratoria de las responsabilidades específicas, como requisito indispensable para la reparación integral de las víctimas.”¹⁸

Por su parte, en Sentencia del 14 de junio de 2012, en relación con el principio de reparación integral se indicó que:

*“Abora bien ¿en qué consiste dejar indemne a la víctima? La reparación integral tiene que ver, de un lado, con lograr que las víctimas puedan mejorar la situación en la que las sumergió el daño, superar el miedo, la zozobra y la desesperanza así como recuperar su dignidad y autoestima de modo que les sea factible ejercer a cabalidad sus derechos y, de otro, con mostrar que el Estado se encuentra atento al restablecimiento de la confianza institucional resquebrajada frente a las víctimas directas e indirectas y la comunidad política que no entendería que causado el daño y habiéndole sido atribuido a sus autoridades no se tenga que indemnizar plenamente.”*¹⁹

En un fallo más reciente, de febrero de 2013, contra la Policía Nacional por propinar una golpiza injusta a un campesino y su hermano en 1995, se decidió que no solo

“se indemniza a la víctima de la golpiza — que la dejó con secuelas permanentes— y a

17. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 20 de febrero de 2008, CONSEJERO PONENTE: Enrique Gil Botero. NÚMERO DE EXPEDIENTE: 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996)

18. Citado en: Gil, Enrique, op. cit, pág. 132.

19. CONSEJO DE ESTADO de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del catorce (14) de junio de 2012. CONSEJERA PONENTE: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. RADICACIÓN NÚMERO: 21884-23-25-000-1995-01209-01(21884)

sus familiares, [sino que] deberá, además, ser leído por los comandantes de todas las policías departamentales y municipales a sus subordinados e incorporado en la página oficial de la institución, en la que deberá aparecer durante un año, por lo menos.

... Ahora el contenido de su fallo deberá ser estudiado por todos los policías que quieran ascender dentro de la institución, para que lo sucedido a José Antonio no vuelva a ocurrir²⁰.

Todo lo anterior en aplicación del principio de reparación integral y sus medidas. En el último caso citado, haciendo especial referencia a las medidas de no-repetición.

6. La posición de la doctrina

6.1. Los defensores

Uno de los principales doctrinantes en la materia es el actual presidente del Consejo de Estado, el doctor Enrique Gil Botero, quien ha escrito varios textos referentes al principio de reparación integral en el campo de la justicia colombiana, haciendo énfasis en el campo de la jurisdicción contencioso administrativa.

Enrique Gil relata que antes de la Constitución del 91 y de la Ley 446/98, cuando se causaba un daño, en Colombia se “indemnizaba” más no se reparaba, en aplicación de los artículos 1614 y 2341 del Código Civil. Esto significa que el daño era resarcido mediante una suma de dinero, mediante el pago de los perjuicios materiales e inmateriales.

Desde el 1992, la jurisprudencia constitucional y, posteriormente (en el 2007), la del Consejo de Estado, advirtieron la insuficiencia que existía en Colombia en materia de reparaciones, pues ésta estaba restringida a una simple indemnización, consistente en el pago de una suma de dinero. Lo que los llevó a desarrollar la doctrina jurisprudencial en esta materia, la cual debía estar acorde con nuestros postulados del Estado Social de Derecho y con los principios y estándares internacionales. Todo esto en razón a que la reparación tiene una estrecha relación con el respeto y protección de los

derechos humanos, campo que desbordó las barreras de la soberanía estatal. Por esto,

“La aplicación efectiva y material del principio de reparación integral en Colombia, ha permitido que se reconozca la insuficiencia del criterio indemnizatorio en relación con el derecho de daños; en consecuencia la jurisprudencia nacional ha articulado los postulados resarcitorios del orden nacional con los criterios contenidos en la jurisprudencia de tribunales internacionales, concretamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal forma que se han abierto camino, entre otras, las medidas de tipo satisfactorio, las garantías de no repetición y, en general, de justicia restaurativa y conmemorativa, todas encaminadas al restablecimiento del núcleo de los derechos que se ven afectados con la producción del daño, en consonancia con lo que se ha entendido como la constitucionalización del derecho de daños, fenómeno impulsado por el neo constitucionalismo y con la fortaleza actual de los textos constitucionales modernos, en donde el contenido programático es el eje central del poder público, razones por las que adquieren relevancia los principios de dignidad humana, igualdad y solidaridad”²¹.

Según Enrique Gil, el Consejo de Estado ha dado grandes pasos y ha cumplido con las exigencias internacionales en materia del principio de reparación integral de los daños causados por el Estado, a tal punto que se ha aplicado el principio de *iura novit curia*, de raigambre internacional, según el cual “frente a situaciones donde el juez descubra que la intensidad y naturaleza del daño va más allá del *petitum*”²² el juez puede condenar más allá de lo pedido para lograr la reparación plena del daño acaecido.

De otro lado, en una investigación realizada por: Lina Marcela Escobar Martínez, Vicente F. Benítez-Rojas y Margarita Cárdenas Poveda, se ve con buenos ojos el trabajo del Consejo de Estado en el tema de los avances en la reparación integral, pues:

“...el Derecho interamericano, a través de las formas de reparación desarrolladas por la Corte Interamericana en los casos en los cuales el Estado colombiano ha sido declara-

20. Jiménez Herrera, Sebastián. “Lección para los Policías”. Artículo en EL TIEMPO, del 11 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-404288-leccion-los-policias>

21. Gil Botero, Enrique, Óp. cit., p. 124.

22. Ibídem, pág. 135.

do responsable y obligado a reparar, ha ejercido una influencia fundamental en el Derecho Administrativo nacional –específicamente en la responsabilidad extracontractual del Estado – a tal punto que los criterios tradicionales de reparación por parte del Consejo de Estado y por la doctrina administrativista nacional (i. e. indemnización), se han visto modificados de tal forma, que se puede decir que hay una suerte de asimilación de los estándares interamericanos en la jurisprudencia nacional. En consecuencia, desde el punto de vista práctico – para abogados, jueces, profesores, estudiantes y en general operadores jurídicos – es necesario modificar el concepto y contenido de reparación tradicional, ante la recepción reciente de los estándares confeccionados por la Corte Interamericana en el contexto colombiano²³.

6.2 Los críticos

Desde el punto de vista del derecho internacional, expertos en la materia como Juana Inés Acosta López y Diana Bravo Rubio de la Universidad Javeriana de Colombia, establecen que en el tema de la reparación integral existen aún muchos vacíos y falencias incluso desde el mismo Sistema Interamericano, pues el cumplimiento de todas las medidas de reparación indicadas por la Corte Interamericana en sus Sentencias, en muchos de sus casos no ha sido efectivo y plantea grandes dificultades en su cumplimiento e implementación para los Estado Americanos²⁴.

Para Soraya Gutiérrez Argüello y Lucía Pacheco García de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo:

“En Colombia, los alcances legislativos en materia de reparación se han centrado en la indemnización económica, a pesar de la existencia de decisiones de órganos internacionales, que reflejan avances positivos a nivel interno, sobre el derecho a la reparación por violaciones a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad. Por ello es urgente y necesario continuar exigiendo la ampliación del concepto de reparación integral y presionar para que sean adoptados procedimientos específicos que brinden garantías reales y medidas especiales de protección a las víctimas, testigos y sobrevivientes, que estipulen el respeto al cumplimiento de los términos, evitando que se diluyan las pruebas, y promoviendo una administración de justicia independiente e imparcial”²⁵.

Por su parte, Ana Lucía Maya, plantea que pese a la implementación de medidas no pecuniarias para la reparación en casos del Consejo de Estado, tal como la Sentencia del 20 de febrero de 2008, aún existen vacíos e insuficiencias que no permiten hablar de un verdadero derecho a la reparación integral en el caso de la justicia contencioso administrativa en Colombia. Así lo resume la autora:

“A pesar de que... se avanza en el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y en el establecimiento de un diálogo entre la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se advierten vacíos e insuficiencias que no garantizan los derechos de las víctimas y sus familiares y no se ajustan a los estándares internacionales en la materia”²⁶.

23. Lina Marcela Escobar Martínez - Vicente F. Benítez-Rojas - Margarita Cárdenas Poveda. “La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano”. Revista: Estudios Constitucionales, Volumen: 9, Número de la Publicación: 2, Año: 2011., Págs.: 165-190

Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200005&script=sci_arttext. Fecha de consulta: 02/04/2013. Numero internacional de publicaciones seriadas: versión ISSN 0718-5200

24. JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ -DIANA BRAVO RUBIO., op. cit.

25. Soraya Gutiérrez Argüello, Lucía Pacheco García, Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. La Reparación Integral, un Derecho de las Víctimas. Capítulo(s): 4.1. El derecho a la reparación integral 5. La legislación colombiana y el derecho a la reparación integral por violaciones a los derechos humanos: ¿Realidad o utopía? 6. Mecanismos nacionales para la exigibilidad del derecho a la reparación, 6.1 Jurisdicción Contencioso administrativa. Editorial: Grupo de Trabajo pro Reparación integral, con el apoyo de la Agencia Diakonia Acción Ecueménica Sueca. Edición: Primera. Ciudad: Bogotá. Año: 2006. Páginas: 14-22.

26. Maya, Ana Lucía. “Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a nivel judicial. Claros y oscuros. Sentencias emblemáticas. Primera parte: La declaración de medidas de reparación no pecuniarias por el Consejo de Estado: avances, vacíos e insuficiencias. Editorial: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Edición: Primera. Ciudad: Bogotá. Año: 2008. Páginas: 11-25.

Una de las problemáticas más importantes planteadas por la doctrina en el caso de la aplicación de los estándares internacionales en materia del principio de reparación integral, radica en la inexistencia o falta de observancia por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el caso de las medidas de satisfacción y las garantías de no-repetición.

7. Sentencia de la Corte Interamericana contra Colombia

En reciente Sentencia en un caso fallado contra Colombia, esto es en el caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, en el que se debatió la responsabilidad del Estado colombiano por un:

“...bombardeo perpetrado el 13 de diciembre de 1998 por la Fuerza Aérea Colombiana en la vereda de Santo Domingo, municipio de Tame, departamento de Arauca...lo que resultó en 17 civiles muertos, entre ellos cuatro niños y dos niñas, y 27 civiles heridos, entre ellos cinco niñas y cuatro niños. Observó que los miembros de la Fuerza Pública que tripulaban las aeronaves tenían conocimiento de la calidad de civiles de esas personas. Asimismo, consideró probado que, con posterioridad a la explosión, los sobrevivientes y heridos fueron atacados con ametralladoras desde un helicóptero cuando trataban de auxiliar a los heridos y escapar de la vereda. Estimó que todo lo anterior generó el desplazamiento de los pobladores de Santo Domingo, luego de lo cual se dieron actos de saqueo o pillaje a las viviendas deshabitadas. Además, el caso se refiere a la alegada falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales”²⁷.

Para acceder a la jurisdicción de la Corte Interamericana se debe cumplir con un grupo de requisitos establecidos dentro de la CADH (especialmente en el artículo 46.1) y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH. Uno de estos requisitos es el agotamiento de los recursos internos, pues el sistema interamericano es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria

de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos”²⁸, no reemplaza ni sustituye la justicia interna sino que la coadyuva o complementa.

Dentro de los recursos internos está la reparación directa, como la acción de reclamación por los daños antijurídicos causados por el Estado a los particulares en cumplimiento del art. 90 de la Constitución, la cual se presenta ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Para sorpresa de muchos, en el citado fallo, la Corte Interamericana estableció que no siempre era necesario agotar el recurso de reparación directa como requisito de admisibilidad de una petición ante el Sistema Interamericano (SIDH). Así:

“...en atención a que una **reparación integral y adecuada** no puede ser reducida al pago de compensación a las víctimas o sus familiares (pues según el caso son además necesarias medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición)...

...la Corte coincide con el Estado en que el proceso contencioso administrativo puede ser relevante en la calificación y definición de determinados aspectos o alcances de la responsabilidad estatal, así como en la satisfacción de ciertas pretensiones en el marco de una reparación integral. Por ello, lo decidido a nivel interno en esa jurisdicción puede ser tomado en cuenta al momento de valorar las solicitudes de reparaciones en un caso ante el Sistema Interamericano, pues las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades en la búsqueda de una justa compensación. Sin embargo, la vía contencioso-administrativa será relevante en casos en que haya sido efectivamente intentada por personas afectadas por violaciones a sus derechos o por sus familiares. Es decir, **no es un recurso que necesariamente deba ser siempre agotado**, por lo que no inhibe la competencia de la Corte para conocer del presente caso.”

Asunto que plantea un cuestionamiento con respecto al cumplimiento y observancia del principio de

27. Corte IDH. CASO MASACRE DE SANTO DOMINGO VS. COLOMBIA. SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Párrafo 3.

28. Preámbulo Convención Americana sobre Derechos Humanos.

reparación integral y sus medidas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que pese a los esfuerzos realizados por el Consejo de Estado en su jurisprudencia reciente, parece ser que la Corte Interamericana no está conforme aún con ellos. Se colige de la anterior cita que existen todavía falencias en la aplicación de la reparación integral dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

7. Conclusiones

- El tema planteado es de gran importancia actual en tanto,

Reflexionar y comprender que la reparación integral por violaciones a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, contiene elementos fundamentales como son: el esclarecimiento de la verdad histórica y la aplicación de justicia, nos permitirán construir una estrategia integral de lucha contra la impunidad²⁹.

En los testimonios de las víctimas mismas se observa la importancia que cobra el principio de reparación integral en el alivio por un daño causado, así Mayari de León, hija de un profesor sometido a desaparición forzada dentro del conflicto hondureño, relata que:

“Uno tiene dos opciones o te sientas a llorar o sigues adelante sin pensar en ella, y entonces es el problema porque no la asimilas. Te puedes sentar a llorar, pero también te tienes que poner a pensar cómo asimilar esa desgracia para que conviva con uno sin hacerte tanto daño, y mi mamá está en ese proceso. Ahora ya no se enferma como antes a cada rato, y el médico nos decía que no tenía nada...”³⁰

En estas palabras se observa que en el proceso de la reparación su madre está mucho mejor, gracias a que se está asimilando la desgracia vivida de manera adecuada.

Hay quienes afirman que “la reparación como derecho internacional estaría sujeta al fenómeno de la “inercia de un orden interestatal basado en la soberanía”, limitando el discurso y la práctica, teniendo en cuenta la realidad de la decepcionante no equivalencia material entre medios limitados y fines universales”, es decir, que

tanto el discurso de los derechos humanos como el de la reparación que conlleva su violación está supeditada a la voluntad de los Estados, los cuales pese a los compromisos internacionales que han adquirido en virtud de los Tratados y Convenciones, continúan marginando y hasta excluyendo la reparación integral dentro su ámbito concreto.

La soberanía estatal sigue siendo una barrera entre el ideal internacional que insta a los Estados a cumplir con ciertos estándares o mínimos, pues en el campo real aquellos los siguen quebrantando.

El concepto jurídico y moral de reparación integral no es un concepto acabado, pese a que tenga sustento legal y jurisprudencial tanto nacional como internacional, pues aún le caben interpretaciones, modificaciones y avances dentro de su aplicación, desarrollo y concreción. Lo importante es continuar ahondando en su garantía y exigencia en el caso de violaciones a los derechos humanos, pues una nación llena de víctimas sin reparar es una nación llena de resentimiento y dolor, que está cosechando más conflictos aunque sea de manera silenciosa.

En el caso colombiano, para nadie es un secreto que día a día se violan los derechos humanos, especialmente de la población más desprotegida. La justicia, si es que llega, sigue siendo flemática. Pero tampoco podemos desconocer que organismos judiciales como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, especialmente la sección tercera, han avanzado en el cumplimiento de los estándares y exigencias internacionales en el tema de la garantía y respeto de los derechos humanos. Desde la normativa internacional, los derechos de las víctimas incluyen los principios de verdad, justicia y reparación. Por esto, dentro de la materialización de respeto y garantía de los DDHH se encuentra también el cumplimiento de la obligación estatal de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos en observancia del art. 63.1 de la Convención Americana, de la Resolución 60/147, del art. 90 de la Constitución Política y de la ley 486.

Aunque nuestra jurisdicción contencioso administrativa tenga aún mucho camino por recorrer en materia del cumplimiento cabal de los estándares internacionales en el campo de la reparación integral, ello no significa que no se hayan realizado avances, por el contrario, la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente a

29. Soraya Gutiérrez Argüello, Lucía Pacheco García, Óp. cit., p. 19.

30. Testimonio de Mayari de León, hija de un profesor desaparecido durante el conflicto armado en Guatemala, pronunciado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

partir del 2007 ha llevado a cabo grandes contribuciones y avances. El camino ya está abierto, lo importante es continuarlo y fortalecerlo, para que cada vez más víctimas sean reparadas plenamente.

Cabe cuestionarnos frente a la existencia real de un diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana y el Consejo de Estado, pues mientras el último predica sus avances y observancias en materia del principio de reparación integral, la Corte IDH tiene sus discrepancias con respecto a dicho cumplimiento.

FUENTES Y REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Constitución Política de Colombia Capítulo: De los Principios Fundamentales: art. 2, Capítulo: De la Protección y Aplicación de los Derechos: art. 90. Capítulo: CAPÍTULO IV. DE LA PROTECCION Y APLICACION DE LOS DERECHOS. Artículo 93.
- CÓDIGO CIVIL, artículos 1614 y 2351.
- LEY 446 DE 1998, artículo 16
- CONSEJO DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS de 1969.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 60/147 de Naciones Unidas. 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.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sentencia de Reparaciones y Costas. CASO: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.
- CONSEJO DE ESTADO de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia. 19 de octubre de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 29273.
- CONSEJO DE ESTADO de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 20 de febrero de 2008, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Expediente 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996).
- CONSEJO DE ESTADO de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de 2012, Consejera Ponente, STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, Expediente 21884-23-25-000-1995-01209-01(21884)
- CONSEJO DE ESTADO de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia. 20 de febrero de 2008, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Expediente 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996).
- Ayala Caldas, Jorge Enrique. Elementos de Derecho Administrativo General, Ediciones Doctrina y Ley Limitada, Edición: Primera, Bogotá, Año 1999.
- Rodríguez R, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Introducción General, Editorial Temis S.A., Edición Duodécima Ciudad Bogotá, Año: 2000.
- Beristain Martín, Carlos. Diálogos sobre la Reparación. Qué Reparar en los Casos de Violaciones de los Derechos Humanos. Parte Segunda. Medidas de Reparación, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, año 2010, págs. 173-498.
- MOTTA Castaño, Deissy. BARACALDO Amaya, Diego. Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Colombiano por Violación a los Derechos Humanos, Capítulo IV. El derecho a la reparación en el sistema judicial colombiano, Editorial Universidad Autónoma de Colombia, Fondo de Publicaciones, Facultad de Derecho, Edición Primera, Bogotá: 2010, págs. 55-69.
- MAYA, Ana Lucía. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a nivel judicial. Claros y oscuros. Sentencias emblemáticas. Primera parte: *La declaración de medidas de reparación no pecuniarias por el Consejo de Estado: avances, vacíos e insuficiencias*, Editorial: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Edición, Primera, Bogotá: 2008, Páginas 11-25.
- Argüello Gutiérrez, Soraya; Pacheco García, Lucía (Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo). La Reparación Integral, un Derecho de las Víctimas, Capítulo(s): 4.1. El derecho a la reparación integral, Título: 5. La legislación colombiana y el derecho a la reparación integral por violaciones a los derechos humanos: ¿Realidad o utopía?, 6. Mecanismos nacionales para la exigibilidad del derecho a la repara-

ración, 6.1 Jurisdicción Contencioso administrativa. Editorial Grupo de Trabajo pro Reparación integral, con el apoyo de la Agencia Diakonia Acción Ecuémenica Sueca, Edición Primera, Ciudad, Bogotá, 2008, Páginas 14-22.

- Gil Botero, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado, Capítulo: II. El daño indemnizable en la Responsabilidad del Estado. 2. Principio de la Integridad o indemnidad en la evaluación del daño en materia de derechos humanos y derechos fundamentales, Editorial Temis, Edición Quinta, , Año: 2011, CIUDAD Bogotá, páginas 121-151

Artículos en formato electrónico

- Lina Marcela Escobar Martínez - Vicente F. Benítez-Rojas - Margarita Cárdenas Poveda, *La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano*, documento en formato PDF, Revista: Estudios Constitucionales, Volumen: 9, Número de la Publicación: 2, Año: 2011, Pp: 165-190, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200005&script=sci_arttext, Fecha de consulta: 02/04/2013 Numero internacional de publicaciones seriadas: versión ISSN 0718-5200.
- JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ -DIANA BRAVO RUBIO, EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DE REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS MEDIDAS ORDENADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ÉNFASIS EN LA EXPERIENCIA COLOMBIANA, documento en formato PDF, Revista: International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Año 2008, Pp 323-362, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420293010>, Número de la Publicación 13, Fecha de consulta: 15/04/2013, Numero internacional de publicaciones seriadas: versión ISSN 1692-8156.
- Vera Piñeros, Diego. “Desarrollo Internacional de un Concepto de Reparación a las Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario: complementos a la perspectiva de la ONU”, , Revista, Papel Político, de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, documento en formato PDF, Publicaciones 2, Año: 2008, Volumen: 13, Pp: 739-773, www.scielo.org.co/pdf/papel/v13n2/v13n2a11.pdf, Fecha de consulta: 02/05/2013
- UPRIMNY, Rodrigo. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y Nuevo procedimiento penal”. Artículo online, en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

El territorio ancestral de las comunidades indígenas y tribales y el derecho internacional de los derechos humanos

Ana María Espinosa Pujol¹

“La tierra no pertenece al hombre; es el hombre el que pertenece a la tierra”.

Jefe Seattle

RESUMEN

Esta ponencia analiza los estándares jurisprudenciales de aplicación establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; en relación con el artículo 21 (Derecho a la propiedad privada) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en relación con las comunidades indígenas y tribales. Es los cuales la diversidad cultural es el punto de partida para lograr su conservación.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Territorio ancestral, Comunidades Indígenas o Tribales, Cultura, Jurisprudencia.

ABSTRAC

This paper analyzes standards applicable case law established by the Inter-American System of Human Rights in relation to Article 21 (Right to Property) of the American Convention on Human Rights concerning Indigenous and Tribal Communities. Is cultural diversity which is the starting point for achieving conservation.

KEYS WORD: Human Rights, ancestral territory, Indigenous or Tribals Communities, Culture, Jurisprudence.

1. Estudiante, Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta-UNISABANETA. Integrante del Semillero de investigación El Derecho Internacional de los Derechos Humanos Unisabaneta. Contacto: ana_m1009@hotmail.com. Producto resultado de la Investigación “Los Derechos de las Comunidades Indígenas desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, desarrollada bajo la coordinación de la Doctora Luz Elena Mira Olano. Ponencia realizada en el I Encuentro Interamericano de Semilleros de Investigación en Derechos Humanos, Universidad Libre, Seccional Pereira.

Introducción

Libros como “*El libro azul*” (Autor Anónimo, 1910), “*El libro Rojo del Putumayo*” (Autor Anónimo, 1913), “*La Vorágine*” (José Eustasio Rivera, 1924) que desde 1910 relataron las atrocidades cometidas con la población indígena en Latinoamérica, una historia cíclica que se refleja en la actualidad con la explotación de los recursos naturales dentro de territorios ancestrales indígenas. Llamen la atención las palabras del escritor Rivera, más actuales que nunca, matizadas de un tinte profético “por qué callas hoy como ayer (...)” y refiriéndose a su obra “*La Vorágine*”, expresa “la obra se vende, pero no se comprende. ¡Es para morir de desilusión!”.

En la historia de la humanidad, nuestra principal aliada ha sido la razón, pero respecto a respetar lo que no entendemos, ha sido nuestra principal enemiga. La unidad superior de vida que para los Indígenas contiene todo lo existente, su cosmos, su conjunto, su objeto-signo, sus señales compuestas de múltiples significados, su esencia compenetrada con la tierra y/o el agua, con la selva, o con cualquier especie vegetal, animal o mineral; no la entendemos, ni la reconocemos. En relación a este, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (2004), afirma que:

(...) La mayor falacia cometida por el hombre que juzga es establecer un mundo único sobre la fehaciente evidencia de la multiplicidad de mundos existentes. (...) Si la cultura es la programación de la mente que diferencia a un grupo de otro, entonces las dimensiones de la cultura no tienen por qué estar prefijadas de antemano, ni atadas a un modelo único.

Es así como el derecho a la propiedad de las Comunidades Indígenas y Tribales, ha nacido como manifestación de esa multiplicidad de mundos existentes, para alguno la llamada dimensión cultural.

Abya Yala, es el nombre originario del territorio que hoy comprende América (Fundación Uncimaka, 2011). La tierra que hoy pisamos es la tierra ancestral de los pueblos y comunidades indígenas.

Desarrollo

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; su órgano contencioso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE IDH), inicio su jurisprudencia en la materia con el *Caso Awas Tingni* (contra el

Estado de Nicaragua, 2001), en el cual consideró por primera vez que el derecho a la propiedad privada, establecido en el Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser interpretado, cuando se trata de pueblos y comunidades indígenas, como un derecho a la propiedad colectiva o comunal de la tierra y dada la relevancia del tema, en el *Caso Yakie Axa* (contra el Estado de Paraguay, 2005) estableció el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como estándar interpretativo de derechos de propiedad en aquellos casos en los que está en juego un reclamo sobre territorio ancestral de pueblos y comunidades indígenas.

En este sentido, en el *Caso Tibi Vs Ecuador* y en la *Opinión Consultiva OC-16/99*, ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de dicha Convención). Y en el *Caso Yakie Axa vs Paraguay*, la CORTE IDH, señaló: “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. Tomando en cuenta la hermenéutica aplicada por la CORTE IDH, algunos de los instrumentos, relacionados con el derecho a la propiedad de las Comunidades Indígenas o Tribales son:

1. La Declaración de Viena, resultado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993, reafirma la importancia de la contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad, y subraya, entre otros, el deber de los Estados de “reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturales y sistemas de organización social”.
2. El preámbulo de la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma “Que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos”, y reconoce “al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferente, a considerarse a sí mismo diferentes y a ser respetados como tales”. También expresa que los pueblos indígenas son sujetos de “derechos intrínsecos de esos pueblos, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y

de la filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”. Igualmente el artículo 3 de la misma declara: “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

La Corte IDH, en los casos *Saramaka Vs Surinam* y *Sawhoyamaya Vs Paraguay* señala que los elementos que deben ser salvaguardados por el Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), son:

1. La vinculación con la tierra, la forma de supervivencia, su cultura, etc.
2. Los recursos ligados a su cultura, ríos, sitios ceremoniales, etc.
3. Los elementos incorporeales que se desprenden de ellos, que pueden ser rituales o ceremoniales.

Donde el objetivo de objeto o fin de respetar la relación que las comunidades tienen con su territorio, es garantizar su supervivencia, lo que relacionado con el artículo 1.1. De la CADH, le da a los Estados la obligación positiva de garantizar a estos pueblos el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado tradicionalmente.

De igual manera señala que “en los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en el individuo sino en el grupo y su comunidad.” Y que en su naturaleza, conforme al Artículo 21 de la CADH, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, a modo de garantizar su supervivencia social, cultural o económica. Y esta depende del acceso y el uso de los recursos naturales de su territorio por lo tanto, el artículo 21 de la CADH protege el derecho a dichos recursos naturales.

En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, los integrantes de los pueblos Indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro del territorio, por las mismas razones por las cuales tienen derecho a ser titular de las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos, sin ellos la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. Y de allí la necesidad de proteger las tierras y

los recursos que han usado tradicionalmente para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas, serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos de este artículo son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.

Conforme al artículo 21 de la CADH, “el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentran en estas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los siguientes requisitos: a) que hayan sido previamente establecidos en la Ley; b) que sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena o tribal.

Para cumplir con lo anterior, es decir, que no corresponda una denegación de su subsistencia como pueblo Indígena, resalta que los Estados deben cumplir con las siguientes tres garantías: *Primero*, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración y extracción. *Segundo*, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. *Tercero*, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

Por lo tanto, los Estados deben obtener el consentimiento previo, libre e informado del Pueblo Indígena o Tribal, antes de llevar a cabo cualquier actividad en su territorio ancestral. En el caso específico de los recursos naturales, el Convenio 169 de la OIT, expresa que: se realiza la consulta: “a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (*Subrayado fuera del texto original*)”.

Al respecto, los indígenas son considerados sujetos de derecho tanto colectivos como individuales, esto en concordancia con este convenio, que en su artículo 3.1. y con la Declaración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en sus artículos 22 y 44, donde ambos instrumentos hacen énfasis en que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales deben aplicarse sin discriminación a los hombres y a las mujeres indígenas. Y para efectos de la consulta libre, previa e informada, el titular de derechos es el pueblo indígena, en reconocimiento de sus derechos colectivos. No obstante es necesario tener en cuenta que los impactos de las medidas consultadas afectan de manera diferenciada a los distintos miembros y grupos del pueblo.

También el convenio 169, señala que la consulta previa, libre e informada, es un derecho y un instrumento para la participación en las decisiones sobre todos los asuntos que le conciernen a los pueblos indígenas, al aplicarla se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno, y a la cultura propia, y el derecho de definir sus prioridades en el proceso de desarrollo. Por lo que, las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio, “deberán efectuarse con la finalidad de llegar un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Estas deben realizarse teniendo en cuenta los siguientes principios, *Buena Fe; Informada, Libre y Previa*, en el caso del traslado excepcional de pueblos indígenas de sus tierras, el Convenio establece que el consentimiento de los pueblos indígenas, debe ser adquirido con pleno conocimiento de la causa, con todos los elementos necesarios para la toma de una decisión libre.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, expresa que:

De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad.

Es decir, que es el propio Estado el que tiene la obligación de llevar a cabo una consulta adecuada.

En *Amicus Curiae, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, presentado ante la Corte IDH, por Amnistía Internacional, esta señala:

El estándar de consentimiento libre, previo e informado fue también ratificado y aplicado por los órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos. La Recomendación general N° XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial exhorta a los Estados partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, y sí se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, adopten medidas para que le sean devueltos.

Los artículos 5 y 15 del Convenio 169 de la OIT, indican sobre el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales de sus tierras y que al aplicar las disposiciones les corresponderá tener en cuenta los siguientes aspectos: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Al respecto, el relator especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, que:

Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales comprenden la pérdida de territorios y tierras tradicionales, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia fisi-

ca y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración, en algunos casos, abuso y violencia.

En el caso *Saramaka vs Surinam*, donde expresa de forma clara que el concepto de compartir beneficios de forma razonable, cuando existe una explotación de los recursos naturales, puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, como son Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 32.2 y Convenio 169 de la OIT, artículo 15.2 “los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. Y que es inherente al derecho de indemnización reconocido por el artículo 21.2 de la CADH, considerar que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme a este, se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte de los Estados, sino también a la privación del uso y goce regular de dicha propiedad.

En este mismo sentido el comité sobre la eliminación de la discriminación racial, expresa: “que se debe garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa”. En este contexto, concluye la Corte, que “el artículo 21.2 de la CADH, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo”.

Para finalizar ¿Qué es la cultura indígena?, en el *Caso de la Comunidad Yakye Axa vs Paraguay*, la Corte IDH, definió la cultura indígena como:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia,

sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Quisiera entonces devolverme de nuevo en la historia y citar a uno de los grandes sociólogos que ha tenido Colombia, *Orlando Fals Borda*, que en su libro *resistencia en el San Jorge* (1984), describe la resistencia de la cultura Zenú, pero más que eso define la esencia de la cultura indígena:

Hay muchas deficiencias, defectos, incomodidades y carencias; hay explotación; hay pobreza e ignorancia de cosas “civilizadas”. **Pero brilla una personalidad independiente, digna, flexible, cariñosa, generosa, que ha logrado adaptarse creativamente a la descomposición, superar muchos de sus peligros y transmutar algunos de sus efectos. (Negrilla fuera de texto)**

(...) cree que puede tocar y ansia sobar con sus propias manos, ese cosmos que en buena parte el mismo ha creado o concebido, para ponerlo a su servicio de manera mágica. Su lenguaje y su acción quedan por eso saturados de esa imaginación supra mundana, febril, que impresiona hasta al observador más lerdo.

(...) lo cual invita, a aprender de la historia, vivificarla, recuperarla y llegar a las metas colectivas de transformación radical que nos proponemos a través del conocimiento de ella y del ejemplo congruente de nuestros antepasados.

Conclusión

La propiedad sobre la tierra garantiza que los pueblos indígenas y tribales conserven su patrimonio cultural² y a nivel jurisprudencial hemos avanzado hacia tener las bases jurídicas necesarias para garantizar el cumplimiento por parte de los Estados y de los particulares del respeto hacia los Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas y Tribales, las altas Cortes han sentado precedentes importantes que permiten la salvaguarda de los mismos. Como lo es el derecho a la consulta previa, libre e informada, como garantía y amparo del derecho a la propiedad sobre sus territorios ancestrales como fundante de los demás derechos de los pueblos Indígenas y Tribales.

REFERENCIAS

- ANÓNIMO. El libro Rojo del Putumayo. Ed. Planeta. Bogotá: 1995. Pág.24.
 - Amnistía Internacional, *Amicus Curiae, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, presentado ante la Corte IDH.
 - BORDA, Orlando Fals. Resistencia en el San Jorge. Ed. Grafica Ltda. Bogotá: 1984. Pág.26b.
 - Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N°XXIII relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 18 de agosto de 1997, A/52/18, anexo V, párr.5.
 - Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la CADH. Observaciones finales respecto del Ecuador, párr.16.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso (*Sumo*) *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 146, 148-149.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Indígena *Yakie Axa vs Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 127-130, 136-137.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo *Saramaka vs Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrs .89, 127, 128, 129 y 130
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi Vs Ecuador*, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 144.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *OC-16/99* del 1 de octubre de 1999, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías al Debido Proceso Legal”, párr.113.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia 27 de Junio de 2012.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, en junio de 1989, Convenio Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.
 - ONU, Convención de Viena. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor 27 de enero 1980.
 - ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/61/295 de 13 de septiembre de 2007.
 - ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 63 y 65.
 - ONU, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, párr. 2.
 - ONU, La Declaración de Viena, resultado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/CONF.157/23 de 12 de julio de 1993.
 - PARAMO, Guillermo. Vasco, Luis Guillermo y Otros. El Otro Hombre, La Otra Selva, El Otro Mundo. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. 2004. Pág.24.
 - UNCIMAKA, Fundación. Quinto Círculo de Abuelos y Sabios del Planeta. Colombia. 2010. Pág.26.

2. CORTE IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C N°79, párr.146.

Tratamiento jurídico de los delitos de lesa humanidad, el clamor de un control de convencionalidad

Daniel Montoya Hincapié¹

RESUMEN

Colombia, ha sido un país históricamente permeado por penosos hechos de violencia y desprecio por las garantías propias de los Derechos Humanos, en este sentido, es menester de todas las autoridades nacionales, propugnar porque los juicios en contra de aquellas personas responsables de la comisión de delitos internacionales sean juzgadas acorde a los dictámenes a los que insta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, tal objetivo se puede lograr, materializando un “Control de Convencionalidad”, según la dogmática instruida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Lesa Humanidad, Interpretación, Adecuación, Tipicidad, Sistemático, Generalizado

ABSTRACT

Colombia has been a country historically permeated by grievous acts of violence and contempt for its own Human Rights in this regard guarantees, it is necessary for all national authorities, advocating that the trials against those responsible for the commission of international crimes are judged according to the opinions to which urges the International law of Human Rights and International Criminal Law, such an objective can be achieved, materializing a ‘Control Conventionality ‘as dogmatic instructed by the Inter-American Court of Human Rights

KEY WORDS: Human Rights, Conventionality Control, Crimes against Humanity, Interpretation, Adequacy, Typicality, Systematic, Generalized.

1. Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Integrante del Semillero de Investigación del Derecho Internacional de Derechos Humanos de Unisabaneta, bajo la coordinación de la Dra. Luz Elena Mira Olano.

Introducción

El presente artículo, tiene por objeto, establecer los fundamentos mediante los cuales se sustenta la necesidad de realizar un “Control de Convencionalidad” en Colombia en lo relativo al tratamiento jurídico que actualmente se está dando a los delitos de lesa humanidad por parte de las autoridades judiciales y legislativas.

Así mismo, se evidencia como el nombrado “Control de Convencionalidad”, es una institución que debe aplicar rápidamente el órgano legislativo, para establecer un dispositivo que directa y expresamente haga punible los delitos de lesa humanidad en el Código Penal colombiano, de esta manera se cumplirá con la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los requerimientos Internacionales, y además se interpretará idóneamente los postulados del Derecho Internacional.

Todo lo manifestado aporta elementos dogmáticos en lo relativo a la manera en la cual, en el ordenamiento jurídico interno se están afrontando las obligaciones internacionalmente contraídas, para ello se analizan los dictámenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudios del tema y fundamentos de diferentes instrumentos internacionales.

Desarrollo

En el Derecho Internacional contemporáneo, la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones que insta el Derecho Internacional, se ha formulado como parte de la costumbre internacional, en este sentido, es obligación de los Estados, legislar y aplicar el derecho según los mandatos internacionales.

A tal razonamiento, el hecho de que en Colombia no se tipifique expresamente en el Código Penal la punibilidad por la comisión de delitos de lesa humanidad, no significa que los mismos no se puedan imputar en Colombia, “*contrario sensu*”, y como se especificara próximamente, existen preceptos constitucionales, convencionales y del Derecho Penal Internacional, que obligan al operador jurídico a imputar los mismos, y que comienzan a determinar la necesidad de tomar medidas legislativas urgentes.

El “Control de Convencionalidad”, resulta ser una verdadera doctrina instaurada en el seno de la Corte IDH, por eso, es procedente aclarar, que dicha institución comenzó a desarrollarse en votos concurrentes del Juez Sergio García Ramírez, que entendiendo la necesidad de que los jueces nacionales actuaran según las disposiciones dictadas por el Tribunal Interamericano

manifestaba desde 2003 que:

“Los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tiene además una obligación de realizar una “Interpretación Convencional”, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan compatibles con la CADH; de lo contrario, su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho Tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley no convencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado”.(Voto concurrente García Sergio Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003, párr. 27. Ver también; Caso Tibi vs. Ecuador, 2004, párr. 3; Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006 párrs. 6 y 12.)

De esta manera, la institución que García Sergio (2003), comenzó a llamar “Interpretación Convencional”, fue acogida por primera vez por la Corte IDH, en el caso Almonacid Arellano Vs Chile (2006) y llamada “Control de Convencionalidad”, explicada al unísono de los honorables jueces de la Corte Interamericana, entre ellos el magistrado García, de la siguiente manera:

“(…) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”(Subrayado fuera del texto) (Corte IDH, 2006, párr. 124)

En la línea de lo plateado, vale dilucidar que sobre el tema McGregor (2011) y García (2011), han señalado la existencia de un control de la convencionalidad de

carácter concentrado o difuso, siendo el primero el que realizan los miembros de la Corte IDH, y el segundo el que deben efectuar los llamados “jueces nacionales” y este último, ósea el control difuso de Convencionalidad, al que se refiere la dogmática del presente ensayo.

Comprendiendo la estructura, naturaleza y teleología del Control de Convencionalidad, es preciso enmarcar los fundamentos mediante los cuales tal control es de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces nacionales.

Imperatividad de acatar y adecuar la dogmática Instruida por la Corte IDH

Colombia como Estado Social de Derecho, activo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha constituido en su Carta Magna, mediante el artículo 93, la obligación de ceñirse a las disposiciones internacionales que sobre derecho Humanos versen, especialmente; y en lo que concierne a los fallos y disposiciones, de la Corte IDH, el órgano guardián de la constitución, en sentencia T. 715/ 2102, recordó que:

“Finalmente, es 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 vinculación 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” (Corte Constitucional Colombiana, 2012, págs.74 y 75).

Con lo citado anteriormente, queda completamente establecido, que ineluctablemente, según las disposiciones constitucionales, los jueces internos deben acoger la dogmática formulada por la Corte Interamericana, y en este sentido, el “Control de Convencionalidad”, es de obligatoria aplicación.

Aplicación del Control de Convencionalidad a la tipificación de los delitos de lesa humanidad

Frente a esta situación comenzaremos por decir que la obligación de realizar un control de convencionalidad, no solo recae sobre operadores judiciales, sino también

sobre todas las autoridades que representan al Estado, lo que incluye manifiestamente al órgano legislativo, ello comprendiendo que el Tribunal Interamericano ha afirmado que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” (2012, párr. 142).

Es así como el control de convencionalidad que es necesario aplicar para tipificar delitos de lesa humanidad en el Código Penal Colombiano, recae sobre los funcionarios que operan el órgano legislativo.

De igual manera, para este acápite, principalmente se fundamentará sobre un control de convencionalidad direccionado a dos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que son el artículo 2 referente a la obligación de adecuar el derecho interno, y el artículo 29, que consolida los criterios de interpretación de la CADH.

Control de Convencionalidad según el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La necesidad, de incursionar la punibilidad de los delitos de lesa humanidad en el Código Penal colombiano, se comienza a avizorar con la normatividad inmersa en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que al tenor reza lo siguiente:

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviesen ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En este sentido, la Corte IDH, ha interpretado tal artículo en los siguientes términos:

“A la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes

a la efectiva observancia de dichas garantías. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma “(2006, párr.118).

Tal postulado corrobora que es completamente necesario que el órgano legislativo realice un control de convencionalidad, y de este modo expida un dispositivo normativo que tipifique inequívocamente los delitos de lesa humanidad consagrados en el Estatuto de Roma; pues evidentemente, se está incumpliendo con la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Bajo la misma óptica, mediante un voto concurrente en el caso de la Masacre del Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, el juez Sergio García Sayán, confirma la necesidad de que los actos en los que existan ataques sistemáticos y generalizados, contra la población civil, y con conocimiento de esa sistematicidad y generalidad, sean juzgados idóneamente como delitos de lesa humanidad; ello lo hace en los siguientes términos:

“El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por su parte, aun cuando aplicable solo a los crímenes que sean de su competencia y jurisdicción, implica la obligación de los Estados parte de producir juicios creíbles sobre los crímenes allí definidos (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra)”.(2012, párr. 19)

Congruente con este postulado, es absurdo que tales “juicios creíbles”, se materialicen acorde a las disposiciones internacionales, cuando no existe punibilidad expresa en la ley 599 del 2000 que penalice los delitos de lesa humanidad, siendo así así la única salida, que la Fiscalía General de la Nación, impute los delitos de Lesa Humanidad de acuerdo al artículo 7 del Estatuto de Roma, entendiendo que este según el artículo 2 del Código Penal y 93 superior, dicho Estatuto hace parte integral del ordenamiento jurídico colombiano y que en reiterada jurisprudencia, la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, ha justificado que el operador jurídico, cuando se cumplan características determinadas, debe imputar los delitos como de lesa humanidad, y no como crímenes ordinarios (2011, pág. 56; Ver también Sentencia 32.022, 2009). El problema sobre esta perspectiva, es que la descripción típica del Estatuto de Roma, no

enuncia la consecuencia jurídica o punición por la comisión de delitos de lesa humanidad, solo dicta una serie de reglas sobre “la condena en los artículos 76, 77 y 78); es por ello que para consolidar el principio de la tipicidad inequívoca, es imprescindible adecuar el Código Penal colombiano a los requerimientos internacionales.

Control de Convencionalidad según el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Para este punto, se analizará el postulado que estipula el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reza:

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

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Vale esclarecer, que el “Control de Convencionalidad” al que se acude en este momento, se refiere al último literal del citado artículo 29, que establece que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

De este modo, encontramos que en estricto sentido que la Convención Americana sobre Derechos Huma-

nos, directamente obliga a los Estados a cumplir con las obligaciones que devengan de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza, estos actos como lo explica Cançado Trindade (2009) refieren principalmente, a los instrumentos y normas internacionales que tienen un carácter consuetudinario.

Teniendo claro lo anterior, se procede a citar una serie de normas catalogadas como costumbre internacional, que especifican la obligación de los Estados de juzgar correctamente a quienes sean responsables de cometer delitos de Lesa Humanidad.

Principios de los juicios de Núremberg

Principio I. “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.”.

Este principio, subyace de las secuelas brotadas de la crueldad e irracionalidad del ser humano, pues su creación obedece esencialmente al juzgamiento de crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio, acaecidos en la Segunda Guerra Mundial, de este manera el “Control de Convencionalidad” que surge desde la interpretación de esta normatividad, se direcciona a que todos los órganos del Estado, pero principalmente el legislativo para este caso, deben enfocar su trabajo hacia la consolidación de normas que juzguen a la personas culpables de la comisión de delitos internacionales, que claramente son los que estipula el Estatuto de Roma. Lógicamente, no se cumplirá con este principio si no existe una norma en el ordenamiento jurídico interno que castigue expresamente la materialización de delitos de lesa humanidad.

Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad

Artículo 8 “Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.”

En lo que concierne a este artículo, es evidente que denota un incumplimiento de las obligaciones convencionales contraídas por Colombia, pues con la Convención

Americana sobre Derecho Humanos, se obliga al Estado a interpretar y cumplir disposiciones como la citada; bajo tal lineamiento es indubitable que a razón de que la ley 599 del 2000, no contiene artículo alguno que haga punible los delitos de Lesa Humanidad, es completamente imperioso efectuar un “Control de Convencionalidad”, que justifique la inmersión de los mismos, “*contrario sensu*” la impunidad y el desligamiento de los mandatos internacionales seguirían marcando una notable Política Criminal de Estado desviada.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Artículo 27. “**Pacta sunt servanda**”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 31. **Regla general de interpretación.** Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Artículo 32. **Medios de interpretación complementarios.** Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En lo relativo al principio “*pacta sunt servanda*”, se proyecta que notoriamente, no se están cumpliendo los pactos de buena fe, toda vez que no se adecuan en los estatutos internos, una norma que castigue la comisión de un delito internacional, delito que además se analiza y sanciona en un muy amplio número de tratados internacionales ratificados por Colombia, o instrumentos que hacen parte de la costumbre internacional.

Igualmente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como “*conditio sine qua non*”, para el estudio del Derecho Internacional en general, ofrece los artículos 31 y 32, relativos a la interpretación de los tratados. Bajo el imperio de estos numerales, se visualiza claramente como el Estado colombiano, específicamente su órgano legis-

lativo, no ha estudiado correctamente las obligaciones de los tratados ratificados, contrariando así el postulado del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que inequívocamente de nuevo nos arroja el deber de efectuar un “Control de convencionalidad”.

Lo manifestado, ostentosamente se torna más visible, entendiendo que la Corte IDH (2003), refiriéndose a los criterios de interpretación instruidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, añade que los tratados son instrumentos vivos que requieren de una interpretación evolutiva y sistemática; evolutiva en el sentido que los derechos humanos con el trasegar de los años acrecientan nuevos fundamentos, y sistemática en la medida de que la interpretación se debe acoplar a cada sistema, ello es, a cada ordenamiento jurídico. (2010)

Sobre esta argumentación, se certifica ineluctablemente, que en Colombia no se está haciendo por parte de las autoridades legislativas y judiciales (en mayor parte las legislativas), una interpretación sistemática y evolutiva de los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, prueba de ello, es que a más de 11 años de la adhesión por parte del Estado colombiano al Estatuto de Roma, aun no se tipifique la punibilidad de los delitos de Lesa Humanidad en el Código Penal.

Conclusiones

Es completamente imprescindible que el órgano legislativo, aun el judicial, se direccionen a realizar un hagan “control de convencionalidad”, que como resultado inmediato arroje la inclusión de una normatividad que penalice, de acuerdo a los criterios internacionales, los delitos de Lesa Humanidad.

El único medio para imputar los delitos de Lesa Humanidad no puede ser el Estatuto de Roma, puesto que los términos de la punición no finalizan siendo claros, solo con la incursión de una nueva normatividad, Colombia cumplirá con las obligaciones internacionalmente contraídas y el yerro o laguna jurídica que actualmente existe, se erradicará.

BIBLIOGRAFÍA

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, O.N.U. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor enero 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969
- Corte I.D.H Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101
- Corte I.D.H Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114
- Corte I.D.H Caso o Vargas Areco vs. Paraguay. Reparaciones y Costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 155
- Corte I.D.H Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186
- Corte I.D.H Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154
- Corte I.D.H Caso Cinco Pensionistas contra Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas. 28 de febrero de 2003, voto concurrente del juez Cañado Trindade.
- Corte I.D.H Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205.
- Corte I.D.H Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259.
- Corte I.D.H Caso Trabajadores cesados del Congreso. Aguado Alfaro y otros vs. Perú
- Corte I.D.H Caso Masacres del Mozote Vs El Salvador Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 25 de octubre 2012 Serie C No. 252. Voto concurrente del Juez Sergio García
- García Ramírez Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México IUS N O. 2 8, año 2011
- Ferrer Mac-Gregor Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, Estudios constitucionales vol.9 no.2 Santiago 2011.
- Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, Aprobados por las ONU, en Asamblea General por medio de Resolución 3074 (XXVIII), el 3 de diciembre de 1973.
- Principios de Núremberg, Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950.

El derecho a la vida: una garantía para ejercer los demás derechos inherentes al ser humano

Wilson Humberto Montoya Muñoz
Claudia Patricia Cortínez Pino¹

RESUMEN

La vida de las personas no debe concebirse únicamente desde el punto de vista de la existencia misma, este derecho se encuentra consagrado desde la garantía y respeto por una vida en condiciones dignas, así como la posibilidad de elegir libremente un proyecto de vida. Lo que permite a cada persona desenvolverse en su realidad a través de la interacción con su entorno, aunado a los factores de la vida humana, los cuales deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico para garantizar y posibilitar el desarrollo integral de éste Derecho. No obstante, el incremento alarmante de violaciones a este bien inherente de la persona humana, ha llevado a instancias internacionales a establecer una serie de estándares que aseguren la efectividad y protección este bien tan preciado de la población de los estados democráticos.

En el presente artículo se establecerán algunos criterios mínimos que deben ser establecidos al interior de los estados como cumplimiento de las obligaciones internacionales de respeto, garantía y adecuación, consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Estándares Internacionales, Garantías, Sistema Interamericano, Posición de Garante, Bien inalienable.

ABSTRACT

The lives of people should not be seen only from the point of view of existence itself, this right is enshrined from the guarantee and respect for a dignified life, and the ability to freely choose a life plan. Allowing each person to function in their reality through interaction with their environment, coupled with the factors of human life, which should be protected by law to ensure and facilitate the overall development of this law. However, the alarming increase in violations of this inherent good of the human person, which has led to international bodies to establish a set

1. Estudiantes de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta. Integrantes del semillero de Investigación en Derecho Internacional de los Derechos Humanos-Unisabaneta. Bajo la dirección de la Dra. Luz Elena Mira Olano.

of standards that ensure effectiveness and protect this precious commodity of the population of democratic states .

Some minimum criteria that must be established within the states as compliance with international obligations to respect, guarantee and adaptation, enshrined in the American Convention on Human Rights was established in this Article.

KEYWORDS: International Standards, Warranties, Inter-position Guarantor, inalienable Right.

Introducción

Considerando la evolución que se ha presentado en la protección de los Derechos Humanos, los Estados han incorporado a sus ordenamientos jurídicos, instrumentos que promuevan el respeto, garantía y divulgación de la efectiva de los Derechos Humanos. En lo que respecta al Derecho a la vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido como un Derecho Fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos². De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo³. Por tal razón, los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. La garantía de este derecho, relacionado con las obligaciones contenidas en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)⁴, conforme al deber de garantizar el pleno y libre

ejercicio, sin discriminación, de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción⁵.

1. Criterios mínimos de protección del Derecho a la Vida

A lo largo de la historia han existido momentos sociales, culturales y políticos que han generado una pérdida de valores, dejando consigo la pérdida de valor por la vida humana, como un elemento inviolable que debe ser protegido por encima de cualquier cosa. Las guerras interestatales por diversos ideales y concepciones, producen enfrentamientos que pasan al plano militar que conllevan a constantes pérdidas humanas, que solo son enunciadas numéricamente como símbolo de victoria o pérdidas económicas.

La comunidad internacional ha declarado la universalidad de los Derechos humanos, así como su interrelación e interdependencia, por lo cual ha incorporado en la totalidad de sus instrumentos el reconocimiento y protección del Derecho a la vida. En el plano regional, ha sido incorporado en el *corpus iuris* interamericano.

Teniendo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante COIDH) actúa como el máximo intérprete de la CADH, se enunciarán algunos pronunciamientos referentes al Derecho a la vida y su protección. Al respecto, el Tribunal ha establecido que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos⁶.

Así mismo, el Derecho bajo estudio en concordancia con el Derecho a la Integridad Personal, “revisten un carácter angular de la Convención. De conformidad con el artículo 27.2 del referido Tratado, esos derechos forman parte del núcleo inderogable, pues se encuentran consagrados como uno de los que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Parte”⁷.

2. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C. No. 150, párr. 63.

3. Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, párr. 144; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, párr. 78.

4. Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, párr. 245.

5. Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120.

6. Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 117.

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, sentencia de enero 31 de 2006. Párr.119.

De igual manera, La COIDH se ha pronunciado respecto del Derecho a la vida como aquella prerrogativa “básica e inalienable, además de ser inderogable e insuspendible. Características que imponen a los Estados parte de la Convención, entre otras, las obligaciones a: no establecer enfoques restrictivos, en particular el deber de impedir que sus agentes atenten de forma arbitraria contra éste; propender por la creación de condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de este Derecho y evitar barreras de acceso a las condiciones para una vida digna”⁸. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas⁹.

Conforme a la jurisprudencia del mismo Tribunal Interamericano, para establecer que se ha producido una violación al derecho a la vida, no se requiere determinar la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a quienes se atribuyen los hechos violatorios¹⁰, sino que es suficiente demostrar que se han verificado acciones u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida¹¹.

La obligación de garantía del Derecho a la Vida, se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos¹². Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de la COIDH es claro que “un Estado no puede ser responsable por

cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”¹³.

Así mismo, conforme a los estándares internacionales, la vida digna incluye la posibilidad que las personas, sin discriminación alguna, puedan acceder al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, a la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesional, a la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Derecho a la vida involucra la esfera privada de las personas, la COIDH ha manifestado que la protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar¹⁴.

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Niños de la Calle vs. Guatemala. Párr. 144

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, párr. 144 y 145, y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, párr. 190.

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 173, y Caso Masacre de Santo Domingo, párr. 162.

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 73, 134 y 172, y Caso Masacre de Santo Domingo, párr. 162.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111, y Caso Suárez Peralta, párr. 129.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123, y Caso Suárez Peralta, párr. 129.

14. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 157.

En lo referente al proyecto de vida, como parte integral del Derecho a la vida, el juez Cançado Trindade, ha manifestado que:

“todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivirnos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo “proyecto” encierra en sí toda una dimensión temporal. El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno. Es por eso que la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad, - y el Derecho no puede quedarse indiferente a esto. La vida - al menos la que conocemos - es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable”¹⁵.

Ante ese marco, sí se puede afirmar que la persona es un ser con fines propios, y estos fines sólo pueden ser realizados por decisión personal, estar exento de la imposición de otros individuos y de la coacción de los poderes públicos que interfieran con la realización de estos fines. A su vez en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se resalta que: “toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Se crea el objetivo de impedir que unos atenten contra otros, a pesar de todos estos

esfuerzos no se puede decir que se cumple, porque las estadísticas a nivel Nacional y Mundial sobre los hechos violatorios del derecho a la vida, siguen un incremento, figuras como la guerra reconocida como connatural al hombre han alimentado de una u otra forma el deseo de muertes violentas, violaciones sexuales, desapariciones, pena de muerte. En esta declaración se establece que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, libertad de expresión, a no ser esclavizados, a un juicio justo y a la igualdad ante la ley. También a la libertad de circulación, a una nacionalidad, a contraer matrimonio y fundar una familia, así como a un trabajo y a un salario igualitario. Este artículo fue retomado por muchas constituciones entre ellas la nuestra que consagra en su artículo 11 “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.” y artículo 12 “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”¹⁶.

El Estado es la institución legítimamente encargada de la protección de los derechos humanos y debe brindarle a sus ciudadanos las suficientes garantías que permitan el desarrollo de su vida en un entorno donde sean protagonistas los derechos humanos y la dignidad humana, siendo el parámetro de las actuaciones, es decir, que toda la organización social sea con base en la vida misma para humanizar la política, la cultura, la religión y todas aquellas expresiones en las que se desenvuelve la vida humana; por ello la administración pública no puede permitir que en el sector urbano las bandas criminales ajusticien a los ciudadanos, que la corrupción atente contra los manejos del Estado, que los delincuentes tomen justicia por sus manos. Así mismo, en la zona rural se debe evitar a toda costa el desplazamiento forzado, porque deja a las personas en una situación especial de vulnerabilidad, poniendo en alto riesgos sus demás Derechos. En especial el Derecho a la Vida de las comunidades, por ende cada estado debe tener un enfoque con respecto a su conglomerado social que es por quien tiene existencia, haciendo que cada ordenamiento jurídico sea congruente con lo establecido en los tratados internacionales y que cada nación tenga una gobernabilidad con un norte común, el cual debe ser la protección de la vida en sus diversas expresiones.

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. voto razonado del Juez Cançado Trindade, sentencia Gutiérrez Soler vs. Colombia.

16. Tomados de la Constitución política de Colombia de 1991.

En diferentes pronunciamientos de los Tribunales Internacionales se encuentran varias argumentaciones inclinadas al respeto de la vida de los individuos, tal como lo es el “Riesgo Previsible y Evitable”¹⁷, que directamente va encaminado al ajuste del Estado frente a sus ciudadanos, de las garantías que sean efectivas por el respeto a la vida, cuando el delincuente vulnera derechos de otros ciudadanos. El Estado debe hacer presencia con actos que sean preventivos para acabar con la violencia y brindar seguridad a la sociedad, permitiéndole ser más eficaz y eficiente en la aplicación de las normas. Estos precedentes se convierten en mensajes para los mismos estados, con el fin de que vean las necesidades de subsanar sus malas acciones y garanticen la no repetición de los hechos violatorios. Así pues que lo que se requiere es vivir en avanzada en cuanto al respeto por los derechos de los individuos, en aras de alcanzar el anhelado proyecto de vida de cada ser humano, sin interrupciones ni violaciones en su dignidad.

Conclusiones

El derecho a la vida es inherente al ser humano por el simple hecho de existir. Es un derecho fundamental y ha sido concebido como el más importante de todos los Derechos del hombre ya que no tendría sentido alguno garantizar la libertad, propiedad o cultura a un individuo que se le vulnera este Derecho.

Concomitante con lo anterior, se puede decir que el Estado Colombiano está conformado por unos entes administrativos y judiciales que prestan las garantías necesarias para que los ciudadanos gocen del derecho a vivir dignamente, donde encontramos inmerso el derecho a la vida y a la propiedad privada. Pues el manejo mancomunado de intereses económicos inmersos en la estructura del Estado no dejan caminar las políticas públicas de manera clara y efectiva para que los ciudadanos recuperen la confianza en el Estado.

Si bien en nuestra nación a lo largo de su historia se ha defendido el derecho a la vida y la protección al derecho fundamentales, también es claro que todo esto se ha construido a través del positivismo a través de lo literal, donde la norma es definida por el legislativo, apoyada por el ejecutivo y respaldada por el aparato judicial, también es claro que con la sola exégesis no se configura

la justicia en su totalidad, ya que una cosa es lo que está en los compendios y en los escritos y otra, inclusive más importante es el hecho real. En pocas palabras lo que se quiere decir es que no solo se necesita de una constitución y unas normas de amparo, sino también que el Estado haga realidad lo que estipula en la carta magna, sus normas y fuentes del derecho.

Dado que el flagelo de la violencia en Colombia traspasó la historia con sinónimos de muerte y de sangre en cada uno de los rincones de la patria, tanto en lo rural con los paramilitares y guerrilla, como en lo urbano con la delincuencia común y las Bacrim, por consiguiente ese derecho a la vida en nuestro país suena más a falacia y a una vana fantasía, porque la realidad actual nos muestra un panorama donde el Estado se envolvió en la corrupción y clientelismo, los tres poderes en el transcurso del tiempo han permitido que se permee en su interior estos vicios que carcomen las entrañas de la institución, un ejemplo de ello es la vinculación de muchos funcionarios con los grupos al margen de la ley, conllevando a que las normas sean amañadas y que muchos de los fallos judiciales sean direccionadas al favorecimiento de los que poseen las armas y el recurso económico.

La esperanza a todo lo anterior está basada en que existen herramientas jurídicas que determinan los derechos y principios de todo ser humano, que existen hombres y mujeres valientes que pueden defender con inteligencia y argumentos nuestros principios y derechos que existen en la constitución y en las normas internacionales, que en nuestro país todavía existe la institucionalidad y se puede trabajar en la limpieza de la misma y por último que los ciudadanos pidan a gritos que por fin llegue la paz y que ese derecho a la vida que es inalienable, imprescriptible y propio del ser humano, que como tal se haga respetar, ya que en las manos de ellos está elegir a los que nos van a representar en el poder legislativo y ejecutivo, en pocas palabras los que llevarán el rumbo de una nueva nación.

BIBLIOGRAFÍA

- Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C. No. 150, párr. 63.

17. Sentencia caso Masacre Santo domingo VS Colombia de 2012, fallo de la corte Interamericana de Derechos Humanos, según el concepto hay riesgos y situaciones que se pueden evitar.

- Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, párr. 144; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, párr. 78.
- Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, párr. 245.
- Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120.
- Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 117.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, sentencia de enero 31 de 2006. Párr.119.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Niños de la Calle vs. Guatemala. Párr. 144
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, párr. 144 y 145, y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, párr. 190.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 173, y Caso Masacre de Santo Domingo, párr. 162.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 73, 134 y 172, y Caso Masacre de Santo Domingo, párr. 162.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111, y Caso Suárez Peralta, párr. 129.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123, y Caso Suárez Peralta, párr. 129.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 157.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. voto razonado del Juez Cancado Trindade, sentencia Gutiérrez Soler vs. Colombia.



Cuadernillo de Semillero de Derecho
Internacional de Derechos Humanos

se terminó de imprimir en la
Editorial Artes y Letras S.A.S.,
en mayo de 2014

