

EFFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

EFFECTS OF THE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE STATE COUNCIL

David E. Mercado Pérez¹
Carmen Rosa Ruiz Correa²

RESUMEN

La Jurisprudencia de la Corte I.D.H. ha creado el Control de Convencionalidad; esta es una figura de Derecho Internacional Americano, creada ex profeso que implica que todos los órganos de poder de los Estados que conforman el Pacto de San José, en especial los encargados de administrar justicia, deben acatar y aplicar. Este control es de creación pretoriana internacional. Analizamos la jurisprudencia del Consejo de Estado que ordena al Estado Colombiano reparar daños causados cuando sus FF.MM. y de Policía olvidan sus deberes constitucionales. En ellas se destacan los esfuerzos para reparar integralmente a las víctimas de las masivas violaciones producidas en Colombia en connivencia con organizaciones “Paracas” aplicando la jurisprudencia de la Corte I.D.H. Esto significa que la época en que solo se ordenaba una indemnización en pesos oro o con base en las fórmula de valor presente está superada y, por ende, en materia de reparación opera el control de convencionalidad de modo pleno, apoyadas en el principio Restitutio in Integrum.

PALABRAS CLAVE

Control de Convencionalidad, Consejo de Estado, Corte I.D.H. Derechos Humanos, Reparación Integral, Víctimas.

ABSTRACT

The Jurisprudence of the Court I.D.H. has created the Conventional Control. Created on purpose, this is a figure of American International Law that implies that all the organs of power of the States that conform the Pact of San Jose especially those in charge of administer justice must abide and apply. This control is of international praetorian creation. We analyze the jurisprudence of the Council of State that orders the Colombian State to repair damages caused when its military forces of colombia and the police forget their constitutional duties. They highlight the efforts to fully repair the victims of mass violations in Colombia in collusion with “Paracas” organizations applying the jurisprudence of the Court I.D.H. This means that the time when compensation was only ordered in gold pesos or based on the present value formula is exceeded and therefore in the matter of reparation the control of conventionality operates in full supported by the principle Restitutio in Integrum.

KEYWORDS

Conventional control, Council of State, Court I.D.H. Human Rights, integral reparation, victims.

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2016.

Fecha de evaluación: 29 de junio de 2016.

Fecha de aceptación: 2 de agosto de 2016.

¹ Abogado de la Universidad de Cartagena, Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la U. de Cartagena, en pregrado y posgrado desde 1976. A su cargo estuvo el diseño de la estructura jurídica y administrativa del Dpto. de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la U. de C/gena. en 1997. Ha estado al frente de varias cátedras a lo largo de su carrera docente. Dicta hoy Teoría Constitucional y Derecho Constitucional Colombiano. Correo electrónico: davidmercadoperez@yahoo.com.

² Abogada de la facultad de Derecho Universidad Libre sede Cartagena, Investigadora del grupo Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional y en el ejercicio profesional desde la graduación. Correo electrónico: crcc_0307@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

El Control de Convencionalidad es una figura de Derecho Internacional Americano, creada ex profeso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte I.D.H. en adelante) que implica que todos los órganos de poder de los Estados que conforman el Pacto de San José, en especial los encargados de administrar justicia deben acatar y aplicar las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el sentido en que las interprete la Corte citada. Este control, queda claro, es de creación pretoriana internacional.

Precisaremos el modo como el Consejo de Estado de Colombia aplica los criterios de reparación creados y perfeccionados por la Corte I.D.H. en especial aquellos donde se han producido masivas violaciones de Derechos Humanos frente a las cuales, las doctrinas de esa Corte se ven desbordadas para concretar la verdad, la justicia y la reparación.

Analizaremos la jurisprudencia del Consejo de Estado donde se ordena al Estado Colombiano reparar daños causados cuando sus FF.MM. y de policía, apoyados en organizaciones “Paracas” dejan de cumplir sus deberes constitucionales. En ellas se destacan los esfuerzos para reparar integralmente a las víctimas de esas masivas violaciones antes dichas aplicando la jurisprudencia de la Corte I.D.H. Esto significa que la época en que solo se ordenaba una indemnización en pesos oro está superada. Por ende, en materia de reparación opera el control de convencionalidad de modo pleno, tanto que el Consejo de Estado está retroalimentando las doctrinas jurisprudenciales de la Corte I.D.H.

Al producirse una violación de Derechos Humanos lo que se impone es retornar al estado anterior a la conducta, por acción u omisión, violadora; empero, con los niveles de sevicia y degradación vividos en Colombia este retorno es imposible ya que los daños producidos son imborrables y “mueren” solo cuando las víctimas fenecen. Por ello, a las reparaciones diseñadas por la Corte I.D.H. les resulta inevitable

conformarse con mitigar los perjuicios de las víctimas “Inventando” fórmulas sustitutivas del retorno al estado anterior.

De lo explicado, cuando se declara que un Estado es responsable internacionalmente por violar derechos humanos en los términos de la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH, en adelante) nacen dos deberes, el primero, garantizar el goce real y efectivo de la Libertad o El Derecho Fundamental conculcado; el segundo, *reparar* los perjuicios causados por la conducta violatoria.

Pero lo aquí dicho no es algo exclusivo del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, ya que todos los estados, tienen la obligación de establecer una política pública, conforme a su sistema jurídico, de protección y reparación de esos derechos basados en los estándares del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (DIDH, en adelante); en efecto, en el año 2005 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario e interponer recursos y obtener reparaciones*”

1. METODOLOGÍA

Este Ensayo se inserta en los campos de la Filosofía del Derecho, del derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, condensa contenidos de Marcos Teóricos de Proyectos de Investigación en ejecución. Parte del principio que solo es a partir de lo Filosófico como se puede abordar el estudio del derecho donde se justifican tesis mediante argumentación dialéctica válida dentro de una racionalidad práctica y no de mera técnica jurídica. Esto, en razón a que los Derechos Humanos son una pura creación de la filosofía política occidental al retornar al Iusnaturalismo Racional estoico por HUGO GROCI³ y precisado así por los filósofos contractualistas.

3 Ver DE IURE BELLI AC PACIS, donde Grocio establece las bases del Iusnaturalismo racional, totalmente opuesto al católico.

Precisaremos, sobre esta base; I. el origen y evolución del concepto de Control de Convencionalidad y su incorporación a nuestro derecho interno por medio de la figura del Bloque de Constitucionalidad. II. Los estándares de reparación en la jurisprudencia de la Corte I.D.H. y III. Como el Consejo de Estado ha aplicado el Control de Convencionalidad en los casos de graves y reiteradas violaciones a los Derechos Humanos en Colombia.

Es, pues, un método jurídico, descriptivo, bibliográfico y exploratorio por el cual se analizan las sentencias de la Corte I.D.H. y del Consejo de Estado del período 2007 a 2011 donde esta alta corte genera el desarrollo jurisprudencial objeto de este estudio.

2. CONTEXTO

La Novena Conferencia Internacional Americana, integrada por 21 Estados, sesionó en Bogotá en 1948, en ella se adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (“Pacto de Bogotá”) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. De la misma manera que la Carta de la OEA, el Pacto de Bogotá obliga a las Altas Partes Contratantes a resolver las controversias entre los Estados americanos por medios pacíficos y enumera una lista de procedimientos a seguir: buenos oficios y mediación, investigación y conciliación, y arbitraje. Si no se logra una solución mediante el procedimiento de conciliación establecido, las partes pueden recurrir a la Corte Internacional de Justicia. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señaló el compromiso regional con la protección internacional de los derechos humanos sentando las bases para la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobada en 1969 y vigente desde 1978.

La O.E.A. Nació en plena guerra fría y durante las sesiones de la citada novena conferencia panamericana que le dio origen, asesinaron a Jorge E. Gaitán. Así pues, dicha Organización

se crea para “defender” el continente americano del comunismo.

En consideración a que ya no podían enviar a los “marines” porque existía el nuevo orden creado después de la segunda guerra mundial, Washington, cuando los gobiernos “legales” americanos no pueden detener la penetración marxista y la expansión de las guerrillas, generada por la victoria de Fidel Castro el 1° de enero de 1959, no duda en apoyar los eufemísticamente llamados “pronunciamientos” militares; estos últimos eran los clásicos chafarotes o troperos acostumbrados a disparar por cualquier motivo, desde cualquier protesta hasta en las guerras civiles, algo “natural” en nuestra América, sin consideración de a quien le disparaban.

U.S.A apoya “gobiernos” de juntas integradas por los comandantes de cada arma (ejército, fuerza aérea y marina) en el entendido de que debían matar bajo ropaje “legal”, el estado de sitio en Colombia es el mejor ejemplo. Estos gobiernos deben enfrentar las protestas mientras U.S.A. mantiene su “fama” de defensor de la democracia y de los derechos humanos y civiles de cara a la guerra fría, donde la U.R.S.S. era presentada como la gran trasgresora de los mismos, así es como se crea la comisión de derechos humanos dentro del contexto de la O.E.A. Se busca que las organizaciones de derechos humanos, consideradas de izquierda, “confien” en la democracia americana y en el sistema jurídico internacional de protección de derechos humanos basado en la O.E.A.

Además, la agencia de ayuda y cooperación (U.S.A.-- AID) enmascara la actuación de agentes secretos americanos en cada país latino americano. Los años sesenta del siglo XX son el punto más alto de lo dicho, al considerar a todos los dictadores latinoamericanos según la célebre frase de Theodore Roosevelt dicha a propósito del dictador Anastasio “Tacho” Somoza en Nicaragua: *“Tacho es un perfecto h.p., pero es nuestro h.p.”*

En ese contexto nace la corte interamericana de derechos humanos, un tribunal creado como parte de la O.E.A. para tramitar las acusaciones formuladas por la comisión antes creada.

Eso es posible porque la guerra fría ve como la U.R.S.S. entra en el callejón sin salida de la guerra civil en Afganistán para luego terminar con la Perestroika, la caída del muro de Berlín y la disolución de la U.R.S.S. todo ello coincide con el apoyo de Washington a las O.N.G. ya que ahora no necesitan a los “dictadores” sino a gobiernos “legales” integrados por civiles. No se olvide que el tribunal puede condenar a los estados de América Latina y sus sentencias se convirtieron en el terror de los “chafarotes”.

Gústenos o no, todo el sistema siempre ha estado controlado por Washington. El Derecho cambió en el mundo en su manera de concebirse desde que terminó la 2ª. Guerra mundial, está cambiando en otras partes de América Latina, pero en Colombia existe una resistencia férrea y hasta militante que se refiere con desprecio a lo que han dado en llamar el “Nuevo Derecho” y a sus cultores. Adoran la exégesis basada en que la “verdad” del derecho solo está en la Ley mientras añoran la Carta de 1886.

3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Este Control es creación jurisprudencial de la Corte I.D.H. como se dijo, a partir de la interpretación hecha al Art. 2 de la CADH, que crea la obligación de los estados parte de expedir las normas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades fijadas en la Convención; además, el Art. 62, numeral 1 ordena que los estados parte **“reconocen la competencia de la Corte en cuanto a la interpretación y aplicación de la CADH”**.

Esta figura nace con el Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, en los casos de Myrna Mack contra Guatemala, año 2003 y Tibi contra Ecuador, año 2004, cuando afirmó que la Corte I.D.H. y los Tribunales Constitucionales desempeñan una tarea similar, ya que estos últimos pueden quitar del ordenamiento jurídico de los estados donde ellos existen los actos impugnados como violadores de la respectiva Constitución y la Corte I.D.H. revisa la convencionalidad de los actos que llegan a su conocimiento, APLICANDO LOS PRINCIPIOS Y VALORES de los tratados que crean su jurisdicción y competen-

cia para interpretar las normas de estos mismos y resolver así los casos planteados. (Hitters, 2009: 110-113). Más tarde, en el caso Raxcacó Reyes contra Guatemala, año 2005, dado que el Art. 201 del Cód. Penal de ese país al imponer la pena de muerte viola la CADH, ordena modificar la norma, excluyendo esa pena y en el caso López Álvarez contra Honduras, año 2006, al examinarse lo que debe entenderse por “plazo razonable” conforme a los Arts. 7, num.5 y 8, num.1 del pacto, la Corte I.D.H. enfatiza que siempre se deben revisar las circunstancias de *Iure* y de *Facto* en cada asunto.

Esto nos lleva a lo planteado por CHAIM PERELMAN en la introducción de su obra *“El Imperio Retórico—Retórica y Argumentación”*, donde narra su encuentro con la “Retórica”, cuando en los años cuarenta del siglo XX inicia un estudio sobre la justicia desde una postura positivista y termina apartándose de ella, al establecer un concepto básico para su teorización posterior, denominado “REGLA DE JUSTICIA”, que dice: *“Seres semejantes han de ser tratados semejantemente”*.

El problema que enfrentaba, al postular esa regla, era el de **diferenciar de un modo funcional lo que es semejante de lo que no lo es**, problema que se convirtió en algo esencial ya **que solucionarlo inevitablemente implica el uso de juicios de valor**. Ahora bien, estos juicios según el positivismo son arbitrarios e indemostrables, luego, ¿Es posible razonar sobre valores a partir solo de valores?, conforme al positivismo No. Lo llamativo del planteamiento Perelmaniano reside en que la afirmación positivista sobre los juicios de valor carece de cualidad o de valor cognoscitivo al no sustentarse en un juicio de demostración, por lo que es en sí otro juicio de valor, toda una paradoja. El positivismo no puede pretender ser “científico”, partiendo de una premisa indemostrable “científicamente” que, además, conduce a una inevitable consecuencia, la descalificación de la razón práctica.

Aquí reside todo, los Derechos Humanos solo se pueden abordar desde la razón práctica Kantiana, luego, **su práctica judicial está indisolublemente basada en juicios de valor**. El positivismo, como se ve, carece aquí de sentido.

El proceso de delimitar y hacer funcional y viable el control de Convencionalidad ha sido permanente, en el caso Almonacid Arellano contra Chile, año 2006, la Corte I.D.H. dijo que el poder o rama judicial de cada Estado parte debía realizar **“una especie de control de convencionalidad interno”** para confrontar normas aplicables a casos concretos y la CADH y, lo más importante, en él se afirma que **las decisiones de la Corte I.D.H. como legítimo intérprete de la CADH hacen parte del Control de Convencionalidad.**⁴

Esto se reiteró en las sentencias de los Casos de los Trabajadores cesados del Congreso contra Perú, año 2006 y Boyce y otros contra Barbados, año 2007; en la primera el Juez GARCÍA RAMÍREZ en este proceso de precisión y delimitación de la figura del control de convencionalidad al decir que este control no solo comprende el CADH sino que esta Convención hace un único **“Corpus Iuris Convencionis”** del Derecho Internacional americano, como son El Protocolo sobre la abolición de la Pena de Muerte, la Convención para prevenir y sancionar la Tortura, la Convención sobre desaparición forzada y la Convención de Belem do Pará para erradicar la violencia sobre la mujer.

Y, para culminar el proceso evolutivo de esta figura jurídica en el Derecho Internacional Americano, la sentencia del año 2010 proferida en el caso de Cabrera García y Montiel Flórez contra México, la Corte I.D.H. estableció de modo claro que el Control de convencionalidad debe aplicarse NO solo por la Corte Constitucional vía Bloque de Constitucionalidad, en nuestro caso, sino por TODOS LOS ÓRGANOS DEL ESTADO, ya que no es exclusivo del poder o rama judicial.

Conclúyese que este Control es una invención de la Corte I.D.H. para hacer efectiva y funcio-

nal la protección de los Derechos Humanos que obliga a esta Corte y a todos los estados parte del sistema interamericano de los mismos, llamado “Pacto de San José” y las demás convenciones complementarias, a través de todos sus órganos. Se puede afirmar que el Derecho Internacional va al encuentro del Derecho Constitucional y este va, igualmente, al encuentro del Derecho Internacional, creándose, si se quiere, una suerte de bloque de constitucionalidad solo para los casos donde se controviertan Derechos Humanos.

3.1 APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Este control es de estricta obligación para todos los jueces de la república dentro de la defensa de la Constitución como norma de norma en los términos del Art. 4° de la Carta del 91, aplicando el concepto de “Bloque de Constitucionalidad”, ya que su artículo 93 así lo dice. El bloque está integrado por el articulado de la Carta más los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia que traten sobre Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, etc. Más la jurisprudencia internacional y el Ius Cogens.

¿Qué prevalece?, ¿el Derecho Interno o el Derecho Internacional Público? La corte constitucional indica:

“El Estado colombiano y, dentro de él sus autoridades e instituciones, en el ámbito de sus competencias legales y reglamentarias –lo que incluye, cómo no, a esta Corte Constitucional- se encuentran obligadas a acatar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al actuar en este sentido, (i) se desarrollan los principios y valores contenidos

4 “(...) 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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.(...)” (Corte IDH - Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, 2006, pág. 53 Párr 124).

en los artículos 1, 2 y 5 de la Carta, así como (ii) el 22 constitucional, en la medida en la que el acatamiento de fallos internacionales es una herramienta para la paz. Igualmente, (iii) la exigencia en el cumplimiento viene dada por la incorporación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nuestro ordenamiento por vía del bloque de constitucionalidad, previsto en el artículo 93 de la Constitución. También (iv) por la aplicación de aquel principio de derecho internacional que indica que todos los compromisos internacionales que adquiere un Estado –dentro de los que están comprendidos los que reconocen la jurisdicción de la Corte IDH y la obediencia a lo que esta decida - deben ser cumplidos de buena fe (Corte Constitucional - MP: Jorge Palacio Palacio, 2012, pág. 10 Consideraciones 4.10)”.

La supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno es evidente, todo depende del modo en que los órganos del Estado establezcan la integración de las normas internacionales con su derecho interno.

Las autoridades no pueden soslayar el cumplimiento de ésta primordial obligación de una convención internacional, bajo el pretexto de que se debe dar más relevancia al ordenamiento jurídico, ya que estarían también transgrediendo el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 – De los Derechos de los Tratados – donde se consagran los principios fundantes del Derecho Internacional Público: Pacta Sunt Servanda y Bona Fide.

La misma Corte Constitucional lo reconoció en 1998, cuando afirmó: “(...) Para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual un Estado puede comprometer su responsabilidad internacional si sus jueces aplican normas internas contrarias a las cláusulas insertas en un tratado. Por ende, cuando un Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución -esto es, el Presidente y el Congre-

so en el caso colombiano- tienen la obligación de modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sea sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional. De esa manera, si bien las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno son inevitables en un determinado momento histórico, la evolución jurídica permite una armonización dinámica entre ambos órdenes jurídicos. (...) (Corte Constitucional - MP: Alejandro Martínez Caballero, 1998, pág. 92 Consideraciones 46)

La Corte Constitucional ha reconocido un amplio margen de aplicabilidad a la jurisprudencia de la Corte IDH como parte esencial del Control de Convencionalidad, cuando afirma: “(...) En diversos fallos esta Corporación se ha referido puntualmente a la Corte IDH, indicando que su jurisprudencia es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad. (...)” (Corte Constitucional - MP: Jorge Palacio Palacio, 2012, pág. 23 Consideraciones 4.5)

Se infiere que el control de convencionalidad prima sobre el control de constitucionalidad al analizar la institucionalidad o “constitucionalidad” de los actos político--jurídicos que se desarrollen a partir de los Acuerdos de la Habana que al ser firmados y depositados en Naciones Unidas pasan a ser parte del Bloque de Constitucionalidad, además, el Consejo de Estado se muestra más estricto con relación a este aspecto al afirmar que: “(...) En síntesis, el control de convencionalidad es un principio de aplicación imperativa, que aunque aparentemente tiene una dimensión destructiva –dejar de lado el derecho interno– ello se supera al trascender a la dimensión integrativa que permite presentar una normativa que conjuga finalmente, un or-

denamiento jurídico, como un todo (...)” (CJ: Enrique Gil Botero - Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo - Consejo de Estado, 2013, págs. 67-68)

4. LOS ESTÁNDARES DE REPARACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE I.D.H.

Dijimos antes que los Derechos Humanos son iusnaturalistas y, por serlo, son de carácter moral, por tanto no dependen de un reconocimiento positivo de cada Estado puesto que nacemos con ellos por ser seres humanos.

BENTHAM estableció que para **estudiar la naturaleza del derecho se debía estudiar primero la naturaleza del sistema político donde debe operar**, hoy, HART es un seguidor ilustre de este método. JOHN AUSTIN, combinó el método lingüístico, como precursor de este, con el institucional, por lo que la filosofía jurídica inglesa ha sido la más coherente en la historia de la filosofía del derecho sobre la búsqueda de una respuesta a cuál es la naturaleza del Derecho. Mientras HART examina el Derecho desde la perspectiva del nacimiento de nuevos tipos de instituciones políticas, tanto legislativas como judiciales dentro de contextos de necesidades sociales y políticas, que a su vez solo se pueden expresar lingüísticamente. Siempre que **la doctrina de la naturaleza del derecho se identifique con una doctrina de la decisión judicial, se convierte en una teoría moral**; por eso dice RAZ: *“la cuestión de si un tribunal inglés está facultado para declarar nula y sin efectos una resolución ministerial sobre la base de que viola los Derechos Humanos, es claramente una cuestión moral y política”*.

Luego, hablar de estándares de reparación implica, dado que las convenciones del sistema interamericano sobre derechos humanos se pensaron dentro del sistema anglo sajón, que la jurisprudencia de la Corte I.D.H. pertenece a este sistema. Este es el que se impuso con los Procesos de Núremberg para juzgar a los criminales de guerra nazis. De allí que sea prácticamente igual a la de la Corte Constitucional, es decir, el derecho creado por la Corte I.D.H. es pretoriano no solo en lo sustantivo sino en lo procesal.

Ahora bien, estos estándares se han elaborado en sentencias que en su mayoría se refieren al Estado colombiano, no podía ser de otra manera, 50 años de violencia envilecieron la sociedad colombiana, al Estado mismo y a sus instituciones.

Por ello, *“La fuerza pública en nuestro Estado Social de Derecho está sujeta a restricciones, su poder se contrae a la protección de las libertades de todas las personas residentes en Colombia, y a su participación en los fines sociales del Estado y de los particulares. El uso del poder permanece bajo la vigilancia del pueblo, de la rama jurisdiccional y de la legislativa, con el fin de que se oriente hacia objetivos que consulten el bien común. ... Sin embargo, la fuerza pública en un contexto social, económico y político como el colombiano, cuando no cumple el mandato constitucional de protección, sino que se convierte en un elemento de represión, se transforma en un agente causante por acción u omisión de daños antijurídicos a los administrados”*. (Echeverría, 2014: 18).

No se olvide que lo que se busca es establecer la situación actual en materia de estándares de reparación o, el estado del arte existente al respecto. No se abordarán aspectos procesales para obtener una sentencia favorable en lo que a la reparación respecta ni ante las cortes colombianas ni ante la Corte I.D.H.

Afirma Echeverría: *“La acción del agente estatal Fuerzas Militares constituye un factor unificador de los diversos elementos que hacen parte del proceso de imputación: acción, sujeto, consecuencias y responsabilidad. Es necesario esa doble fase: Objetiva, en cuanto parte de un acto real y cierto, ya que sin la existencia del hecho en sí mismo sería imposible su nacimiento; y subjetiva, en cuanto tiene por base un proceso esencialmente individual y psíquico del cual no debe prescindirse”*. (Echeverría, 2014: 21).

4.1 EL DEBER DE REPARAR, CRITERIOS GENERALES

El Derecho de gentes desde su nacimiento estableció el deber de reparar y hoy se nos presenta en dos planos, uno Internacional y otro Inter-

no. El Primero está en el art. 63, núm. 1 de la CADH que establece “*Cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido en esta convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado 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*”. El Segundo figura en el Art. 90 de la Carta del 91 que ordena que el Estado responda con su patrimonio por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de sus autoridades públicas.

En nuestro caso, ambos planos coinciden en su texto por lo que son complementarios. Pero, la Corte IDH precisa que el deber de reparar derivado de violaciones de los derechos reconocidos en la CADH se rige en todos los aspectos por el Derecho Internacional público; luego, los Estados parte no puede cambiar los beneficiarios, el alcance, la determinación ni los modos del resarcimiento fijados en las sentencias de dicha Corte.

Es menester entender que el deber de reparar NO ES punitivo sino meramente compensatorio, la Corte I.D.H. el 21 de Julio de 1989 y el 27 de Agosto de 1998 dijo: “*el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se creó para imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino la de amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que se les hayan causado*” y, en esta última se agregó que *el imponer sanciones o “indemnizaciones ejemplares” no es posible porque va más allá de la naturaleza de este tribunal y de sus atribuciones.*

“Reparar” es un concepto genérico que, por serlo, es semánticamente abierto, la Corte I.D.H. siempre ha dicho que él se refiere a las diferentes formas en que un Estado enfrenta su responsabilidad internacional, siendo así muy de “avanzada” al ordenar las reparaciones de las víctimas de violaciones de DD.HH. que van más allá la mera indemnización tradicional, así, por ejemplo, en las garantías de no repetición impone medidas que para ser cumplidas por el

Estado condenado, la rama ejecutiva debe adoptar ciertas políticas públicas y ha llegado, como en el caso Radilla Pacheco contra México del 2009, a ordenar la modificación del Art. 57 del Código de Justicia Militar y de la Constitución de dicho país para aplicar la CODH y la jurisprudencia de la Corte I.D.H. en sus decisiones judiciales. (Hitters, 2012: 355 – 574).

Por lo regular las reparaciones se han ido agrupando en dos categorías: A.- Indemnización y B.- Medidas de Satisfacción. Con relación a esta última ha establecido tres “Indicadores” para determinar los medios de satisfacción, la Justicia, la no repetición de los hechos y el público reconocimiento de responsabilidad estatal. Todas las formas de reparación se complementan, debiendo emplearse los más cercanos al principio de la **Restitutio in Integrum** de la víctima y las específicas circunstancias de cada caso.

Sin embargo, es impracticable, en la mayoría de los casos retornar a la situación en que se hallaba la víctima antes de la violación de sus derechos humanos, máxime cuando son muchas víctimas como ha acontecido en Colombia, Guatemala o el Salvador; por esto. Deben usarse otras formas de reparación en función de las circunstancias de la violación por lo que no es menester usar en casos específicos todas las formas de reparación sino las más idóneas para reparar lo mejor posible el daño. Para ello, se aplican los criterios interpretativos previstos en el Art. 29 de la CADH y el principio **Pro Homine** que consiste en “**Efectuar la Interpretación más favorable para el goce y ejercicio de las Libertades y Derechos fundamentales**” dando así un sentido a dicha norma.

Por lo expuesto, se infiere que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso como tal, las violaciones que se declaren en la sentencia, los daños probados y las medidas solicitadas en la demanda por considerarse que son las adecuadas desde la perspectiva del demandante. La Corte I.D.H. debe sopesar estos criterios para declarar como será la reparación conforme a derecho.

Al respecto, pueden analizarse las providencias de 21 de Julio de 1989, 16 de Agosto de 2000,

30 de Noviembre de 2001, 3 de Diciembre de 2001, 22 y 27 de Febrero de 2002, 27 de Noviembre de 2008, 23 de Septiembre de 2009 y 24 de Noviembre de 2009. (Cárdenas y Suárez, 2014: 38).

5. APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL CONSEJO DE ESTADO

Comencemos por precisar que los criterios de reparación analizados en el acápite anterior pueden resultar muy onerosos para las finanzas públicas del Estado, pero la Corte I.D.H. no mira eso ya que la dignidad Humana NO tiene precio y el Estado demo—liberal garantista y con deberes frente a los habitantes de su territorio según dispone el Art. 2º de la Carta de 1991, responde plenamente si no desempeña bien su función de *“proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*.

La reparación ordenada debe satisfacerse plenamente a pesar de que el Estado alegue obstáculos presupuestales, casi siempre calificables como mitos hacendísticos. La Corte I.D.H. siempre ha rechazado ese tipo de peros, máxime que la violencia política en Colombia, Guatemala y el Salvador generó matanzas de centenares de personas. La reparación no se limita solo a los aspectos económicos, sino que este se articula con la exigencia de verdad, el juzgamiento de los responsables y reformas que impidan la repetición de los hechos. Es así como frente a esta violación masiva de DD.HH. la Corte I.D.H. en la sentencia *“Masacre Plan Sánchez Vs, Guatemala” del año 2004* dijo que **la reparación no se agota con la indemnización de daños materiales e inmateriales, ya que en ella puede ordenar al Estado violador** medidas con amplia repercusión pública, tales como:

- 1.- La Obligación de investigar y castigar y sancionar a los responsables.
- 2.- El derecho a la verdad.
- 3.- Actos de reconocimiento público de responsabilidad ante la comunidad internacional

- 4.- Si las víctimas hablan un idioma distinto al predominante en su país, la sentencia debe ser traducida al que ellas hablasen. (Dimensión multicultural)
- 5.- Medidas socioeconómicas como programas de vivienda, salud, educación e infraestructura.

Lo expuesto equivale a decir que las Sentencias en caso de masacres pueden ordenar un reajuste del gasto público para financiar la reparación a las víctimas por la incuria perenne de los Estados americanos en el cumplimiento de los fines del estado demo liberal.

En el año 2005, Colombia aumenta el nivel de atrocidad, si es que ello puede decirse, en la *“Masacre de Mapiripán”*, **donde nunca se conoció el número total de víctimas**; la Corte I.D.H. ratifica la jurisprudencia sentada en la *“Masacre Plan Sánchez”*, la precisa y la expande al ordenar por vez primera **“Reparación para todas las víctimas y sus familiares que no pudieron individualizarse en el proceso iguales a las que si fueron identificadas”**.

Como medidas adicionales se ordenaron:

- 1.- El deber de Juzgar y condenar a los responsables de la masacre.
- 2.- Identificación plena de todas las víctimas.
- 3.- Implementación de un mecanismo de seguimiento de las reparaciones y de participación de las víctimas en la definición de las reparaciones.
- 4.- Garantías plenas de seguridad para los habitantes.
- 5.- Construcción de un monumento en honor y homenaje a las víctimas.
- 6.- Programas de Educación en DD.HH. de las fuerzas armadas y de la Policía.

Aún frente a lo expuesto, el Consejo de Estado en sentencia de 19 de Octubre de 2007 dijo conocer la Jurisprudencia de la Corte I.D.H. sobre la reparación integral, **pero ratificó su abundante línea Jurisprudencias vigente**, basada en que no podía salirse del *principio de congruencia* que determina que la jurisdicción contencioso-administrativa es rogada y no oficiosa por lo que debía aplicar los criterios de las

Leyes 446 de 1998 y 975 de 2005 que disponían que el juez de reparación NO podía ordenar medidas diferentes a las económicas para reparar el Daño, de forma estricta. Pero, tímidamente admitió que el beneficiario de una condena de reparación económica podía perseguir la reparación integral en la Corte I.D.H. por medio de una sentencia de Derecho Internacional.

Después del caso Mapiripán eran muy amplios los sectores que clamaban un giro decisivo de esta doctrina y, el 20 de Febrero de 2008, en el radicado 16996, la misma se deja de lado, cuando con ponencia de Enrique Gil Botero, se condena al Estado colombiano a una reparación integral por conductas contrarias a la CADH, aplicando por Control de Convencionalidad la doctrina de la Corte I.D.H. haciendo innumerables referencias textuales del Derecho Internacional americano, ya que la Policía Nacional desapareció y ejecutó a dos hombres privados de la Libertad en el municipio de Tuluá.

Esta sentencia es un hito histórico ya que por primera vez dentro de nuestra tradición jurídica contenciosa administrativa empieza a abandonarse el sistema francés y comienzan a adoptarse criterios como la modulación de sentencias y el valor del precedente; en el caso del fallo del 20 de Febrero del 2008 se reconoce la procedencia de la Extra Petita cuando se comprueba una notoria o flagrante violación de los Derechos Humanos, al afirmar: *“El sistema jurídico Interno debe ceder frente a los postulados contenidos en la Carta Política y en el orden internacional para dar paso a medidas e instrumentos que permitan la protección efectiva y material de aquellos”*.

Posteriormente, durante el 2008 el Consejo de Estado se pronunció en siete ocasiones en materia de reparación integral por violaciones de DD.HH. en el 2009 expidió ocho fallos, en el 2010, lo hizo en diez sentencias y en 2011 en trece. En las subsiguientes a la del 20 de Febrero de 2008, siempre se apoyó en la doctrina del precedente. (Cárdenas y Suárez, 2014: 43).

De las sentencias relacionadas, siguiendo a Echeverría, *“La sección tercera del Consejo de Estado...ha consolidado la responsabilidad*

del Estado derivada de las Fuerzas militares en relación con las siguientes actividades y regímenes:

- a) *Daños ocasionados a los miembros de la fuerza pública cuyo ingreso militar ha sido en forma voluntaria.*
- b) *Daños ocasionados por el abandono de artefactos explosivos oficiales.*
- c) *Daños a civiles que colaboran con las autoridades militares.*
- d) *Daños a civiles detenidos y a disposición de las fuerzas militares.*
- e) *Daños causados a personas sometidas al servicio militar obligatorio (Conscriptos).*
- f) *Daños causados con arma de fuego de dotación oficial.*
- g) *Daños causados con vehículos automotores de la fuerza pública.*
- h) *Daños causados a personas y bienes por actos terroristas.”* (Echeverría 2014: 22)

En el año 2014, bajo el radicado 32998, el Consejo de Estado expidió una sentencia de Unificación sobre *“La clasificación de daños inmateriales y el juicio de imputación estatal en los casos de falla de servicio frente a violaciones masivas de derechos humanos, donde el CONTROL DE CONVENCIONALIDAD proporciona al Juez una herramienta que le permite a partir del prisma de normas supranacionales identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar su responsabilidad”*.

No obstante, debe decirse que este es un proceso por lo que aun el control de convencionalidad en el Consejo de Estado está en construcción, pero lo hecho hasta ahora ya es histórico en el derecho colombiano.

CONCLUSIONES

Los criterios desarrollados por la Corte I.D.H. nos muestran el estado del arte en materia de mecanismos internacionales de protección de los Derechos Humanos. El Control de Convencionalidad creado por dicha corte de modo pausado pero firme brinda una defensa eficaz contra la endémica violación por parte de los Estados de América Latina de esos derechos. La interpretación de los Tratados sobre DD.HH.

por parte de esa corte, está, en la práctica, fijando los límites de cesión de soberanía de los Estados partes, de modo tal que por medio de su jurisprudencia modifica las normas de derecho interno de esos estados que se le oponen.

El sistema jurídico americano es anglo sajón, por ello es pretoriano, por lo que prima la doctrina del precedente, además, las normas procesales se deducen por interpretación de los tratados sobre DD.HH.

El Consejo de Estado al aplicar el Control de Convencionalidad reconoce que en materia de “Teoría del daño” su esfuerzo principal debe enfocarse en los derechos de las víctimas y proteger de modo real y efectivo los derechos humanos de ellas, apareciendo la Ultra y la Extra Petita en nuestro derecho administrativo.

La aplicación directa de las sentencias de la Corte I.D.H. vía Bloque de Constitucionalidad fortalece esa figura en nuestro sistema jurídico al vincularla estrechamente con la de Bloque de Convencionalidad. Esta figura ya no la usa solo la Corte Constitucional sino el Consejo de Estado.

Al aplicarse a las fuerzas militares el artículo 90 de la Carta de 1991, la responsabilidad de estas queda bajo el bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad; así, el principio de juridicidad determina ahora que la antijuridicidad no está centrada en el acto por lo que se configuran acciones u omisiones sin tener en cuenta la noción de culpa o de responsabilidad del estado por medio de sus agentes

REFERENCIAS

AARNIO, Aulis. Derecho, Racionalidad y Comunicación Social—Ensayos sobre Filosofía del Derecho—2a. Edición, 2000. Distribuciones Fontamara, 113 Páginas. Serie Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política # 40.

ALEXI, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica, 1ª. Edición español, 1989, Centro de Estudios Constitucionales.

----- Derecho y Razón Práctica, 1a. Edición, 2a. Reimpresión, 2002, Distribuciones Fontamara, 94 páginas. Serie Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política # 30.

----- Teoría del discurso y Derechos Humanos, 2a. Edición 1995, Universidad Externado de Colombia, 136 páginas. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho # 1.

----- Teoría de los Derechos Fundamentales.1993, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid).

BASTIDA Freixedo, Xacobe. El Derecho como Creencia, 1ª. Edición, 2000, Universidad Externado de Colombia, 303 Páginas. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho # 3.

----- El Silencio del Emperador, 1ª. Edición en Castellano, 2001, Universidad Nacional.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho, Edición sin número Editorial Themis, 1992.

----- El Problema del Positivismo Jurídico, 1ª. Edición, 8ª. Reimpresión, 2004, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política # 12.

CÁRDENAS Poveda, Margarita y SUAREZ Osma, Ingrid, Aplicación de los criterios de reparación de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano, Revista Opinión Jurídica, Vol. 13 núm. 26, pp 33-48. 2014.

ECHEVERRÍA Acuña, Mario. Actuaciones de las Fuerzas Militares generadoras de responsabilidad estatal a partir de la Constitución de 1991. Revista Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 9 núm. 2. pp 17-43. 2014.

GARCIA VILLEGAS, Mauricio. La Eficacia Simbólica del Derecho. 2ª Edición, 2014. Ediciones Universidad Nacional—IEPRI—

HART, H.L.A. El Concepto de Derecho, 2ª. Edición (Reimpresión), Abeledo—Perrot, Buenos Aires.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad, Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), Revista de Estudios Constitucionales, año 7, núm. 2, pp 109-128. 2009.

----- El control de Convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la corte interamericana. Revista de Estudios Constitucionales, año 10, núm. 2, pp 355-574. 2012

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia, 1ª. Edición, 1995, Editorial Trotta S.A.