A stylized map of Colombia is shown in white against a dark blue background. The map is composed of several hand silhouettes of various colors (light blue, teal, grey) that form the outline of the country. A white diagonal line runs across the map from the top left to the bottom right.

TOMO 1

Discusiones contemporáneas
en el Sistema Interamericano de
DERECHOS HUMANOS
y su referenciación en el orden
jurídico interno de Colombia

Carlos Eduardo Saraza Gómez
[Compilador]

DISCUSIONES CONTEMPORÁNEAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU REFERENCIACIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO DE COLOMBIA

Tomo I

Estudio sobre el acatamiento de los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias emitidas contra Colombia, por parte de los tribunales de cierre nacionales

Carlos Eduardo Saraza Gómez
(Compilador)

DISCUSIONES CONTEMPORÁNEAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU REFERENCIACIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO DE COLOMBIA

Tomo I

Estudio sobre el acatamiento de los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias emitidas contra Colombia, por parte de los tribunales de cierre nacionales

Carlos Eduardo Saraza Gómez
(Compilador)

Saraza Gómez, Carlos Eduardo compilador

Discusiones contemporáneas en el sistema interamericano de derechos humanos y su referenciación en el orden jurídico de Colombia -- / Compilador Carlos Eduardo Saraza Gómez. -- Bogotá: Fundación Universitaria del Área Andina, 2019.

ISBN (impreso): 978-958-5539-73-0

ISBN (digital): 978-958-5539-74-7

Tomo 1 : ; 25 cm.

Incluye índice

1. Derechos humanos. – 2. Derecho. – 3. Indígenas – aspectos jurídicos.

Catalogación en la fuente Biblioteca Fundación Universitaria del Área Andina (Bogotá)

323 – scdd22

Discusiones contemporáneas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su referenciación en el orden jurídico interno de Colombia

Tomo 1. Estudio sobre el acatamiento de los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias emitidas contra Colombia, por parte de los tribunales de cierre nacionales

© Fundación Universitaria del Área Andina. Bogotá, noviembre de 2019

© Carlos Eduardo Saraza Gómez, Carlos Andrés García Velásquez, Astrid Milena Calderón Cárdenas, Jenny Chalarca Hoyos, Margarita María Serna Alzate

ISBN (impreso): 978-958-5539-73-0

ISBN (digital): 978-958-5539-74-7

Fundación Universitaria del Área Andina

Calle 70 No. 12-55, Bogotá, Colombia

Tel: +57 (1) 7424218 Ext. 1231

Correo electrónico: publicaciones@areandina.edu.co

COLECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

Proceso de arbitraje doble ciego

Recepción: julio de 2019

Evaluación de contenidos: septiembre de 2019

Correcciones de autor: octubre de 2019

Aprobación: octubre de 2019

PROCESO EDITORIAL

Dirección editorial: Omar Eduardo Peña Reina

Coordinación editorial: Camilo Andrés Cuéllar Mejía,
Héctor Alfonso Gómez Sánchez

Diseño de cubierta: Sebastián García Sanabria

Correo electrónico: sebg30@gmail.com

Corrección de estilo, armada electrónica e impresión:

Proceditor Ltda.

Calle 1C No. 27A-01, Bogotá, Colombia

Tel.: 757 9200

Correo electrónico: proceditor@yahoo.es

Impreso en Bogotá, Colombia.

Depósito legal según Decreto 460 de 1995.

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra y su tratamiento o transmisión por cualquier medio o método sin autorización escrita de la Fundación Universitaria del Área Andina y sus autores.

BANDERA INSTITUCIONAL

Pablo Oliveros Marmolejo †
Gustavo Eastman Vélez

Miembros Fundadores

Diego Molano Vega

Presidente del Consejo Superior y Asamblea General

José Leonardo Valencia Molano

Rector Nacional

Representante Legal

Martha Patricia Castellanos Saavedra

Vicerrectora Nacional Académica

Ana Karina Marín Quirós

Vicerrectora Nacional de Experiencia Areandina

María José Orozco Amaya

Vicerrectora Nacional de Planeación y Calidad

Darly Escorcía Saumet

Vicerrectora Nacional de Crecimiento y Desarrollo

Erika Milena Ramírez Sánchez

Vicerrectora Nacional Administrativa y Financiera

Felipe Baena Botero

Rector - Seccional Pereira

Gelca Patricia Gutiérrez Barranco

Rectora - Sede Valledupar

Javier Ortiz Muñoz

Secretario General

Omar Eduardo Peña Reina

Director Nacional de Investigaciones

Luis Alfonso Lizcano Higuera

Decano Facultad de Derecho

Viviana Katherine Usgame Peña

Directora Programa de Derecho, seccional Pereira

Camilo Andrés Cuéllar Mejía

Subdirector Nacional de Publicaciones

11 Presentación

Capítulo 1

- 19 ■ Consideraciones sobre el cumplimiento por parte de los tribunales de cierre en Colombia de las medidas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho a la vida en comunidades indígenas

Carlos Andrés García Velásquez

Capítulo 2

- 51 ■ Incorporación del concepto de *detención arbitraria* e ilegal desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia colombiana

Astrid Milena Calderón Cárdenas

Capítulo 3

- 87 ■ El tiempo como *némesis* de la justicia: estándares de plazo razonable en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, desconocimiento del precedente y el autoprecedente por parte de la Corte Constitucional

Carlos Eduardo Saraza Gómez

Capítulo 4

- 113 ■ Derecho a la igualdad: entre el reconocimiento y la legitimación

Jenny Chalarca Hoyos

Capítulo 5

- 167 ■ Aplicación del control de convencionalidad en relación con el principio de reparación integral realizado por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación emitidas en casos de reparación directa

Margarita María Serna Alzate

Tabla de abreviaturas

Autodefensas Unidas de Colombia - AUC
Comisión de Esclarecimiento Histórico - CEH
Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH
Consejo de Estado - CE
Constitución Política - CP
Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad,
la Convivencia y la No Repetición - CEVCNR
Corte Constitucional - CC
Corte Interamericana de Derechos Humanos - Corte IDH
Corte Suprema de Justicia - CSJ
Declaración Universal de los Derechos Humanos - DUDH
Derecho internacional humanitario - DIH
Derechos humanos - DDHH
Instituciones Nacionales de Derechos Humanos - INDH
Objetivos de Desarrollo Sostenible - ODS
Organización de Estados Americanos - OEA
Organización de Naciones Unidas - ONU
Organización Internacional del Trabajo - OIT
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE
Organizaciones No Gubernamentales - ONG
Plan de Acción Nacional - PAN
Principios rectores sobre las empresas
y los derechos humanos - PREDH
Puntos de contacto - PDC
Sistema Interamericano - SI
Sistema Interamericano de Derechos Humanos - SIDH
The International Center for Transitional Justice - ICTJ
Unión Europea - UE

PRESENTACIÓN

Durante más de cincuenta años, y fruto de fenómenos de polarización política, ausencia del Estado, grupos armados ilegales y tráfico de drogas, Colombia ha padecido una situación de violencia sistemática que ha llegado a niveles exacerbados en cuanto a su intensidad y prácticas, promovida por diferentes grupos armados al margen de la ley y por el Estado, a través de sus agentes.

Gobiernos de diversas tendencias políticas e ideológicas han padecido sendas frustraciones al no poder controlar los fenómenos violentos mediante la imposición de la autoridad, ni mediante el ejercicio dialógico con los actores reconocidos. Entretanto, los delitos cometidos por los causantes de actos violentos han quedado, en algunos casos, en la impunidad de manera sistemática; y el reconocimiento de las víctimas y su reparación, en entredicho.

Develar los hechos y las condiciones de modo, tiempo y lugar que dieron origen a la vulneración de los derechos humanos como desapariciones, masacres, homicidios, tortura, delitos sexuales, entre otros, es vital para reconstruir una memoria que lleve a la sociedad a la adquisición de la conciencia colectiva, le permita no repetir los errores pasados y entender la importancia de la protección a las personas y los grupos de personas para el ejercicio de la democracia.

Ahora bien, el deber del Estado colombiano al haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en 1973, cuatro años después de su firma, es garantizar el respeto por los derechos del hombre a partir de una concepción más amplia entendida desde el ser humano como sujeto de protección internacional.

En este escenario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emerge como la institución judicial autónoma encargada de la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que es un órgano complementario al derecho interno de los Estados miembros, lo que significa que es imperativo, desde el punto de vista del derecho internacional público, el acatamiento de sus decisiones por las autoridades judiciales del país.

Es precisamente la temática sobre la que versa la obra que el lector tiene en sus manos, titulada *Discusiones contemporáneas en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su referenciación en el orden jurídico interno de Colombia*, investigación desarrollada bajo el enfoque metodológico cualitativo, de corte histórico-hermenéutico, ya que a partir del análisis de 32 fallos de la Corte IDH contra el Estado colombiano y su grado de apropiación por parte de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, se logró identificar la incorporación de los estándares internacionales en las decisiones de los tribunales internos.

En este sentido, el objetivo general propuesto fue analizar la incidencia del contenido jurídico de los derechos de la CADH, desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH referente al Estado colombiano, en las decisiones de los tribunales de cierre nacionales.

Dado los resultados obtenidos en el proceso investigativo, de esta obra se derivaron capítulos de libro distribuidos en dos tomos. El lector en el tomo I podrá conocer el estudio sobre el acatamiento de los estándares internacionales fijados por la Corte IDH frente a la vulneración de algunos de los derechos humanos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la libertad personal, el derecho a la igualdad, a las garantías judiciales y a la reparación integral consagrados en la CADH. En el tomo II, encontrará el trazado de una perspectiva que realizan los autores respecto de las tensiones que resultan de la publicación ampliada de derechos humanos en problemas contemporáneos.

A continuación, se hará una breve presentación de los capítulos correspondientes al tomo I.

En el capítulo 1, el profesor Carlos Andrés García Velásquez parte del concepto del *derecho a la vida* propuesto por la Corte IDH:

Es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado,

todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.¹

Una vez entendida la concepción de este derecho, el autor analiza la observancia por parte de la Corte Constitucional sobre el derecho a la vida en comunidades indígenas y las medidas para su protección; inicia definiendo los tipos de medidas existentes en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) y su aplicación eficaz en casos de riesgo inminente, como en la población objeto de estudio. En el contexto colombiano, el investigador presenta un comparativo estadístico de las solicitudes de medidas cautelares, de modo que es este uno de los países con mayor número de solicitudes. Ante tal situación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) decide analizar únicamente las solicitudes que tengan relación con elementos de gravedad, urgencia, daño irreparable; conceptos desarrollados en el capítulo.

En un segundo momento, el autor estudia los pronunciamientos del órgano transnacional que han dado lugar a la adopción de medidas cautelares, para lo cual analiza diez casos relevantes:

- El caso del pueblo indígena zenú en 1996 por el asesinato de sus líderes y la creciente presión paramilitar sobre su cultura.
- El caso de Maximiliano Campo y otros once líderes indígenas del pueblo páez en 1998 conocido como la Masacre de Caloto.
- El caso de la Asociación Nacional de Mujeres Campesinas e Indígenas de Colombia (Anmucic) en 2001 como consecuencia de amenazas que las obligó a su salida del país.
- El caso de miembros del pueblo indígena emberá-chamí en 2002 quienes fueron acusados de colaboradores de la guerrilla por agentes del Estado.
- El caso del pueblo indígena kankuamo en 2003.

.....
1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (fondo). Serie C, N.º 63.

- El caso del peligro inminente de muerte de los miembros de quince cabildos y resguardos del pueblo indígena pijao en el Tolima en 2003 a quienes grupos paramilitares los declararon objetivo militar.
- El caso de lideresas del pueblo indígena wayuu en 2004 donde se generaron procesos de violencia en su contra por paramilitares y agentes del Estado.
- El caso del pueblo indígena wiwa en la Sierra Nevada de Santa Marta en 2005 víctima de incursiones paramilitares que ocasionaron más de cincuenta personas muertas y ochocientos desplazados, y el caso de los dirigentes del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y sus asesores en 2009, víctimas de amenazas y actos de violencia en su contra, como la muerte de la esposa de uno de ellos.

En el capítulo 2, la profesora Astrid Milena Calderón Cárdenas expone el concepto de *libertad personal* como un derecho de carácter subjetivo, entendido por la Corte IDH en un sentido amplio, que no solo se limita a la libertad de movimiento, sino que permite comprenderlo desde un punto de vista volitivo. En términos de la Corte IDH: “Tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal”.² Este derecho está integrado a pactos internacionales sobre los derechos humanos y a normas de Estados constitucionales. Este se analiza a la luz de los conceptos de detención arbitraria, ilegal y desaparición forzosa.

Continúa la autora haciendo un análisis de las denuncias al Estado colombiano ante la Corte IDH sobre estas detenciones arbitrarias y de las sanciones impuestas a entidades públicas por ellas, así como su incorporación en la jurisprudencia colombiana por parte de los tribunales de cierre.

Para comprender el problema, expone cuatro casos donde la Corte IDH ha fallado en contra de Colombia:

- Masacre de Pueblo Bello ocurrido en 1990 en la que sesenta hombres en el municipio de Pueblo Bello (Antioquia), saquearon viviendas, maltrataron a sus habitantes y secuestraron a cuarenta y tres personas, quienes fueron posteriormente asesinadas.
- En 1988, agentes del Ejército colombiano entraron de manera violenta en el domicilio del señor Germán Escué Zapata, gobernador del Resguardo Indígena de Jambaló (Cauca), lo torturaron y, luego, fue encontrado sin vida.

.....
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas), párr. 64.

- El abogado Jesús María Valle Jaramillo, desde 1996, en el municipio de Ituango (Antioquia), venía denunciando actividad de las autodefensas, fue abordado por hombres en su oficina y secuestrado junto con miembros de su familia en Medellín y, luego, asesinado.
- El último caso se desarrolló en 1996 en el municipio de Carmen de Viboral (Antioquia), donde las autodefensas campesinas, juntamente con una unidad del Ejército llamada Fuerza de Tarea Águila, desaparece dieciséis adultos, tres niños y ejecuta a otra persona.

En el capítulo 3, el profesor Carlos E. Saraza hace un abordaje del plazo razonable como una de las garantías procesales previstas por el ordenamiento internacional de los derechos humanos y lo estudia a la luz del concepto actual derivado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), nutrido por la Corte IDH. Dicho concepto implica, según la jurisprudencia vigente, que se debe verificar el tiempo de duración de un proceso desde el punto de vista de la garantía de los derechos discutidos. Para llegar a esta consideración, el autor recorre los estándares que se han fijado históricamente y determina que, en el caso Valle Jaramillo vs. Colombia de 2008, se fijó la última pauta en la materia: la Corte IDH estableció que, para ello, se deben observar como mínimo cuatro tópicos: a) la complejidad del caso, b) la actitud de la o las autoridades que lo tengan en conocimiento, c) la actitud de los interesados o las partes del proceso y d) la afectación del derecho a lo largo del tiempo.

El autor continúa con un acercamiento de estos estándares a la jurisprudencia interna de Colombia, y centra su punto de atención en la Corte Constitucional. En este ejercicio, encuentra que el alto tribunal ha implementado los estándares de manera escalonada o progresiva; no obstante, la crítica que deja el estudio se centra en la evidente contradicción en la que cae el tribunal constitucional al aplicar, en ciertas ocasiones, los cuatro estándares descritos, y en otras, simplemente retomar los tres más antiguos, por lo que se olvida del avance jurisprudencial y, con ello, propende a cierta regresividad del derecho, al desconocimiento del precedente interamericano, así como a su autoprecedente.

La profesora Jenny Chalarca Hoyos, en el capítulo 4, presenta el derecho a la igualdad, desde su concepción filosófica, histórica y cognoscitiva; también desde diferentes grupos sociales y las luchas históricas y revolucionarias para la defensa de este derecho, para así llegar al reconocimiento y la protección a la diferencia en los sistemas jurídicos internacionales, los sistemas regionales de protección de derechos, la jurisprudencia de la Corte IDH, la dignidad personal y la no discriminación.

Su análisis parte del caso Duque en el que, en 2016, Ángel Alberto Duque, luego de morir su pareja del mismo sexo, reclamó pensión de sobreviviente, la cual fue negada por el Fondo de Pensiones y Cesantías en Colombia (Colfondos).

La autora continúa analizando el derecho a la igualdad en el contexto jurídico colombiano y su tratamiento en la Corte Constitucional a partir de la aplicación del juicio de igualdad bajo los modelos de proporcionalidad, modelo de juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios y modelo de juicio integrado de igualdad, para finalizar con la verificación del cumplimiento de los estándares internacionales por parte de la Corte Constitucional.

Por su parte, la profesora Margarita Serna Alzate en el capítulo 5 ilustra al lector sobre el control de convencionalidad relacionado con el principio de reparación integral realizado por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación emitidas en casos de reparación directa. El concepto de *reparación integral* se encuentra en CADH, en su artículo 63.1, y abarca:

La acreditación de daños en la esfera materia [*sic*] e inmaterial, y el otorgamiento de medidas tales como: a) la investigación de los hechos; b) la restitución de los derechos, bienes y libertades; c) la rehabilitación física, psicológica o social; d) la satisfacción, mediante actos en beneficio de las víctimas; e) las garantías de no repetición de las violaciones, y f) la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial.³

A renglón seguido, la autora realiza un recuento para demostrar cómo tanto el derecho internacional como el nacional ubican a las víctimas como objetivo principal de los juicios de responsabilidad y busca también reparación integral de los daños ocasionados por un agente estatal vulnerador de los derechos humanos. Seguidamente, la autora examina los elementos para la configuración de la responsabilidad a partir de la definición de reparación establecida en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 1988 y de la tipología del daño material e inmaterial, para cerrar con el concepto de *reparación integral*, nociones estudiadas, igualmente, a la luz del derecho interno. Además, trata otras formas de reparación, como la restitución, la satisfacción y la garantía de no repetición.

3. Jorge Calderón Gamboa, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México (2013).

Respetado lector: en sus manos tiene el resultado de un proceso académico que recoge los resultados de profesores investigadores del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina, Seccional Pereira, quienes desde sus particulares intereses y áreas profesionales se motivaron a indagar un tronco común, como los derechos humanos.

Gloria Inés Herrera Guevara

Exdecana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y Humanísticas
Fundación Universitaria del Área Andina

Viviana Katherine Usgame Peña

Directora, Programa de Derecho
Seccional Pereira
Fundación Universitaria del Área Andina

Capítulo 1

CONSIDERACIONES SOBRE EL CUMPLIMIENTO
POR PARTE DE LOS TRIBUNALES DE CIERRE
EN COLOMBIA DE LAS MEDIDAS DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y
LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS EN RELACIÓN CON EL DERECHO A
LA VIDA EN COMUNIDADES INDÍGENAS

Carlos Andrés García Velásquez

* Abogado de la Universidad Libre, magíster en Derecho Público de la Universidad Complutense de Madrid y doctor en Derecho de la misma universidad. Miembro del Grupo de Estudios en Investigaciones Sociojurídicas del programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina, Seccional Pereira. Actualmente se desempeña como profesor de pregrado y posgrado en facultades de Derecho. Director del Semillero de Investigación en Derechos Humanos, vinculado a la Red Regional de Semilleros de Investigación, al Nodo Eje Cafetero de Investigación Jurídica y Sociojurídica, y al Programa Interinstitucional para el Fortalecimiento de la Investigación y el Posgrado del Pacífico (Programa Delfín).

1. INTRODUCCIÓN: NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Preliminarmente, resulta esencial distinguir entre las tres clases o tipos de medidas existentes actualmente en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH). En el primer grupo de estos instrumentos, encontramos las medidas urgentes, o como las establece el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su artículo 27.6, las dictadas por el presidente en consulta con la Comisión Permanente y, si fuere posible, con los demás jueces a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte IDH en su próximo periodo de sesiones.¹

En segundo lugar, encontramos las medidas cautelares que son las establecidas en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que hacen alusión a situaciones de gravedad, urgencia y en aquellas que se presente un daño irreparable, como vimos *ut supra*.

En tercera y última instancia, tenemos las medidas provisionales que son ordenadas por la Corte IDH cuando se encuentra en sesiones ordinarias o extraordinarias, mediante las cuales ordena al Estado adoptar las medidas que sean necesarias para proteger los derechos de quien las solicita o para preservar una situación jurídica específica. Estas medidas tienen sustento convencional,² por lo que se estiman como obligatorias.³

1. Marcos del Rosario Rodríguez, *Las medidas cautelares y provisionales de la Comisión y la Corte interamericana de Derechos Humanos: función y alcances*, 22 *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa* 4 (2017).

2. Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 370 (2008).

3. Marcos del Rosario Rodríguez, *Las medidas cautelares y provisionales de la Comisión y la Corte interamericana de Derechos Humanos: función y alcances*, Investigaciones Jurídicas, México, 4 (2017).

Las medidas cautelares, tema central de esta reflexión, como mecanismo establecido en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, superan ya las tres décadas de existencia desde su inserción en el SIDH, y se han consolidado como la herramienta idónea y esencial para salvaguardar los derechos de los ciudadanos de los Estados que hacen parte de aquel.

El otorgamiento y la adopción de dichas medidas se ha instituido como una práctica habitual en el derecho internacional de derechos humanos que, al integrar tratados del orden regional, reviste una complejidad mayor a la inmersa en el derecho internacional humanitario (DIH). Bajo este amplio contexto normativo transnacional, el mecanismo de medidas cautelares ha operado de forma eficaz en tratándose de la defensa y prevención de la ocurrencia de daños graves e irreparables a los derechos de personas o grupos de personas que afrontan riesgos inminentes, como es el caso de las comunidades indígenas, por lo que resulta propicio aseverar que la CIDH ha venido desarrollando y acatando lo dispuesto en el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁴ en este sentido.

La acogida de las medidas cautelares en seno del Reglamento de la CIDH y su evolución desde la óptica procedimental a lo largo de los años, plasmada en los diversos casos en los que han encontrado aplicación, se erigen como la respuesta a la institución de mecanismos de protección propios de un esquema histórico construido por la CIDH desde sus albores. Esta situación nace de la función reglamentaria en cabeza de la CIDH que le exige vigilar el estricto cumplimiento de los diversos compromisos asumidos por los Estados parte.⁵

La propia Asamblea General de la OEA ha incentivado a los Estados miembros a realizar un especial seguimiento a las medidas cautelares proferidas por el organismo; en este mismo sentido, y al haber adoptado la Convención Interamericana

.....
4. Este tratado interamericano, que a su vez funda la OEA, es el que da vida a la CIDH y le otorga su función principal en cuanto a la protección de los derechos humanos y su naturaleza como órgano de consulta. Tal voluntad se manifiesta de forma expresa a través del artículo 106 de la Carta de la OEA en los siguientes términos: "Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia".

5. Esta función de la CIDH no es otra que la señalada en el artículo 18 del Estatuto, que a su vez se encuentra contenida en el artículo 41 de la CADH. Asimismo, resulta relevante acotar que dicha función descansa, en esencia, en el artículo 1 de la CADH que realza el deber fundamental que tienen los Estados de garantizar y respetar los derechos humanos, además de proferir las normas necesarias tendientes a hacer efectivo el goce de estos derechos, y darles estricto cumplimiento bajo el principio de la buena fe, de las obligaciones suscritas en la CADH y la Carta de la OEA.

sobre Desaparición Forzada⁶ en la Asamblea General hace ya casi cinco lustros (1994), los propios Estados miembros manifestaron la eficacia de las medidas cautelares a la hora de resolver asuntos de esta naturaleza.

Por casi cuarenta años, el mecanismo de estas medidas ha hecho parte del Reglamento de la CIDH y ha sufrido varias reformas reglamentarias; la última de ellas es la proferida el 1 de agosto de 2013,⁷ cuyo fin es perfeccionar los mecanismos con los que cuenta la CIDH a la hora de promover y defender los derechos humanos en América.

Ahora bien, en este mismo sentido, es importante resaltar que, de acuerdo con la CIDH, las reformas relacionadas con medidas cautelares están orientadas a aumentar la publicidad y la difusión de los criterios para su otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento, así como a perfeccionar los mecanismos empleados por la CIDH para el seguimiento de las medidas vigentes y para la individualización de los beneficiarios de estas. El Reglamento modificado detalla los parámetros utilizados por la CIDH en la determinación de los requisitos de urgencia, gravedad e irreparabilidad, así como las circunstancias en las que solicita medidas provisionales a la Corte IDH.⁸

El mencionado reglamento estipula que tanto la adopción como el otorgamiento de estas medidas cautelares por parte de la CIDH no podrá constituir prejuzgamiento en torno a los derechos contenidos en la CADH. No obstante, a partir del 1 de agosto de 2013, con la entrada en vigencia del citado reglamento modificado de la CIDH, se exige que las decisiones atinentes a las medidas cautelares deben proferirse a través de resoluciones, las cuales deben estar debidamente fundamentadas por el juez supranacional: “[...] las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares serán emitidas mediante resoluciones fundamentadas”.⁹

6. Adoptada en Belém do Pará (Brasil) el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General como producto de la preocupación de los Estados miembros de la OEA por la subsistencia del delito de la desaparición forzada de personas.

7. Esta reforma fue aprobada por la CIDH mediante la Resolución 1/2013, adoptada el 18 de marzo de 2013, y publicada el 19 de marzo de 2013. El Reglamento modificado es uno de los resultados del proceso de reforma al que se abocó la CIDH entre 2011 y 2013, a través de un proceso transparente y participativo que tuvo como insumos esenciales las recomendaciones y observaciones presentadas por los Estados miembros de la OEA, la sociedad civil, las víctimas de violaciones a los derechos humanos, los miembros de la academia, entre otros usuarios. Este proceso de reforma también concluyó con la adopción de nuevas políticas y prácticas por parte de la CIDH, el detalle de las cuales se encuentra disponible en el texto de la Resolución 1/2013. OEA, *Entran en vigor las modificaciones al reglamento de la CIDH* (2013), available at <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/057.asp>.

8. Organización de los Estados Americanos, *Entran en vigor las modificaciones al reglamento de la CIDH* (2013), available at <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/057.asp>.

9. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y

En vista del creciente número de solicitudes de medidas cautelares que ha experimentado la CIDH, principalmente a partir de 2014, donde solo por parte de Colombia recibió 879 entre el periodo de 2014 a 2017, tal como se puede apreciar en la tabla 1,¹⁰ al establecer una comparativa estadística con los demás países de la región, Colombia se ha erigido como el país firmante de la CADH que más solicitudes de medidas cautelares ha elevado; llegó en inmediate anterior a 246 solicitudes, seguido de México, con tan solo 187, una cifra bastante elevada de acuerdo con la demografía de ambos Estados, donde México supera el doble de la población colombiana para ese año en particular.¹¹

Ante este creciente número de solicitudes de medidas cautelares, se creó, a partir de 2017, la Sección de Medidas Cautelares en la Secretaría Ejecutiva, como parte de la Secretaría Ejecutiva de Peticiones y Casos, cuyo fin no es otro diferente al de la adopción de medidas que permitan agilizar el trámite de las solicitudes de medidas cautelares.¹² Para tales efectos, la Sección adoptó varias medidas que se enmarcan en el compromiso de la Comisión con los Estados y solicitantes de fortalecer la agilidad en el mecanismo de medidas cautelares, la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de las decisiones.¹³

La primera medida que adoptó el órgano transnacional es la que reitera que, dada la naturaleza de las medidas cautelares, las únicas alegaciones que se analizarán serán las relacionadas con el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, es decir, las referentes a elementos de gravedad y urgencia de la situación, además de las relacionadas con el daño irreparable, tal y como las describe individualmente y a tenor literal el numeral 2 del articulado de la obra en mención:

a. la “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;

.....
modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1º de agosto de 2013.

10. De este elevado número de solicitudes, la CIDH ha concedido tan solo veinte medidas dentro de ese respectivo cuatrienio (2014-2017), tal como se puede observar en la misma tabla 1 (medidas cautelares otorgadas).

11. World Bank, *Population, total* (2018), available at <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POPTOTL>

12. Comisión Interamericana de Derechos Humanos Resolución 3/2018 Fortalecimiento al trámite de solicitudes de medidas cautelares 10 de mayo de 2018.

13. *Id.*

TABLA 1.
Estadísticas por país, CIDH

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Peticiones recibidas	1325	1456	1323	1431	1598	1658	1936	2061	1758	2164	2567	2494
Peticiones pendientes de estudio inicial				6134	7208	8548	9039	9673	5297	4002		
Peticiones con decisión de no abrir a trámite	562	880	880	1395	712	789	674	613	1039	876	968	1708
Peticiones con decisión de abrir a trámite	147	118	118	120	276	262	137	123	284	208	516	473
Total de decisiones sobre apertura	709	998	998	1515	988	1051	811	736	1323	1084	1484	2181
Informes de inadmisibilidad	14	14	10	15	10	11	17	9	4	2	2	6
Informes de admisibilidad	56	51	49	62	73	66	42	44	47	42	43	114
Peticiones en inadmisibilidad									1379	1392	1808	1931
Casos en fondo									576	511	525	691
Informes de fondo publicados	8	4	7	13	5	5	1	3	3	5	5	5
Informes de solución amistosa	10	5	4	4	8	8	8	6	6	5	8	5
Peticiones y casos en trámite	1237	1251	1376	1450	1584	1645	1704	1753	1955	1903	2333	2622
Decisiones de archivo	27	10	0	20	55	54	42	38	29	107	77	109
Casos enviados a la Corte IDH	14	14	9	11	16	23	12	11	19	14	16	17
Solicitudes de medidas cautelares			301		375	422	448	400	504	674	1061	1037
Medidas cautelares otorgadas	37	40	28	34	68	57	35	26	33	45	42	45

b. la “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y

c. el “daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.¹⁴

Ahora bien, en cuanto a la segunda, se considera que el mecanismo de las medidas cautelares, *ut supra*, no ha sido instituido para abordar asuntos relacionados con faltas al debido proceso en procesos civiles o penales, establecer compatibilidades *in abstracto* de la normativa de la CADH, solicitar el pago de obligaciones pecuniarias en procesos pensionales, civiles o comerciales, alegar despidos injustificados, solicitar embargos, desalojos civiles, *inter alia*.¹⁵

En el tercer orden, encontramos las consideraciones de la CIDH en cuanto a la existencia de ciertos obstáculos a la hora de establecer la verdadera situación de riesgo de aquellas personas presentadas como beneficiarias de la medida cautelar, como la falta de respuesta a las solicitudes de información adicional por parte de los solicitantes, así como la falta de presentación de información actualizada por periodos prolongados.¹⁶

En el siguiente orden de medidas adoptadas, encontramos dos grupos a través de los cuales se busca desactivar determinadas solicitudes, que podríamos clasificar como medidas de solicitud de información. Por medio del primer grupo, la CIDH desactiva las solicitudes de medidas cautelares en las cuales no exista información actualizada por parte de los solicitantes por un término superior a los seis meses en aquellas solicitudes en las que no exista petición de información al Estado basado en el artículo 25, numeral 5, del Reglamento de la CIDH.¹⁷

.....
14. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 25, num. 2, 2009, Costa Rica.

15. En esta serie de medidas, se incluyen también solicitudes de recursos o apoyos económicos, trámites administrativos como emisión de certificaciones y las peticiones que buscan hacer expeditas resoluciones declaratorias.

16. Comisión Interamericana de Derechos Humanos Resolución 3/2018 Fortalecimiento al trámite de solicitudes de medidas cautelares 10 de mayo de 2018.

17. Esta normativa establece que, “antes de tomar una decisión sobre la solicitud de medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, salvo cuando la inmediatez del daño potencial no admita demora. En dicha circunstancia, la Comisión revisará la decisión adoptada lo más pronto posible o, a más tardar, en el siguiente periodo de sesiones, teniendo en cuenta la información aportada por las partes”.

En el segundo bloque o grupo de normas de “desactivación” de medidas, identificamos aquellas en las cuales se ha presentado una solicitud de información a los interesados sin recibir respuesta alguna por parte de estos luego de vencido el plazo establecido en la comunicación.

Pese a los mencionados casos de procedencia de la desactivación de medidas por parte de la CIDH, se resalta en la resolución en comentario¹⁸ que no procederá la desactivación de las medidas solicitadas cuando se haya pedido la información al Estado y sea a este a quien se la atribuya la ausencia de respuesta.

Por último, resulta pertinente destacar que en aquellos casos en los que ha procedido la desactivación de una solicitud en la que los solicitantes han remitido información nueva o adicional, y los beneficiarios cumplen con los requisitos consagrados en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, esta información recibirá el tratamiento como si se tratara de una nueva solicitud de medida cautelar según la situación vigente.

2. EL DERECHO A LA VIDA EN COMUNIDADES INDÍGENAS Y LAS MEDIDAS PARA SU PROTECCIÓN

2.1. Medidas cautelares

En la parte introductoria, hemos visto con amplitud la naturaleza y el alcance de las medidas cautelares, por lo que ahora compete determinar cuál ha sido su protagonismo en lo relacionado con el derecho a la vida en comunidades indígenas colombianas. La CIDH ha proferido un total de diez resoluciones a través de las cuales ordena la adopción de medidas cautelares con el fin de brindar una protección efectiva a este derecho convencional.

A continuación, daremos una breve mirada cronológica a los pronunciamientos de la CIDH que han ordenado la adopción de medidas cautelares, cuya génesis data de 1996 con el caso del pueblo indígena zenú, en el cual se solicitaron las primeras medidas tendientes a salvaguardar el derecho a la vida en nuestros pueblos indígenas:

.....
18. Comisión Interamericana de Derechos Humanos Resolución 3/2018 Fortalecimiento al trámite de solicitudes de medidas cautelares 10 de mayo de 2018.

1. *Caso pueblo indígena zenú (1996)*. La solicitud de estas medidas cautelares urgentes nace como consecuencia del asesinato de líderes o dirigentes del pueblo indígena zenú y de la distribución de panfletos amenazantes por parte de grupos paramilitares, y culminó con la presentación de solicitud de medidas provisionales ante la Corte IDH sobre las cuales profundizaremos más adelante.
2. *Caso Maximiliano Campo y otros once líderes del pueblo indígena páez (1998)*. La CIDH solicitó al Estado colombiano la adopción de medidas cautelares en favor del señor Maximiliano Campo y otras once personas en relación con el caso 11.101 conocido en Colombia como la Masacre de Caloto, en el que se advertía que su derecho a la vida e integridad personal se encontraban amenazados por la presencia de grupos paramilitares en la zona.
3. *Caso Asociación Nacional de Mujeres Campesinas e Indígenas de Colombia (Anmucic) (2001)*: Como consecuencia de las amenazas y agresiones que obligaron a las lideresas a desplazarse a otras zonas del país y suspender su trabajo en la Anmucic, la CIDH otorgó medidas cautelares y ordenó al Estado colombiano adelantar todas las gestiones tendientes a salvaguardar la vida e integridad personal de los miembros de la Anmucic, además de investigar, juzgar y sancionar a los culpables de estos actos de constreñimiento y hostigamiento.
4. *Caso Kimi Domicó y miembros de la comunidad indígena embera katio del Alto Sinú (2001)*. Medidas cautelares urgentes otorgadas en favor de los miembros de la Comunidad Indígena Embera Katio del Alto Sinú como víctimas de secuestro con el objeto de dar con su paradero y así proteger sus derechos a la vida e integridad y los de los demás miembros de la comunidad, juntamente con la investigación, el juzgamiento y la sanción a los responsables de estos delitos en contra del pueblo indígena.
5. *Caso miembros del pueblo indígena emberá-chamí (2002)*. A causa de que el pueblo indígena emberá-chamí fuese señalado como colaborador de la guerrilla por parte de agentes del Estado, han sido víctimas de amenazas y hostigamientos por parte de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), situación que generó que el 15 de marzo de 2002 la CIDH concediera medidas cautelares en favor de cuarenta miembros del pueblo indígena emberá-chamí de diferentes resguardos y asentamientos para así cesar los actos violentos por parte del grupo al margen de la ley.
6. *Caso pueblo indígena kankuamo (2003)*. Uno de los casos relacionados con protección a derechos de comunidades indígenas más relevantes a la fecha y que, al igual que el caso del pueblo indígena zenú, serían de conocimiento de la Corte IDH que dictaría medidas provisionales a solicitud de la CIDH,

en este caso, el 6 de julio de 2004. Analizaremos más a fondo lo sucedido en cuanto a las medidas provisionales requeridas en el acápite correspondiente.

7. *Caso miembros de quince cabildos y resguardos del pueblo indígena pijao (2003)*. En vista de la situación de peligro inminente para la vida e integridad personal de los cabildos y resguardos del pueblo indígena pijao en el Tolima, la CIDH otorgó medidas cautelares el 2 de octubre de 2003, a causa del listado compuesto por más de cien indígenas y campesinos que grupos paramilitares habrían declarado como objetivos militares. En consideración a la grave situación, la CIDH elevó la solicitud al Estado colombiano para que adoptara las medidas conducentes y necesarias para salvaguardar el derecho a la vida e integridad física de los miembros del pueblo indígena, además de informar sobre las acciones emprendidas para la investigación de los hechos que permitan poner punto final a las amenazas.
8. *Caso lideresas del pueblo indígena wayuu (2004)*. A partir de 2002, la comunidad indígena wayuu fue víctima de situaciones de violencia generadas por el fenómeno del paramilitarismo en Colombia en coadyuvancia con agentes del Estado. Las principales lideresas y voceras de la comunidad ante los organismos nacionales y supranacionales han sido objeto de amenazas por parte de grupos paramilitares comandados por Jorge 40, que atentaron contra su vida e integridad física por las denuncias incoadas ante las autoridades competentes. Por tal razón, el 23 de septiembre de 2004, la CIDH otorgó medidas cautelares a las lideresas del grupo wayuu en el departamento de La Guajira que permitieran garantizar su vida e integridad física, aunado al hecho de adelantar los procesos judiciales pertinentes.
9. *Caso pueblo indígena wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta (2005)*. El pueblo wiwa ha sido víctima de incursiones paramilitares que han generado actos de violencia y dejado como víctimas alrededor de cincuenta líderes indígenas que perdieron su vida, además del desplazamiento forzado de más de ochocientas personas. La responsabilidad por dichos actos de violencia radica en la cabeza de Jorge 40, líder del Bloque Norte de las AUC. Ante esta grave situación, la CIDH solicitó al Estado colombiano la incorporación de medidas cautelares tendientes a la protección del derecho a la vida y a la integridad física de los miembros del pueblo indígena wiwa, *inter alia*.
10. *Casos dirigentes del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y sus asesores (2009)*. Los dirigentes del CRIC habrían sido víctimas de amenazas y actos de violencia debido a sus diversas actividades como líderes indígenas, situación que se intensificó a partir de 2008, y que cobró la vida del esposo de la consejera mayor del CRIC, entre otros actos de intimidación. El 14 de enero de 2009, la CIDH otorgó medidas a favor de treinta y dos dirigentes del CRIC, y solicitó al

Gobierno Nacional la adopción de las medidas necesarias para garantizar la vida e integridad personal de los accionantes, además de informar a la CIDH sobre las acciones emprendidas con el fin de erradicar los factores de riesgo que originaron la solicitud de dichas medidas.

2.2. Medidas provisionales

Las medidas provisionales están compuestas por una textura de naturaleza eminentemente preventiva, y pueden definirse en los términos de Rey Cantor, así:

Son aquellas que profiere directamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (integrada por 7 jueces Titulares) cuando se encuentra en sesiones ordinarias o extraordinarias, ordenando al Estado con precisión las medidas que sean necesarias para proteger los derechos humanos, o el objeto del proceso, o para preservar una situación o relación jurídica.¹⁹

2.2.1. Caso pueblo indígena kankuamo

En materia de protección al derecho a la vida de pueblos indígenas, la Corte IDH ha tenido que afrontar diversos retos a través de la adopción de medidas provisionales respecto de los Estados miembros de la CADH; Colombia se ha erigido como un protagonista siempre visible en estos escenarios y resoluciones transnacionales.

El 2 de julio de 2004, se solicitó ante la CIDH la adopción de medidas provisionales a favor del pueblo indígena kankuamo con el objeto de buscar una protección efectiva a los derechos a la vida, integridad personal e identidad cultural de sus miembros, petición iniciada a través del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo en coadyuvancia con la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).

El escrito presentado por la CIDH ante la Corte IDH se basó en argumentos tales como la exposición a constantes actos de violencia y amenazas por parte de grupos al margen de la ley, por lo que fueron víctimas naturales de amenazas, atentados

.....
19. Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya, *Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos*, Revista Jurídica UCES, 143-144 (2010).

y asesinatos, y así obligaron a su desplazamiento con el fin de salvaguardar su derecho a la vida, además del reclutamiento forzado proveniente de estos grupos armados ilegales. La CIDH incluso argumentó que “entre los años 1993 y 2003, habían sido asesinados por los grupos armados aproximadamente 166 indígenas kankuamos. De dicha cifra, el número de víctimas a agosto de 2003 era de 44”.²⁰

Ese mismo año, más precisamente el 23 de septiembre, la CIDH requirió al Estado colombiano para que adoptara las medidas cautelares necesarias a fin de tutelar el derecho a la vida e integridad de los miembros del pueblo indígena kankuamo, incorporara las medidas de atención de emergencia para las víctimas del desplazamiento forzado, profririera las medidas de atención colectiva e investigara los hechos violentos y amenazas desplegadas en contra de los miembros de esta comunidad indígena. Pese a este requerimiento de la CIDH, los peticionarios denunciaron la comisión de nuevos homicidios a miembros de la comunidad indígena, al igual que nuevas situaciones de desplazamiento forzado, hechos que, de acuerdo con la CIDH, constituían una situación de extrema gravedad y urgencia que podrían ocasionar perjuicios irreparables a la comunidad indígena, por lo que consideró que las medidas cautelares ordenadas no habían sido cumplidas por el Estado colombiano.

Amparada en los anteriores hechos, en el artículo 63.2 de la CADH y en el artículo 25 del Reglamento de la Corte IDH, la CIDH solicitó a la Corte IDH requerir al Estado colombiano para la adopción de las medidas descritas a continuación:

1. [p]rotej[a] la vida e integridad personal de los miembros del pueblo indígena kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta, respet[e] su identidad cultural y su especial relación con el territorio ancestral [;]
2. [i]nvestig[ue] los hechos que motivan la solicitud de medidas provisionales, con el fin de identificar y juzgar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes [;]
3. [a]segur[e] que los beneficiarios puedan continuar habitando su territorio ancestral sin ningún tipo de coacción o amenaza y [les] brind[e] ayuda humanitaria toda vez que resulte necesaria [; y]

.....
20. Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya, *Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos*, Revista Jurídica UCES, 143-144 (2010).

4. [g]aranti[ce] las condiciones de seguridad para el retorno al territorio ancestral de los miembros del pueblo indígena kankuamo que se hayan visto forzados a desplazarse.²¹

A través de la resolución de 5 de julio de 2004, y acreditado el caso de extrema gravedad y urgencia que exige medidas de protección para evitar daños irreparables al pueblo kankuamo, la Corte IDH decidió acoger la solicitud de la CIDH y requirió al Estado colombiano a adoptar las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal de los miembros de la comunidad indígena, además de proceder con la investigación de los hechos que originaron la adopción de estas, *inter alia*. Posterior a este pronunciamiento de 2004, la Corte IDH profirió dos resoluciones más en relación con el mismo caso, la del 30 de enero de 2007 y la del 3 de abril de 2009, en las cuales, pese a la solicitud de levantamiento de medidas solicitada por el Estado colombiano,²² se mantuvo en su posición de requerir al Gobierno a mantener o continuar adoptando las medidas provisionales ordenadas inicialmente a través de la resolución de 5 de julio de 2004.²³

Dos años y medio más tarde, exactamente el 21 de noviembre de 2011, la Corte IDH profiere el pronunciamiento *in terminis* sobre este caso, por lo menos en lo que compete al requerimiento de adopción de medidas provisionales al Estado colombiano en el ámbito del derecho convencional internacional, basada en el propio preámbulo de la CIDH y la complementariedad del instrumento transnacional al orden jurídico interno:

La protección internacional de naturaleza convencional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Por ello, de comprobarse que el Estado en cuestión ha desarrollado mecanismos o acciones de protección eficaces para los beneficiarios de las medidas provisionales, el Tribunal podría decidir

.....
21. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso pueblo indígena kankuamo.

22. El Estado colombiano solicitó el levantamiento de las medidas provisionales en la audiencia pública llevada a cabo el 26 de enero de 2007 en la Corte IDH, solicitud desestimada por el alto tribunal dada su preocupación por los veinte asesinatos y cincuenta presuntas detenciones arbitrarias de miembros del pueblo kankuamo, *inter alia*. No obstante, la Corte IDH manifestó que, pese a lo anterior, existían avances significativos en la implementación por parte del Gobierno de las medidas ordenadas en su resolución inicial del 5 julio de 2004.

23. Véase Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004, la cual, como se ha visto, solicitó por primera vez al Estado colombiano adoptar las medidas provisionales necesarias para proteger los derechos de la comunidad indígena kankuamo.

levantar las medidas provisionales descargando la obligación de protección en su responsable primario, esto es, el Estado. De levantarse las medidas provisionales por parte de la Corte por este motivo, corresponderá al Estado, conforme a su deber de garantía de los derechos humanos, mantener las medidas de protección que haya adoptado y que el Tribunal consideró eficaces, por el tiempo que las circunstancias lo ameriten.²⁴

De esta manera, luego de más de siete años de vigencia, y a través de la resolución *ut supra*, la Corte IDH resolvió levantar las medidas provisionales ordenadas desde el 5 de julio de 2004 a favor del pueblo indígena kankuamo, aclaró que este levantamiento no implica que el Estado quede relevado de sus obligaciones convencionales de protección²⁵ y ordenó finalmente el archivo del expediente.

El anterior panorama nos permite advertir que, *ab initio*, la Corte IDH debió emitir tres resoluciones y celebrar la misma cantidad de audiencias públicas para lograr constatar la implementación de las medidas por parte del Gobierno Nacional, línea de tiempo que tiene como año *a quo* 2004, dado que el 2 de julio de dicha anualidad la CIDH sometió a conocimiento de la Corte IDH el *sub examine* y tan solo tres días más tarde, emitiría su primera resolución sobre este, la cual sería sucedida por la del 30 de enero de 2007 para dar cierre al presente asunto el 21 de noviembre de 2011 en la forma de la resolución de la Corte IDH que levantaría las medidas provisionales. Tal levantamiento de medidas fue una solicitud elevada por Colombia, incluso, desde la génesis del accionamiento del dispositivo convencional por parte de los beneficiarios y que la Corte IDH consideró improcedente, toda vez que el Estado debía presentar la suficiente evidencia y argumentación que permitiera a la Corte IDH apreciar que el riesgo o la amenaza ya no reunía los requisitos de extrema gravedad y urgencia de evitar daños irreparables.²⁶

En el acápite final de este capítulo, precisaremos cómo estas medidas han permitido cumplir, a través de las cortes de cierre en Colombia, con las reparaciones y la protección efectiva al derecho a la vida, *inter alia*, ordenada por la CIDH y la Corte IDH en favor de los miembros del pueblo indígena kankuamo.

.....
24. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2011. Medidas provisionales respecto de la República de Colombia. Asunto pueblo indígena kankuamo.

25. *Id.*

26. *Id.*

2.2.2. Caso Escué Zapata (comunidad nasa) vs. Colombia

La inserción del presente caso en el seno de la CIDH se origina el 26 de febrero de 1988 con la denuncia de los copeticionarios, señora Etelvina Zapata Escué y Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, sometida en forma de demanda ante la Corte IDH el 16 de mayo de 2006 según lo establecido en los artículos 51 y 61 de la CADH dado que la CIDH consideró “la falta de avances sustantivos en el efectivo cumplimiento” de las recomendaciones, y decidió por unanimidad someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte IDH.²⁷

Los elementos fácticos aducidos en el libelo de la demanda de la CIDH señalan:

‘El 1º de febrero de 1988, en horas de la noche, agentes del Ejército colombiano entraron de manera violenta en la casa del señor Germán Escué [Zapata].’ Según la Comisión, una vez ahí, los militares lo amarraron y sacaron de su casa a golpes. La Comisión señaló que luego de que se llevaran a la presunta víctima, su madre se dirigió a la vivienda de unos familiares y escuchó disparos. Tiempo después encontró su cuerpo sin vida en las inmediaciones de un caserío ubicado en el resguardo Jambaló. La Comisión sostuvo que el cuerpo del señor Escué Zapata mostraba signos de maltrato. Asimismo, alegó una falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como una supuesta denegación de justicia.²⁸

La CIDH precisó que el señor Escué Zapata era un cabildante y gobernador del Resguardo Indígena de Jambaló en el departamento del Cauca, cuya actividad era la agricultura, además de la lucha por la defensa de su territorio. De acuerdo con la demanda, la ejecución del señor Escué Zapata se inscribió dentro de un “patrón de violencia contra los pueblos indígenas asentados en esa zona del país, y sus líderes”.²⁹

En este caso, se advierte una violación sistemática de varios derechos reconocidos por la CADH, como, *inter alia*, el derecho a la vida, a la integridad personal y libertad personal, debidamente consagrados en los artículos 4, 5.1, 5.2, 7.1 y 7.2 de la CADH. A causa de esto, la CIDH elevó la solicitud a la Corte IDH para que declarara al Estado

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, sentencia de 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas).

28. *Id.*

29. *Id.*

colombiano como responsable por la violación de estos derechos, además de exigir el cumplimiento de determinadas medidas de reparación. En los puntos resolutivos de la providencia *sub examine*, el Gobierno Nacional acepta la responsabilidad internacional por la violación a los derechos *ut supra* y otros como el derecho a la inviolabilidad de domicilio y los derechos a las garantías judiciales y protección judicial.

En consecuencia, Corte IDH decide por unanimidad que el Estado colombiano debe indemnizar a las víctimas por las cantidades inmersas en la resolución por concepto de daños materiales e inmateriales, conducir eficazmente los procesos penales correspondientes para determinar responsabilidades y dar aplicación al poder punitivo, sancionatorio del Estado. Además, impuso otras medidas como la creación de un fondo para beneficio de la comunidad, tratamiento médico especializado para miembros de su familia y, por cercenar su proyecto de vida futuro, ordenó también el otorgamiento de una beca en favor de su hija, Myriam Zapata Escué, para continuar con sus estudios superiores:

En el caso contra Colombia, los representantes de las víctimas, puntualizaron que con motivo de la muerte del Sr. Escue Zapata, su menor hija Myriam Zapata, vio truncadas radicalmente muchas oportunidades que pudo plantearse en su futuro, por lo que solicitaron como concepto de reparación del daño ocasionado a su proyecto de vida, el otorgamiento de una beca de estudios superiores.³⁰

Por último, en la resolución de 51 folios, la Corte IDH prevé que el Gobierno colombiano deberá rendir un informe sobre el cumplimiento de las medidas adoptadas, y advirtió que supervisará la ejecución íntegra de la providencia en comento para verificar que se haya cumplido cabalmente con lo ordenado en ella. Esta supervisión se materializaría a través de la resolución de 22 de noviembre de 2016, que en su parte resolutive establece, a tenor literal, tres puntos esenciales:

1. Declarar, según lo señalado en los Considerandos 8 a 17 de la presente Resolución, que el Estado ha dado cumplimiento total a la reparación relativa a conducir eficazmente los procesos penales que se encuentran en trámite y los que se llegaren a abrir para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las

.....
30. Mariana Torres López, *La reparación del daño al proyecto de vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 3 *Revista Lexmax*, 175 (2014).

consecuencias que la ley prevea, dispuesta en el punto resolutivo noveno de la Sentencia.

2. Mantener abierto el procedimiento de supervisión conjunta de cumplimiento respecto de la medida de reparación relativa a proveer, sin cargo alguno, el tratamiento especializado de carácter médico, psiquiátrico y psicológico adecuado que requieran las señoras Etelvina Zapata Escué, Myriam Zapata Escué, Bertha Escué Coicue y Francya Doli Escué Zapata, y los señores Mario Pasu, Aldemar Escué Zapata, Yonson Escué Zapata, Ayénder Escué Zapata, Omar Zapata y Albeiro Pasu (punto resolutivo décimo segundo de la Sentencia). En una posterior Resolución el Tribunal valorará las acciones que ha realizado el Estado y las observaciones efectuadas por los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según lo señalado en el Considerando 3 de la presente Resolución.

3. Requerir a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado de Colombia, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana.³¹

Como se puede colegir del punto primero de la resolución de la Corte IDH, el alto tribunal considera que el Estado colombiano ha dado cumplimiento a la reparación en lo concerniente a la investigación y sanción penal conducente a particularizar los responsables de la violación de los derechos convencionales objeto de la activación del mecanismo transnacional, con el pendiente de supervisar lo atinente al tratamiento médico y psicológico de los familiares, por lo que en una posterior resolución valorará las acciones que ha realizado el Estado y las observaciones efectuadas por los representantes de las víctimas y la CIDH.³²

Al igual que en el caso del pueblo kankuamo, analizaremos en el acápite conclusivo la incidencia del contenido jurídico de los derechos convencionales en conflicto en la jurisprudencia de las altas cortes colombianas o tribunales de cierre, y precisaremos

31. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

32. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Supervisión de cumplimiento de sentencia, pág. 3.

cómo las medidas proferidas por los organismos del SIDH han permitido cumplir con las reparaciones ordenadas al Estado colombiano en este caso particular.

2.2.3. Caso Clemente Teherán y otros (pueblo indígena zenú)

La génesis de este caso se remite a los asesinatos de dos dirigentes de la comunidad zenú del departamento de Córdoba, a manos de miembros de grupos paramilitares, al igual que a la distribución de panfletos en los que se amenazaba a los dirigentes indígenas; por tal razón, la CIDH pidió al Estado colombiano la incorporación de medidas cautelares urgentes en favor de la comunidad zenú. El 18 de marzo de 1998, la CIDH acude a la Corte IDH para presentar una solicitud de medidas provisionales; cinco días más tarde, esto es, el 23 de marzo de ese mismo año, el presidente de la Corte IDH requiere al Gobierno colombiano para que adopte una serie de medidas tendientes a proteger los derechos a la vida y la integridad personal de los miembros de la comunidad zenú, además de adelantar la investigación de los hechos denunciados ante los organismos del SIDH. Asimismo, requiere al Estado colombiano para que investigue los hechos objeto de la denuncia y que se logren identificar y sancionar los responsables de los hechos.

El 19 de junio de ese mismo año, por medio de otro pronunciamiento, la Corte IDH ratifica lo dispuesto en la resolución emitida por el presidente *ut supra*, y requiere al Estado colombiano para que continúe manteniendo las medidas solicitadas en la resolución inicial del 23 de marzo. Tal decisión de la Corte IDH se mantiene en lo dispuesto en las resoluciones del 29 de enero de 1999 y en la del 12 de agosto de 2000, y requiere que el Gobierno colombiano continúe presentando sus informes sobre las medidas provisionales tomadas cada dos meses y a la CIDH que presente sus observaciones a dichos informes dentro de un plazo de seis semanas a partir de su recepción.³³

El desenlace de esta solicitud de medidas provisionales encarnaría en la resolución del 1 de diciembre de 2003, que resuelve finalmente levantar las medidas provisionales solicitadas y archivar el expediente en los siguientes términos:

Levantar y dar por concluidas las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus Resoluciones de 19 de junio de 1998, 29 de enero de 1999 y 12 de agosto de 2000 a favor de los señores Rosember Clemente Teherán, Armando Mercado, Nilson Zurita, Edilberto Gaspar Rosario, Dorancel Ortiz, Leovigildo Castillo,

.....
33. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de enero de 1999. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso Clemente Teherán y otros.

Santiago Méndez, Zoila Riondo, Saúl Lucas, José Guillermo Carmona, Celedonio Padilla, Eudo Mejía Montalvo, Marcelino Suárez Lazaro, Fabio Antonio Guevara, José Luis Mendoza, Misael Suárez Estrada, Ingilberto M. Pérez, Martín Florez, Jacinto Ortiz Quintero, Juan Antonio Almanza Pacheco, José Carpio Beltrán y Luis Felipe Álvarez Polo [...]. 3. Archivar este expediente.³⁴

Compete, entonces, determinar cómo los tribunales de cierre en Colombia han acatado los estándares dispuestos por la Corte IDH que permitan establecer si efectivamente se cumplieron las reparaciones ordenadas por el alto tribunal en las resoluciones emitidas en torno al caso de la comunidad indígena zenú, así como en los dos casos abordados *ab antecedente*.

3. SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE CIERRE EN CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE LA CORTE IDH

El abordaje del presente estudio lleva implícito los estándares de la Corte IDH en las resoluciones emitidas contra el Estado colombiano, por lo que este capítulo se centra, casi que de forma exclusiva, en las medidas provisionales contenidas en ellas. No obstante, es imperativo advertir que varias de estas resoluciones de la Corte IDH encontraron su génesis en la adopción de medidas cautelares por parte de la CIDH, por lo que su importancia en el desarrollo de este estudio debe entenderse desde esta doble connotación.

3.1. Decisiones de los tribunales de cierre nacionales en el caso kankuamo: estado de cosas inconstitucional

El primer reflejo en el ordenamiento jurídico colombiano de las medidas cautelares otorgadas por la CIDH el 24 de septiembre de 2003 en favor del pueblo kankuamo

34. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de enero de 1999. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso Clemente Teherán y otros.

no es otro diferente del proyectado en la Sentencia T-025 de 2004 proferida por la Corte Constitucional al declarar el estado de cosas inconstitucional en el desplazamiento forzado de las comunidades indígenas en Colombia. Asimismo, y de forma indirecta, la sentencia constitucional atendería algunos de los estándares fijados más adelante por la Corte IDH a partir de su primera resolución del 5 de julio de 2004 en la cual solicita al Gobierno colombiano la adopción de determinadas medidas provisionales.

La primera de las medidas otorgadas por los organismos interamericanos fue la de requerir que el Estado adopte, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todos los miembros de las comunidades que integran el pueblo indígena kankuamo.³⁵ El acatamiento de esta primera medida se encuentra contenido en el numeral quinto de la parte resolutive de la ya mencionada Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional en los siguientes términos:

QUINTO.- ORDENAR al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, que en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia, concluya las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos a que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia.³⁶

El apartado nueve de la providencia constitucional objeto de análisis expresa, en cuanto al mínimo de protección a los derechos de las comunidades indígenas desplazadas, lo siguiente:

Según las obligaciones internacionales asumidas por Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, así como en la compilación de criterios para la interpretación y aplicación de medidas para atender a la población desplazada contenida en los Principios Rectores, la Sala considera que los siguientes derechos mínimos encuadran bajo esta definición y, por ende, integran el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado: 1. El derecho a la vida, en el sentido que establece el artículo 11 C.P. y el Principio 10.³⁷

.....
35. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso pueblo indígena kankuamo.

36. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004. (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Enero 22 de 2004).

37. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004. (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Enero 22 de 2004).

Por tanto, podemos apreciar que la Corte Constitucional hace plena observancia del mandato convencional desarrollado en la resolución de medidas cautelares emitida inicialmente por la CIDH y posteriormente las medidas provisionales decretadas por la Corte IDH en cuanto al alcance y la efectiva protección del derecho a la vida en su concepción holística, consagrado en el artículo 4.1. de la CIDH. De esta manera, cuando la Corte Constitucional ordena, a través de la sentencia *sub examine*, al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (CNAIPD) que finiquite las acciones tendientes a que la población indígena desplazada goce del mínimo de protección de sus derechos de forma efectiva, encontramos que las medidas cautelares y provisionales emanadas del SIDH permiten la protección efectiva a través del tribunal constitucional de cierre nacional de la vida e integridad personal de los miembros de las comunidades que integran el pueblo indígena kankuamo.

Visto el cumplimiento por parte de la Corte Constitucional, como tribunal de cierre, de la primera medida provisional proferida por la Corte IDH en sus resoluciones del 5 de julio, del 30 de enero de 2007 y del 3 de abril de 2009, conviene abordar la siguiente medida contenida en los mismos instrumentos, toda vez que su desarrollo a través del tribunal constitucional colombiano guarda estrecha relación con el derecho a la vida protegido en la primera medida:

3. Requerir al Estado que garantice las condiciones de seguridad necesarias para que se respete el derecho a la libre circulación de las personas del pueblo indígena kankuamo, así como que quienes se hayan visto forzadas a desplazarse a otras regiones, puedan regresar a sus hogares si lo desean.³⁸

Esta medida provisional está desarrollada por la sentencia de la Corte Constitucional en el mismo punto quinto de su parte resolutive sobre el que ya hicimos hincapié *ut supra*, empero, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte IDH en torno al *sub examine*,³⁹ dada la situación de grave peligro y de riesgo de sufrir actos de agresión contra su integridad personal y su vida, los miembros del pueblo kankuamo se han visto obligados a desplazarse forzosamente a otras regiones, lo cual afectó su derecho a la libre circulación, por lo que resulta imperativa la adopción de medidas que les

.....
38. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso pueblo indígena kankuamo.

39. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso pueblo indígena kankuamo.

permita regresar a sus hogares y continuar viviendo en su residencia habitual. Por ello, la amplitud hermenéutica que el máximo tribunal constitucional colombiano concede a este derecho (libre circulación) adquiere dimensiones mayores:

9. Finalmente, en relación con el derecho al retorno y al restablecimiento, las autoridades están obligadas a (i) no aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio; (ii) no impedir que las personas desplazadas retornen a su lugar de residencia habitual o se restablezcan en otro punto del territorio, precisándose que cuando existan condiciones de orden público que hagan prever un riesgo para la seguridad del desplazado o su familia en su lugar de retorno o restablecimiento, las autoridades deben advertir en forma clara, precisa y oportuna sobre ese riesgo a quienes les informen sobre su propósito de regresar o mudarse de lugar; (iii) proveer la información necesaria sobre las condiciones de seguridad existentes en el lugar de retorno, así como el compromiso en materia de seguridad y asistencia socioeconómica que el Estado asumirá para garantizar un retorno seguro y en condiciones dignas; (iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal, en razón de las condiciones de la ruta y del lugar de llegada por lo cual toda decisión estatal de fomentar el regreso individual o colectivo de personas desplazadas a su lugar de origen, o su restablecimiento en otro punto geográfico, debe estar precedida por un estudio sobre las condiciones de orden público del lugar al cual habrán de volver, cuyas conclusiones deberán comunicarse a los interesados en forma previa al acto de retornar o restablecerse.⁴⁰

Como se puede apreciar, el tribunal constitucional de cierre nacional desarrolla ampliamente esta medida provisional proferida por la Corte IDH, permite cumplir su contenido a través de la Sentencia T-025 de 2004 y compele a las autoridades a respetar el derecho a la libre circulación de los pueblos indígenas como a garantizar las condiciones necesarias para que aquellos que han sido desplazados puedan retornar a sus lugares de origen, si así lo demandan.

40. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-609 de 2012 (M. P. Jorge Iván Palacio: Agosto 1 de 2012).

Ahora bien, en cuanto a la segunda medida provisional emanada de la Corte IDH, que versa sobre el requerimiento al Estado para que investigue los hechos que motivan la adopción de estas medidas para así poder individualizar los responsables e imputarles las penas correspondientes, resulta imperativo acudir al máximo tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria en Colombia: la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal. El 27 de enero de 2010, el alto tribunal nacional resolvió un recurso extraordinario de casación interpuesto por la Fiscalía 33 Especializada contra la sentencia de segunda instancia proferida el 28 de agosto de 2008 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, que decidía sobre los responsables de los homicidios acaecidos en el resguardo indígena de los kankuamos. En la parte resolutoria de la susodicha sentencia de casación, se logró individualizar e imponer la pena correspondiente a dos de los culpables de estos delitos, así:

SEGUNDO. FIJAR la pena de los procesados MARIO JOSÉ y GEIBER JOSÉ FUENTES MONTAÑO, por el concurso de delitos de homicidio en persona protegida y concierto para delinquir agravado en cuarenta (40) años de prisión, veinte (20) años de inhabilitación de derechos y funciones públicas y diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales de multa.⁴¹

A la luz de la anterior sentencia de la Corte Suprema de Justicia, resulta visible, por lo menos de forma parcial, la intención del cumplimiento de lo dispuesto en la segunda medida provisional solicitada por la Corte IDH en el caso del pueblo kankuamo, ya que entre 1993 y 2003 habían sido asesinados por los grupos armados aproximadamente 166 indígenas kankuamos. De esta cifra, el número de víctimas a agosto de 2003 era de 44,⁴² por lo que la justicia ordinaria colombiana aún tiene una amplia tarea de determinar los demás autores responsables de estos homicidios para imponer las sanciones contempladas en la legislación penal vigente. Empero, resulta pertinente mencionar que, en la parte resolutoria de la sentencia de casación objeto de análisis, el alto tribunal colombiano conminó a la Fiscalía General de la Nación para que asumiera la investigación contra los líderes de las AUC como coautores de los homicidios ocasionados al pueblo kankuamo:

.....
41. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 29753 (M. P. José Leonidas Bustos Martínez: Enero 27 de 2010).

42. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso pueblo indígena kankuamo.

TERCERO. Por Secretaría se oficiará a la Fiscalía General de la Nación para que, en el marco de su competencia asuma, si no lo ha hecho, la investigación penal contra los cabecillas del grupo armado ilegal “Autodefensas Unidas de Colombia”. corresponsables de los homicidios de que tratan estas diligencias, como de otros cometidos contra miembros de la etnia Kankuama en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar.⁴³

De esta manera, se observa que —aunque de forma parcial— ha existido voluntad por parte de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de cierre nacional de cumplir con lo dispuesto en las medidas provisionales de la Corte IDH en cuanto a la identificación de los responsables y la respectiva imposición de las sanciones penales a que hubiere lugar en el caso del pueblo kankuamo.

3.2. Cumplimiento de las medidas de reparación de la Corte IDH por la Corte Suprema de Justicia: caso Escué Zapata

Las medidas provisionales otorgadas en el caso Escué Zapata a través de la sentencia del 4 de julio de 2007 han gozado de un amplio desarrollo por parte de los tribunales de cierre nacionales, principalmente en cuanto al adelantamiento de los procesos penales que permitieron establecer los responsables de la transgresión a los derechos convencionales y la consecuente aplicación de las sanciones penales pertinentes. En primer término, y en cuanto a la transgresión al derecho a la vida del señor Escué Zapata, el proceso se inició en 2002 (proceso 2003-00124), como bien lo describe la Corte IDH en la respectiva resolución:

i. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao dictó sentencia el 9 de julio de 2008, en la cual condenó a los cabos Roberto Camacho Riaño y Evert Ospina Martínez y al teniente Jorge Alberto Navarro Denia como “autores penalmente responsable[s] de un delito de [h]omicidio [a]gravado” en perjuicio del señor Germán Escué Zapata. Se

43. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 29753 (M. P. José Leonidas Bustos Martínez: Enero 27 de 2010).

les impuso la pena privativa de libertad de 18 años y la de inhabilitación en “funciones públicas por un tiempo igual a la de la pena [principal]”.⁴⁴

A *posteriori*, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán confirmó la sentencia condenatoria de los cabos por el homicidio agravado en contra del señor Escué Zapata, luego de resolver un recurso de apelación interpuesta por su defensor. En cuanto al proceso para investigar los diferentes actos violatorios en perjuicio de este miembro de la comunidad indígena, este dio inicio en 2008, para que, luego de las sentencias proferidas por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán y por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, se interpusiera recurso extraordinario de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que finalmente ordenó:

a) Casar parcialmente la sentencia de 5 de mayo de 2014 para condenar a los referidos cinco soldados regulares y a los cabos segundos (supra iv), “a título de coautores del delito de tortura” e imponerles “la pena principal de [18] meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”; b) negar a Evert Ospina Martínez y Roberto Camacho Riaño la “suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria”, y c) conceder a Oscar Iván Arias Herrera, John Abadía Duque, Francisco Javier Bedoya Aguirre, Marco Tulio Cañas Torres y Rubén Darío Aricapa García “la libertad definitiva por pena cumplida”. En lo demás, dejó “incólume” la sentencia de 5 de mayo de 2014.⁴⁵

Si bien se aprecia la voluntad de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de cierre en Colombia a la hora de cumplir con las reparaciones ordenadas por la Corte IDH identificando a los autores intelectuales del homicidio del señor Escué Zapata, tanto la CIDH como los representantes consideran que las reparaciones no pueden darse como cumplidas, ya que el Estado aún tiene la obligación de informar sobre investigaciones en curso tendientes a la identificación de los autores intelectuales del homicidio del señor Escué Zapata, toda vez que hasta la fecha de la providencia de la Corte Suprema había sido posible condenar solo a los autores materiales, así:

44. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Sentencia de 22 de noviembre de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

45. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de julio de 2015.

- a. Se condenó a dos cabos segundos por el homicidio agravado del señor Germán Escué Zapata;
- b. se condenó a un teniente por el delito de falso testimonio, y
- c. se condenó a cinco soldados regulares y a dos cabos segundos a título de coautores del delito de tortura.⁴⁶

De igual manera, la Corte IDH dio por sentado, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, que el Estado colombiano había dado cumplimiento absoluto a la reparación relacionada con la conducción de los procesos penales que se encuentran en trámite, además de los que se llegaren a abrir con el objeto de esclarecer responsabilidades que permitan aplicar las penas establecidas en la normativa penal vigente.

3.3. ¿Atmósfera de impunidad? Caso pueblo indígena zenú

El caso del pueblo indígena zenú, al igual que los dos anteriores abocados por la Corte IDH, tuvo como medida inicial requerir al Estado colombiano para que adoptara las medidas necesarias que permitieran proteger la vida e integridad física de los miembros de la comunidad. En este mismo sentido, el presidente de la Corte IDH requirió al Estado de Colombia para que investigara eficazmente los hechos denunciados, con la finalidad de obtener resultados que llevaran a descubrir a los responsables y sancionarlos.⁴⁷

En el quinto informe presentado por el Estado colombiano el 15 de diciembre de 1998 ante la Corte IDH, manifestó en lo relacionado con los hechos materia de denuncia:

La Fiscalía ha investigado e impuesto sanciones a las personas “que patrocinan grupos al margen de la ley”; que se privó de libertad al señor William Alberto Tulena, implicado en hechos de violencia en contra

.....
46. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Sentencia de 22 de noviembre de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

47. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de enero de 1999. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso Clemente Teherán y otros.

de los indígenas de la Comunidad; que el señor Juan Bautista Casado Romero, ex alcalde de San Andrés de Sotavento, fue llamado a rendir y fue escuchado en indagatoria dentro de la investigación realizada por el homicidio de cuatro indígenas del municipio y que la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales constituyó tres Agencias Especiales por el homicidio de diversos miembros de la comunidad indígena.⁴⁸

Asimismo, en el décimo informe presentado por el Gobierno Nacional el 14 de enero de 2000, suministró a la Corte IDH información remitida por la Fiscalía General de la Nación sobre cuatro procesos bajo su investigación en el presente caso. Llama la atención que, en ninguno de los dos informes mencionados, en los cuales se hizo alusión a investigaciones por parte de la Fiscalía, se haya relacionado alguna acusación formal por los hechos materia de investigación proveniente del ente acusador, ni mucho menos una intervención en forma de una sentencia condenatoria por parte de los tribunales de cierre, situación que parece ir en contravía de la finalidad de la medida provisional tendiente a la obtención de resultados que lleven a descubrir a los responsables y sancionarlos,⁴⁹ como lo establece la parte decisoria de la resolución objeto de análisis.

En este caso concreto, la medida provisional que busca a través de la investigación de los hechos el descubrimiento de los responsables que permita aplicar las respectivas sanciones penales, quienes en este caso no son otros que los miembros de grupos paramilitares que operan en la región bajo el auspicio de ganaderos y de la propia fuerza pública,⁵⁰ no parece haber llegado a los tribunales de cierre en Colombia, lo cual evitó la protección efectiva de los derechos a la vida e integridad física de la comunidad zenú y culminó con el levantamiento de las medidas, sin invocar una aparente *ratio decidendi*, al menos en torno a esta medida provisional específica. Podríamos entonces hablar, no solo del no cumplimiento de las medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH por parte del máximo tribunal constitucional colombiano, sino también de un caso en el cual parece reinar una atmósfera de impunidad sobre

.....
48. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de enero de 1999. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso Clemente Teherán y otros.

49. *Id.*, 3.

50. *Id.*, 3.

los grupos paramilitares que han ejercido la violencia en los pueblos indígenas de Colombia, como bien ha quedado plasmado en este estudio.

3.4. Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional: hito en la protección a la población indígena colombiana

El Auto 004 de 2009 emanado de la Corte Constitucional constituye un verdadero hito en cuanto a la protección de los derechos de nuestras comunidades indígenas, toda vez que, no solo abarca todos los pueblos mencionados en este capítulo, sino que también declara una doble obligación del Estado: a) la de prevenir las causas generadoras del desplazamiento forzado en los pueblos indígenas y b) la relacionada con la atención diferencial de la población indígena desplazada.

La providencia en mención se erigió como una herramienta determinante a la hora de dar cumplimiento a las medidas cautelares y provisionales solicitadas por los organismos del SIDH, ya que insta a la Fiscalía General de la Nación a que, haciendo uso de sus competencias, adopte las medidas pertinentes para evitar la impunidad en los casos en los cuales han sido víctimas los miembros de los pueblos indígenas, medida provisional que, como se analizó, se encuentra presente en la mayoría de las resoluciones de la Corte IDH en cuanto a violaciones al derecho a la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas. Asimismo, y en vista del grave peligro en el que se encuentran estas comunidades en Colombia, declaró:

Los pueblos indígenas de Colombia, según lo advertido en esta providencia, están en peligro de ser exterminados cultural o físicamente por el conflicto armado interno, y han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario, todo lo cual ha repercutido en el desplazamiento forzado individual o colectivo de indígenas.⁵¹

51. Corte Constitucional. Auto 004 de 2009 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Enero 26 de 2009).

A renglón seguido, el tribunal constitucional colombiano ordenó que los funcionarios del Estado tienen la obligación de diseñar e implementar, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados por el Desplazamiento.⁵²

Como se puede observar, este auto constituye un verdadero hito en cuanto al acatamiento de los estándares internacionales fijados por la Corte IDH en lo relacionado con la protección al derecho a la vida de nuestras comunidades indígenas, toda vez que aplica de forma inequívoca el alcance y la interpretación que los organismos del SIDH dan a este derecho y amplía su campo de acción a otros ámbitos de goce del derecho y reparaciones a través de declaraciones, como la de investigar, identificar y sancionar a los responsables, reconocer las comunidades indígenas como víctimas de graves violaciones a derechos fundamentales individuales y colectivos y del DIH como producto del conflicto armado interno; además, incorpora programas como el Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados por el Desplazamiento que contienen componentes de atención y prevención, *inter alia*.

En este auto, existe un auténtico control de convencionalidad por parte de la Corte Constitucional, toda vez que no se limita solo a ejercer un típico control de constitucionalidad, sino que va mucho más allá al integrar en su providencia los mandatos inmersos en la CADH:

Ahora bien, en el ejercicio de la ya extensa tarea de unificar y actualizar la interpretación y aplicación de la Convención Americana, la Corte ha construido una consolidada interpretación del artículo 2 de la Convención sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, desde cuya comprensión ha concebido el concepto y la actividad del “control de convencionalidad”, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados parte, de efectuar no solo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana.⁵³

52. Corte Constitucional. Auto 004 de 2009 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Enero 26 de 2009).

53. Manuel Fernando Quinche Ramírez, *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*, 12 *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 167 (2009).

4. CONCLUSIONES

1. La solicitud de medidas cautelares por parte de la CIDH ha tenido un amplio campo de acción en lo relacionado con el derecho a la vida en las comunidades indígenas, y ha llegado a diez medidas solicitadas entre 1996 y 2009 al Estado colombiano por parte del SIDH.
2. Las medidas provisionales requeridas por la Corte IDH en cuanto a la protección del derecho a la vida de los miembros de los pueblos indígenas colombianos se remiten a tres casos específicos a la fecha: caso pueblo indígena kankuamo, caso Escué Zapata (comunidad nasa) y caso Clemente Teherán y otros (pueblo indígena zenú).
3. La Sentencia T-025 de 2004 emanada de la Corte Constitucional resulta clave en el entramado jurisprudencial colombiano que permite el cumplimiento de las medidas cautelares y provisionales provenientes de la CIDH y la Corte IDH, principalmente por la declaración del estado de cosas inconstitucional en cuanto al desplazamiento forzado en Colombia, en atención a los estándares principales fijados por la Corte IDH en cuanto a la salvaguarda del derecho a la vida en las comunidades indígenas.
4. La Corte Suprema de Justicia ha proferido sentencias condenatorias por el delito de homicidio en contra de miembros del pueblo kankuamo, con lo cual ha cumplido con lo establecido por las medidas provisionales de la Corte IDH en este caso. No obstante, aún queda por delante el reto de identificar y procesar los demás responsables, puesto que entre 1993 y 2003 los grupos armados al margen de la ley asesinaron aproximadamente a 166 indígenas kankuamos.
5. Si bien los tribunales de cierre en Colombia, más precisamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, han logrado identificar, procesar y sancionar un importante número de responsables en el caso Escué Zapata, aún queda como tarea pendiente la identificación de los autores intelectuales de estos homicidios; por tal razón, tanto la CIDH como los representantes de las víctimas consideran que esta medida provisional aún no ha sido cumplida en su totalidad por los tribunales de cierre en Colombia.
6. En el caso Clemente Teherán (pueblo indígena zenú), pese al suministro de información remitida por la Fiscalía General de la Nación sobre los procesos de su conocimiento, jamás se aludió a una acusación formal por parte del ente acusador ni mucho menos a una sentencia condenatoria por parte de los jueces o tribunales de cierre. Da la sensación de cierta impunidad en

este caso, principalmente por el levantamiento de las medidas por parte de la Corte IDH donde la *ratio decidendi* brilló por su ausencia y sin el despliegue de la acción punitiva del Estado sobre los responsables de los hechos.

7. El Auto 004 de 2009 proferido por la Corte Constitucional puede ser considerado un verdadero hito en materia de cumplimiento de las medidas decretadas por la CIDH y la Corte IDH en vista de su amplio desarrollo de los estándares fijados por los organismos del SIDH en lo concerniente al derecho a la vida concebido holísticamente, el cual ordenó al Gobierno el diseño y la implementación de programas para garantizar los derechos de los pueblos indígenas víctimas del desplazamiento e instó a la Fiscalía a adoptar las medidas pertinentes para evitar la impunidad en estos casos, *inter alia*.

5. REFERENCIAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 3/2018 Fortalecimiento al trámite de solicitudes de medidas cautelares 10 de mayo de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-609 de 2012 (M. P. Jorge Iván Palacio: Agosto 1 de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2004. (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: Enero 22 de 2004).
- Corte Constitucional de Colombia. Auto 004 de 2009. (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Enero 26 de 2009).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sentencia de 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Sentencia de 22 de noviembre de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Sentencia de 22 de noviembre de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Casación 29753 (M. P. José Leonidas Bustos Martínez: Enero 27 de 2010).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de julio de 2015.
- Organización de los Estados Americanos, *Entran en vigor las modificaciones al reglamento de la CIDH* (2013), Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/057.asp>.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*, 12 *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 167 (2009).

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Aprobado por la Comisión en su 137° periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147° periodo ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1° de agosto de 2013.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2011. Medidas provisionales respecto de la República de Colombia. Asunto pueblo indígena kankuamo.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de enero de 1999. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso Clemente Teherán y otros.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso pueblo indígena kankuamo.

REY CANTOR, Ernesto y Ángela Margarita REY ANAYA, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 370 (2008).

RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario, *Las medidas cautelares y provisionales de la Comisión y la Corte interamericana de Derechos Humanos: función y alcances*, 22 *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa* 4 (2017).

TORRES LÓPEZ, Mariana, La reparación del daño al proyecto de vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 3 *Revista Lexmax*, 175 (2014).

WORLD BANK, *Population, total* (2018), Disponible en: <https://data.world-bank.org/indicador/SP.POPTOTL>

Capítulo 2

INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO DE *DETENCIÓN
ARBITRARIA E ILEGAL* DESARROLLADO POR
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA
COLOMBIANA

*Astrid Milena Calderón Cárdenas**

* Abogada de la Universidad Libre, magíster en Historia de la Universidad Tecnológica de Pereira y doctoranda en Educación de la Universidad de Caldas. Docente en el área de Derecho Público y Fundamentación del programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina e integrante del Grupo de Estudios de Investigaciones Sociojurídicas. Directora del Semillero de Investigación de Derecho Penitenciario y Carcelario, vinculada a la Red Regional de Semilleros de Investigación, al Nodo Eje Cafetero de Investigación Jurídica y Sociojurídica y al Programa Interinstitucional para el Fortalecimiento de la Investigación y el Posgrado del Pacífico (Programa Delfín).

1. INTRODUCCIÓN

La libertad personal es un derecho fundamental de carácter subjetivo, además, es un valor esencial que comprende un conglomerado de libertades integradas en los pactos internacionales sobre derechos humanos y en las normas de los Estados constitucionales. En este ámbito, la libertad personal se traduce en libertad física o ambulatoria, por lo cual se debe reconocer indudablemente el derecho de no tener limitaciones; en caso contrario, aquellas solo se darán en circunstancias excepcionales, pues la principal garantía para su titular es no verse irracionalmente privado de esta y es allí donde toma poder la acción de detención ilegal o arbitraria.

Como atributo de todo ser humano, el derecho a la libertad será garantizado por todos los Estados,¹ con mecanismos idóneos para evitar su vulneración, los cuales establecerán límites a cualquier tipo de perturbación y adecuarán su ordenamiento jurídico a los instrumentos internacionales que protejan los derechos humanos, la dignidad y el desarrollo integral del ser, para la observancia responsable, social y humana de los derechos fundamentales. La libertad física de las personas será amparada contra la detención ilegal o arbitraria, en los atributos de la persona y en la ausencia de perturbaciones que la restrinjan o limiten.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra el derecho a la libertad personal, los elementos de su definición y las garantías para su protección;² estos elementos y garantías se aplican a cualquier tipo de privación de la libertad. Dichas garantías son de carácter sustancial y procesal; entre las procesales se encuentra el debido proceso, cuya violación es la forma más común de privación ilegal³ o arbitraria,⁴ que puede en algunos casos atentar contra otros derechos

1. El preámbulo y los artículos 2 y 28 de la Constitución Política de 1991 definen el derecho a la libertad como uno de los bienes que debe asegurar el Estado a través de las autoridades competentes.

2. Artículo 7, derecho a la libertad personal.

3. "Artículo 7.2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas".

4. "Artículo 7.3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

fundamentales. Para la configuración de una privación a la libertad ilegal o arbitraria, esta debe realizarse de manera ilegítima, bajo criterios irrazonables, imprevisibles, con desproporcionalidad y con los términos que no podrán trasponer las medidas privativas de la libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene competencia en materia consultiva y contenciosa o jurisdiccional, atribuciones regladas en los artículos 48 a 50 y 66 a 69 de la CADH, cuyo reglamento fue aprobado el 24 de noviembre de 2009 por el Gobierno colombiano, lo que reafirma la protección de las libertades, las garantías individuales y la participación del sistema político, es decir, Colombia está supeditada al cumplimiento de las obligaciones convencionales, la competencia contenciosa; además, a aceptar, observar e implementar las decisiones jurisdiccionales.

En concordancia con lo anterior, las víctimas de violaciones de derechos humanos han denunciado al Estado colombiano ante dicho organismo internacional, el cual ha proferido sentencias en las que declara la responsabilidad internacional de Colombia por fallas de las entidades públicas, con decisiones que no solo imponen sanciones, sino que también, se convierten en instrumento para fortalecer las instituciones y la democracia, por lo cual deben ser incorporadas tanto en el ordenamiento jurídico interno como en las decisiones de los órganos jurisdiccionales por ser fuente de derecho internacional⁵ y estándar internacional de interpretación en el ejercicio del control de convencionalidad.

Aun dentro del contexto político-democrático del que goza Colombia, se han presentado casos de vulneración del derecho a la libertad personal, con detenciones arbitrarias e ilegítimas, violaciones que atentan, además, contra otros derechos fundamentales ligados a la integridad personal, como la vida y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, los cuales guardan un vínculo con la dignidad humana. Estas conductas han sido objeto de valoración jurídica por parte de la Corte IDH, la cual ha llegado a declarar las violaciones cometidas por el Estado colombiano, ha establecido las reparaciones para el restablecimiento de los derechos violados y ha fijado las indemnizaciones a los daños ocasionados por estas transgresiones.⁶

.....
5. "Artículo 38. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes".

6. Véanse Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas); y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Así las cosas, les corresponde al Consejo de Estado, a la Corte Suprema de Justicia y a la Corte Constitucional incorporar en sus decisiones las subreglas de derecho instituidas por la Corte IDH, lo que hace imperativo conocer cómo las cortes de cierre antes mencionadas han incorporado el concepto de *detención arbitraria e ilegal* respecto del derecho a la libertad personal desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH.

2. MANIFESTACIONES CONCEPTUALES DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

A continuación, se describirán algunos conceptos para comprender la incorporación del concepto de *detención arbitraria e ilegal* respecto del derecho a la libertad personal desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.1. El concepto de *libertad personal* en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La CADH desde el preámbulo establece el objeto de los Estados signatarios, al fortalecer “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” y declarar que “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De lo que se colige que la Corte IDH protege, en general, todos los derechos humanos y, en especial, la libertad de los individuos.

La Corte IDH consagra la libertad como un derecho personal, básico y propio de los seres humanos. De esta manera, manifiesta:

En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones [...] La libertad,

definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.⁷

En cuanto a la libertad personal, la Corte IDH considera en el mismo fallo que esta se manifiesta con el movimiento físico del individuo: “En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, este protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presupone la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”.⁸

El derecho a la libertad personal puede ser ejercido de múltiples formas, y la CADH regula para los Estados los límites en la respectiva normativa interna:

Los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Así es como se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.⁹

El artículo 7 de dicho instrumento salvaguarda de manera amplia la libertad personal y prevé diferentes situaciones fácticas, como la desaparición forzada, el *habeas corpus*, la detención ilegal, la detención arbitraria, el derecho a ser informado de los motivos de la detención, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, entre otras.

La Constitución Política de 1991, en el artículo 2, inciso 2, insta a las autoridades a proteger, entre otras, las libertades, para el cumplimiento de los deberes estatales: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.¹⁰

En el mismo sentido, en el artículo 28, se encuentra amparada la protección a la libertad personal, por lo cual se genera el derecho a ser un sujeto libre, así como se contempla la prohibición de limitar la libertad física.

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 52.

8. *Id.*, párr. 65.

9. Artículo 7, CADH.

10. Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 2. Junio 13 de 1991 (Colombia).

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.¹¹

El Estado colombiano reconoce de esta manera la protección a la libertad personal y los procedimientos que garanticen la dignidad humana, y exige un mandamiento escrito de autoridad competente, además de prohibir la detención por deudas.

La Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 2, modificado por el artículo 1 de la Ley 1142 de 2007, dispone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley”.

En la CADH, se podrán realizar diferentes análisis frente a la protección de la libertad personal; pero, en este caso, se profundizará en la detención arbitraria y la detención ilegal y la manera como deben ser incorporadas en las decisiones de las altas cortes nacionales.

2.2. Aproximación al concepto de *detención arbitraria e ilegal*

Es necesario, para determinar la incorporación del concepto de *detención ilegal y arbitraria* respecto del derecho a la libertad personal¹² desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, conocer el alcance que esta le da al derecho de libertad

11. Const. Art. 28.

12. CADH. Artículo 7. Derecho a la libertad personal.

personal, entendido desde la perspectiva de la libertad física (libertad de movimiento). Sin embargo, la Corte IDH le ha dado un contenido amplio, que se asocia también a la posibilidad de autodeterminación.¹³

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no contemplan una definición de detención arbitraria e ilegal, lo que hace complejo su análisis y, por ende, determinar su alcance.

Se puede describir la detención como la privación de la libertad personal, que contempla las nociones de *arbitraria* e *ilegal*, y no deben entenderse como equivalentes. La primera tiene efectos cuando una persona es privada de su libertad sin considerar la carencia de razones como un mandamiento judicial o una orden emanada de una autoridad competente, cuando obre una causa justa conforme a derecho, cuando se contemple sobre una ley establecida, cuando se permita impugnar la legalidad de la detención, cuando no sobrepase el tiempo para dictar sentencia o de lo contrario la libertad de la persona. La segunda noción comprende una violación a los derechos humanos, en la que incurren los funcionarios, órganos judiciales y jueces encargados de la detención en el momento en que realizan el proceso de aprehensión a una persona, al no cumplirse con los requisitos legales de las normas vigentes, o bien porque no incurrió en este delito tipificado en la ley, o bien porque se privó de la libertad a una persona sobre la cual no existían las pruebas contundentes, que de manera razonable indicaran su culpabilidad, por lo cual se presenta una dilación injustificada en cuanto a la libertad de la persona.

La definición doctrinal de la detención ilegal está concebida por Salas¹⁴ como

aquella que se realiza fuera de los casos y formas señalados por la Constitución y las leyes o, que se lleva a cabo sin existir un fin del procedimiento que la justifique o, en fin, aquella en que la verificación del caso que la autoriza ha sido posible como consecuencia de un acto no ajustado a derecho.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 8: Libertad personal* (2017), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>.

14. Diego Falcone Salas, *Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno*, 38 *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 433-495 (2012).

Por otro lado, respecto de la detención arbitraria, Novoa¹⁵ reconoce que “es toda privación de la libertad personal que no cumpla con las disposiciones internacionales o legales de derechos humanos, o que en ejecución de una orden de detención proferida con arreglo a las mencionadas disposiciones vulnere los derechos fundamentales de la persona detenida”.

Los conceptos de *detención ilegal* y *arbitraria* esgrimen cierta igualdad, sobre todo, en la positivización de la norma, pero su diferencia radica en que la detención ilegal se enfoca en el derecho formal o adjetivo y la detención arbitraria en el derecho sustancial o material.

Mientras que la privación de la libertad física fue definida por la Corte IDH en el caso *Gangaram Panday vs. Surinam*, en el que precisó que la arbitrariedad se materializa cuando se ejecutan las detenciones por causas y métodos definidos como legales y violan derechos fundamentales por ser irrazonables, imprevisibles o sin proporcionalidad,¹⁶ al igual que son arbitrarias las detenciones injustas, inadecuadas o violatorias del debido proceso, estas circunstancias son totalmente opuestas a los derechos y a las garantías resguardados por la CADH.

Las detenciones arbitraria e ilegal son conductas que se encuentran previstas en el artículo 7 de la CADH. Al definir las garantías que protegen la libertad personal o libertad física, la Corte IDH indica que tiene dos preceptos diferenciados en este artículo: uno en el numeral 7.1 al consagrar que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”; y otro más específico, constituido por garantías al derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3):

7.2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas.

7.3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Sin que se pueda inferir desde la norma la diferencia entre los conceptos de arbitrariedad e ilegalidad, lo cual ocasiona que sean utilizados como sinónimos. Para aclarar su diferencia, es importante considerar si la detención no cumple los requerimientos constitucionales y legales del derecho interno del Estado.

.....
15. Claudia Pérez Nova, *Libertad personal, detención arbitraria y los mecanismos judiciales para su tratamiento*, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, 4 (2007).

16. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gangaram Panday vs. Surinam*. Sentencia de 21 de enero de 1994 (fondo, reparaciones y costas). Serie 6, N.º 16.

La Corte IDH y la CIDH han determinado criterios que diferencian la detención ilegal de la detención arbitraria.

47. Esta disposición [el artículo 7, CADH] contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.¹⁷

2.3. La detención ilegal

Se considera una detención legal cuando una persona es privada de la libertad por las causas, los casos o las circunstancias expresamente tipificados en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en ella (aspecto formal).¹⁸ Es decir, una detención será legal solo en los casos en los que se lleva a cabo bajo los parámetros establecidos previamente por la Constitución y las leyes del Estado parte. Cuando no se cumplen esos supuestos, habrá violación al artículo 7.2 de la CADH. Este artículo será vulnerado cuando el Estado parte no consagre previamente los aspectos materiales y formales que establezca los procedimientos para la privación de la libertad o cuando la privación de la libertad no se lleva a cabo bajo los preceptos de su ordenamiento jurídico.

En conclusión, el artículo 7.2 exhorta al principio de reserva de la ley, en el que solo por mandato legal, por orden de autoridad competente, por causas y condiciones fijadas previamente por las constituciones políticas de los Estados parte se puede afectar el derecho a la libertad personal.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 16, párr. 47.

18. *Id.*

2.4. La detención arbitraria

Mientras que, si la detención se lleva a cabo en cumplimiento de todos los aspectos materiales y formales, se realiza con abuso de poder o con medidas irrazonables, imprevisibles o con desproporcionalidad, se tratará de una detención arbitraria que transgrede el artículo 7.3 convencional; esta norma prohíbe las detenciones “por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales”.¹⁹

Precisa, además, la CADH que la libertad personal solo puede ser limitada, siempre y cuando se respeten los criterios fijados en sus artículos 29 y 30.²⁰ En atención, también, a que los Estados parte tendrán el deber de garantizar jurídicamente la protección de la libertad personal, como lo fija el artículo 1.1: “Organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

De acuerdo con lo anterior, cualquier vulneración a los numerales 2 o 3 del artículo 7 de la CADH conllevará necesariamente la violación del numeral 1 de dicho artículo.²¹

En cuanto a la arbitrariedad de las detenciones, la CIDH propuso:

Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observancia de las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido

19. *Id.*

20. “Artículo 29. Normas de interpretación. 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”. “Artículo 30. Alcance de las restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

21. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley.²²

Es decir, aunque se cumpla con el debido proceso para la detención, esta resulta ser improcedente o arbitraria “por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”.²³

Es importante precisar que la libertad personal tiene igualmente conexidad con la seguridad personal; la Corte IDH considera que tienen protección especial. Y, al analizar la detención ilegal o la detención arbitraria de la libertad física, lo explicó en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, línea que ha reiterado en otras decisiones:

Finalmente, en cuanto al derecho a la libertad personal, el mismo se encuentra protegido por el artículo 7 de la Convención el cual reconoce el derecho de que “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales” y establece una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegal y arbitrariamente. En particular, la Corte ha señalado que la seguridad contenida en dicho artículo debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física.²⁴

Para *Bovino*, la CADH nombra de manera indistinta la detención arbitraria y la detención ilegal, lo que hace necesario un mayor avance en los precedentes de la Corte IDH, para tener igualmente unos estándares estables. Al respecto, señala:

La única conclusión indiscutible en relación con los precedentes del Sistema Interamericano sobre los artículos 7.2 y 7.3 es que los criterios que en ellos se establecen se caracterizan por ser confusos e inconsistentes. Por este motivo, tales criterios requieren de un desarrollo más racional para permitir la definición de estándares predecibles. Dado que el Sistema Interamericano se caracteriza por un apego estricto a sus propios

22. Ficha de Seguimiento del Informe N.º 101/01. Caso 10.247 y otros Luis Miguel Pasache Vidal y otros (Perú).

23. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gangaram Panday vs. Surinam*. Sentencia de 21 de enero de 1994 (fondo, reparaciones y costas). Serie 6, N.º 16, párr. 47.

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 220.

precedentes, no se comprende por qué las resoluciones sobre estos conceptos son tan imprecisas.²⁵

Tener clara la concepción del derecho a no ser privado de libertad en forma arbitraria o ilegal es importante para determinar la forma como los órganos internacionales han desarrollado estos conceptos y también cómo las cortes de cierre colombianas los han incorporado a situaciones concretas.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha dispuesto la siguiente síntesis para comprender la detención ilegal y arbitraria:

El análisis de la compatibilidad de una privación de libertad con las normas de los párrafos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana debe efectuarse siguiendo tres pasos. El primero de ellos consiste en la determinación de la legalidad de la detención en sentido material y formal, a cuyo efecto se debe constatar si es compatible con la legislación interna del Estado en cuestión. El segundo paso se cumple mediante el análisis de dichas normas internas a la luz de las garantías establecidas en la Convención Americana, a fin de establecer si aquellas son arbitrarias. Finalmente, ante una detención que cumpla los requisitos de una norma de derecho interno compatible con la Convención Americana, corresponde determinar si la aplicación de la ley al caso concreto ha sido arbitraria.²⁶

Análisis que determina, en últimas, la responsabilidad del Estado parte, en cuanto a los límites y las restricciones en la legislación interna que afectan el derecho a la libertad.

2.5. La libertad personal y el debido proceso

Para la Corte IDH, el debido proceso es entendido como un derecho humano:

El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente

25. Alberto Bovino, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, 16 (2004).

26. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras ("campo algodoner") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas), párr. 22.

e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.²⁷

Estas prebendas se establecen a favor de la persona privada de libertad, aunque no estén vinculadas en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte.

El debido proceso, entonces, pretende que las actuaciones dentro de cualquier tipo de proceso se realicen conforme a las leyes y bajo los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, un derecho que puede verse transgredido al violarse el debido proceso por una detención arbitraria, cuando se contraría la correcta aplicación de las normas constitucionales y legales, así como los procedimientos, es la libertad personal, en razón de que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. En todo caso, la privación de la libertad tendrá, además, que respetar la dignidad humana.

La Corte IDH, para establecer si una privación de la libertad personal está justificada dentro de un proceso penal, ha acogido un test a través del cual se plantea:

En primer lugar, si la privación de libertad sin condena está justificada a la luz de criterios pertinentes y suficientes, determinados de manera objetiva y razonable por la legislación preexistente; y, en segundo lugar, si las autoridades han procedido con especial diligencia en la instrucción del proceso judicial. En caso de comprobarse que la detención y la duración del proceso no están justificadas, debe procederse a restituir la libertad al acusado, al menos en forma provisoria, para lo cual pueden adoptarse las medidas que garanticen su comparecencia al proceso.²⁸

2.6. La libertad personal y la desaparición forzada

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas determina que la desaparición forzada se produce cuando se cumplen los siguientes requisitos:

.....
27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997 (fondo, reparaciones y costas), párr. 74.

28. Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 72 (1996).

- i. Privación de la libertad de una o de varias personas.
- ii. La privación de la libertad debe ser realizada por funcionarios estatales o por personas o grupos de personas que actúen con el consentimiento, la ayuda o la autorización del Estado.
- iii. Después de la consumación de la privación viene la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.
- iv. Falta de información que no permite el ejercicio de las acciones legales o procesales.²⁹

Con la desaparición forzada, se configura de manera conexas la vulneración de varios derechos, entre ellos, la integridad, la seguridad personal, la vida y la prohibición de privación arbitraria de la libertad que conlleva la ausencia del debido proceso, las garantías judiciales y la protección judicial, los cuales violan el artículo 7 de la CADH que reconoce el derecho a la libertad personal. Según la Corte IDH:

Se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.³⁰

De igual manera, es necesario recordar que el Estado parte está obligado a prevenir en condiciones jurídicas y políticas razonables las transgresiones de los derechos humanos.

La Corte IDH, en el mismo sentido, ha señalado que la desaparición forzada constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la CADH que los Estados parte están obligados a respetar y garantizar.

.....
 29. Artículo 2, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 16, párr. 47.

2.7. El control de convencionalidad

El control de convencionalidad es un instrumento jurídico que nace en los tratados internacionales y convenciones que tratan sobre derechos humanos y tiene como finalidad alcanzar su cumplimiento y la posterior implementación de los fallos de organismos internacionales, por lo cual convierte a los jueces en revisores difusos de las normas internas respecto de la CADH, de otros instrumentos interamericanos y de las sentencias de la Corte IDH.

Se ha dicho que el control de convencionalidad es un análisis de confrontación normativa; una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente. Esta cuestión puede ser analizada desde una doble perspectiva: como control judicial por una instancia externa o supranacional y como control judicial interno, es decir, a cargo de instancias nacionales con atribuciones jurisdiccionales.³¹

El control de convencionalidad como herramienta jurídica permite, en algunos casos, que con su interpretación se aporte a la seguridad jurídica y, por tanto, al respeto de los derechos humanos.

La Corte es consciente [de] 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 por que 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 esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el

31. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad*, 29 *Cuestiones Constitucionales*, 207 (2013).

tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³²

En este mismo orden de ideas, sin importar las reformas constitucionales y legales que lleve a cabo un Estado parte, los jueces, en cumplimiento del control de convencionalidad, tendrán que aplicar las normas estipuladas en la CADH, implementar las sentencias proferidas por la Corte IDH y atender que aquel fallo proteja de mejor manera los derechos humanos en el caso concreto.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se pronunció al respecto, e hizo un llamado a la protección de los derechos humanos a los jueces y tribunales, y así evitar las denuncias ante los tribunales internacionales:

Así las cosas, los jueces de lo contencioso-administrativo y los tribunales constitucionales, a nivel interno, deben procurar el pleno y completo restablecimiento de los derechos humanos de los que tengan conocimiento, comoquiera que esa es su labor, con el propósito, precisamente, de evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos.³³

3. LA DETENCIÓN ARBITRARIA E ILEGAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH: CASOS CONTRA COLOMBIA

Para comprender cómo el concepto de *detención arbitraria e ilegal* respecto del derecho a la libertad personal ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, se tendrá como referencia cuatro casos en los que esta ha fallado en contra de

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 124.

33. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996) (C. P. Enrique Gil Botero).

Colombia, a saber: Masacre de Pueblo Bello,³⁴ Escué Zapata,³⁵ Valle Jaramillo y otros,³⁶ y Vereda La Esperanza.³⁷

3.1. Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia

Un grupo aproximadamente de sesenta hombres pertenecientes a una organización armada ilegal de Colombia denominada Los Tangueros llegaron al corregimiento de Pueblo Bello en el departamento de Antioquia, saquearon viviendas, maltrataron a sus habitantes y secuestraron a cuarenta y tres personas, que posteriormente fueron asesinadas; hechos acaecidos entre el 13 y el 14 de enero de 1990.³⁸ Se considera que el Estado dejó que se vulnerara el derecho a la libertad, un riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas colombianas.

A pesar de que en 1989 Colombia había legislado en contra de la conformación de grupos al margen de la ley, la Corte IDH rechazó que el Estado no hubiera creado mecanismos idóneos para dismantelar estos grupos, lo que generó que las víctimas de Pueblo Bello fueran privadas arbitrariamente de su libertad, con ocasión de la falta de prevención, protección e investigación por parte de las entidades estatales.

La Corte IDH consideró que el Estado colombiano no protegió de manera adecuada el artículo 7 de la CADH. Al respecto, manifestó: “La desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad personal y la propia vida del detenido”.³⁹

.....
34. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, N.º 140.

35. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 165.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 192.

37. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 341.

38. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 159.

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas), párr. 97.

Afirmó la Corte IDH, en sentencia del 31 de enero de 2006, que las cuarenta y tres presuntas víctimas fueron privadas ilegal y arbitrariamente de su libertad, torturadas y desaparecidas. Después de revisar las consideraciones y según los hechos del caso, declaró la violación de los artículos 7.1 y 7.2 de la CADH en correspondencia con la obligación de respetar y garantizar los derechos contemplados en este tratado.⁴⁰

Con la desaparición forzada de los habitantes de Pueblo Bello, se configura la vulneración de la integridad, la seguridad personal, la vida y la privación arbitraria de la libertad que conlleva la ausencia del debido proceso, las garantías judiciales y la protección judicial, y así se violan varios preceptos de la CADH, especialmente los artículos 7.1 y 7.2.

3.2. Caso Escué Zapata vs. Colombia

El 1 de febrero de 1988, agentes del Ejército colombiano entraron de manera violenta y arbitraria en el domicilio del señor Germán Escué Zapata, gobernador del Resguardo Indígena de Jambaló (Cauca), lo maltrataron y lo torturaron, y posteriormente fue encontrado sin vida. En este caso, se consideró que el Estado parte no cumplió con las recomendaciones formuladas por la Corte IDH.⁴¹

La Corte IDH consideró que el Ejército, con la privación de la libertad del señor Escué Zapata, transgredió el artículo 7.3 por haberse realizado con abuso de poder o con medidas irrazonables, imprevisibles o con desproporcionalidad, por lo que se trató de detención arbitraria. En este caso, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) se apegó a sus propios precedentes y analizó los artículos 7.2 y 7.3 de manera conjunta, como si no hubiera distinción.

Evidentemente la detención del señor Escué Zapata constituyó un acto ilegal, no fue ordenada por autoridad competente y el fin de la misma no era ponerlo a disposición de un juez u otro funcionario autorizado por la ley, sino ejecutarlo, resultando innecesario para el Tribunal pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida, es decir, su

40. Los Estados partes en esta CADH se comprometen a respetar los derechos y las libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas), párr. 1.

detención fue de carácter manifiestamente ilegal, contrario a los términos del artículo 7.1 y 7.2 de la Convención.⁴²

En el caso *Escué Zapata vs. Colombia*, la Corte IDH determinó que, al haberse tratado de una detención ilegal, que culminó en la inmediata ejecución de la víctima, no era necesario realizar un análisis posterior de los demás supuestos previstos en el artículo 7.

Por otro lado, los Estados tienen el deber de garantizar jurídicamente la protección de la libertad personal. Así lo fija el artículo 1.1:

La Corte observa que en todo caso que se alega la existencia de una detención ilegal o arbitraria surge para el Estado el deber de investigar la misma, según el deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la Convención, en consonancia con el artículo 7 de la misma.⁴³

El Ejército colombiano, al entrar de manera violenta y arbitraria en el domicilio del señor Germán Escué Zapata, realiza una detención con abuso de poder y con desproporcionalidad y da lugar a violación del artículo 7.2, que prohíbe las detenciones incompatibles con el respeto a los derechos humanos.

3.3. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia

El abogado Jesús María Valle Jaramillo, desde 1996, en defensa de los derechos humanos, denunció en repetidas ocasiones las actividades delincuenciales de grupos armados al margen de la ley denominados las autodefensas con la complicidad del Ejército, en el departamento de Antioquia, especialmente en el municipio de Ituango. El 27 de febrero de 1998, en su oficina ubicada en la ciudad de Medellín, lo abordaron hombres armados y le quitaron la vida; el abogado en el momento de los hechos se encontraba con su hermana Nelly Valle Jaramillo y el señor Carlos Fernando Jaramillo

42. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Sentencia de 21 de enero de 1994 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 16, párr. 51. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas), *supra* nota 8, párr. 109.

43. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José (2010).

Correa, quienes fueron inmediatamente amarrados de pies y manos, violentados y posteriormente amenazados con armas de fuego.⁴⁴

La Corte IDH estableció la responsabilidad internacional por omisión en el cumplimiento de su deber de garantía y por la violación a los derechos consagrados en los artículos:

- i. 4.1, 5 y 7.1 y 7.2 [de la Convención], respecto del señor Jesús María Valle Jaramillo;
- ii. 5 y 7.1 y 7.2 [de la Convención], respecto de la señora Nelly Valle Jaramillo;
- iii. 5, 7.1 y 7.2 y 22 de la Convención Americana, respecto del señor Carlos Fernando Jaramillo Correa, todos en conexión con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Se considera así que el Estado colombiano con ocasión del homicidio del señor Valle Jaramillo violó los derechos a la libertad personal, en relación con la obligación general de garantía contemplada en el artículo 1.1 de la CADH.⁴⁵ Continúa la CADH afirmando sobre la violación al derecho a la libertad consagrado en el artículo 7:

Tanto Nelly Valle como Carlos Fernando Jaramillo fueron amarrados y expuestos a una situación agonizante y amenazante, que en efecto culminó con la muerte de la tercera persona que se encontraba igualmente retenida junto a ellos. El trato que recibieron ambos fue agresivo y violento. Además, la ejecución extrajudicial del señor Valle Jaramillo permite inferir que la señora Valle Jaramillo y el señor Jaramillo Correa pudieron temer y prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta, lo cual constituyó una violación de su integridad personal.⁴⁶

.....
44. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 192.

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas), párr. 200.

46. *Id.*, párr. 109.

En el fallo se declaró que el Estado colombiano no cumplió con el deber de establecer las herramientas idóneas para garantizar el respeto de los derechos del abogado Valle Jaramillo, a pesar de su inminente riesgo y dadas las continuas denuncias de las actividades delincuenciales de los paramilitares y la complicidad del Ejército colombiano.

La Corte considera que un Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar el derecho a la vida, libertad personal e integridad personal de aquellos defensores que denuncien violaciones de derechos humanos y que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad como lo es el conflicto armado interno colombiano, siempre y cuando el Estado tenga conocimiento de un riesgo real e inmediato en contra de estos y toda vez que existan posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.⁴⁷

El Estado colombiano olvidó su deber de garantizar jurídicamente la protección de la libertad personal, como lo establece el artículo 1.1 de la CADH: “Organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Además de la violación de los artículos 7.1 y 7.2.

3.4. Caso vereda La Esperanza vs. Colombia

Este caso se desarrolló entre el 21 de junio y el 27 de diciembre de 1996, en el Magdalena Medio, municipio del Carmen de Viboral, vereda La Esperanza, donde el grupo paramilitar denominado Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio (ACMM), en cooperación de una unidad del Ejército llamada Fuerza de Tarea Águila (FTA), lleva a cabo la desaparición forzada de dieciséis adultos y tres niños, y la ejecución de otra persona; las víctimas fueron consideradas simpatizantes o colaboradoras de grupos guerrilleros que operaban en esta zona.⁴⁸

47. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas). párr. 90.

48. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 341.

Estos hechos denotan la violación del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la CADH; además, se desconoce la protección especial a los niños dentro del conflicto armado colombiano.

De acuerdo con la prueba recabada, la Corte nota que existió una modalidad de privación a la libertad muy similar entre todas las presuntas víctimas, las cuales fueron inicialmente identificadas como miembros o colaboradores de la guerrilla y, con posterioridad a ello, fueron llevadas por hombres armados que se transportaban en camionetas o carros particulares y aún hoy se desconoce su paradero.⁴⁹

En el caso de la vereda La Esperanza, se reconocieron tres elementos constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o de personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado; y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.⁵⁰

Los elementos constitutivos de la desaparición forzada se consolidaron en los hechos de la vereda La Esperanza e involucran la privación de la libertad de las víctimas. “En el trámite del caso ante la Corte, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por: i) La omisión en la garantía de los derechos al reconocimiento a la personalidad jurídica, vida, integridad personal y la libertad personal de doce víctimas desaparecidas, incluyendo a tres niños.”⁵¹

Los otros elementos que se presentan en este caso son la privación de la libertad realizada por un grupo de personas que actuaba con la cooperación del Estado y la falta de información sobre el paradero de las personas que impidieron el ejercicio de las acciones legales o procesales, por lo cual se violaron los artículos 7.1 y 7.2.

Estos fallos de la Corte IDH han impuesto límites al Estado colombiano y han recomendado regulaciones a las entidades estatales para el amparo del derecho a la libertad personal, a fin de lograr estándares internacionales en la protección de los derechos humanos.

.....
49. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 154.

50. *Id.*

51. *Id.*

4. LA DETENCIÓN ARBITRARIA E ILEGAL REFERIDA POR LA CORTE IDH EN LOS FALLOS EMITIDOS POR LAS CORTES DE CIERRE COLOMBIANAS

Para determinar el grado de incorporación e interpretación del artículo 7 que consagra la libertad personal, el artículo 7.2 la detención ilegal y el artículo 7.3 la detención arbitraria desarrollados por la jurisprudencia de la CIDH, se revisaron fallos proferidos por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, y se tomaron como referencia los casos en los que se protege la libertad personal.

Se seleccionaron sentencias que mencionaran la categoría *privación injusta de la libertad*, cada una con elementos vinculantes diferentes como hechos, funcionarios del Estado y responsabilidad, donde la transgresión de la libertad personal en cada asunto ligó otros derechos humanos violentados. Asimismo, otros delitos en los que el ente acusador no reunió el material probatorio, no ocurrió el delito o la adecuación típica fue diferente.

4.1. Fallos emitidos por el Consejo de Estado

El Consejo de Estado es el tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo,⁵² conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos dictados por el Gobierno Nacional que no sean de competencia de la Corte Constitucional, de los casos de pérdida de investidura de los congresistas y de la acción de nulidad electoral de acuerdo con la ley, resuelve las controversias y litigios de mayor importancia originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Asimismo, fija las pautas jurisprudenciales que las autoridades, los magistrados y los jueces de la jurisdicción deben atender para resolver casos similares, así como la responsabilidad de los servidores públicos por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones.⁵³

52. Const. Art. 236. junio 13 de 1991 (Colombia).

53. Const. Art. 6. junio 13 de 1991 (Colombia).

4.1.1. Sentencia del 26 de junio de 2014, expediente 36274, rad. 08001-23-31-000-2003-01878-01(36274), C. P. Ramiro Pazos Guerrero, demanda de reparación directa por parte de particulares en contra de la nación, rama judicial y Fiscalía General de la Nación

Los hechos se registraron el 30 de marzo de 2000, en la ciudad de Barranquilla, donde los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal (Gaula) de la Policía Nacional capturaron en situación de flagrancia, por el delito de extorsión, a Alveiro Vásquez Velásquez, quien estuvo con detención preventiva hasta el 3 de mayo de 2001, fecha en que el Juzgado Penal del Circuito Especializado ordenó su libertad, luego de proferir fallo absolutorio a su favor, en virtud del principio *in dubio pro reo*.⁵⁴

En el proceso de reparación directa iniciada por el capturado y otros, el Consejo de Estado consideró que se trató de una privación injusta de la libertad, la declaró ilegal y arbitraria y delegó la responsabilidad en el Estado por error jurisdiccional, por faltar al principio de *in dubio pro reo*; acoge la libertad personal como un derecho esencial de la persona, reconocido en la Carta Política⁵⁵ y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia e incorporados al orden jurídico interno por vía del bloque de constitucionalidad.⁵⁶ Al respecto, la Corte IDH ha señalado:

La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los tributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.

54. Ley 906 de 2004. Art. 7. Agosto 31 de 2004 (Colombia). “Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

55. Const. Art. 28. junio 13 de 1991 (Colombia). “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”.

56. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobada por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 conforme su artículo 74.2 y aprobada en Colombia en la Ley 16 de 1972. “Artículo 7. Derecho a la libertad personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.⁵⁷ Menciona que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe dos tipos de privación de la libertad: las detenciones ilegales y las arbitrarias.⁵⁸

De igual forma, extrae del SIDH que la limitación de la libertad física, así sea por un periodo breve, es ilegal si no se ajusta estrictamente “a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando esta sea compatible con la Convención”.⁵⁹

Es evidente que el Consejo de Estado en el análisis realizado consideró la Constitución Política de 1991, legislación vigente, como los pronunciamientos y la normativa de la Corte IDH, en virtud de la detención ilegal y arbitraria de Albeiro Vásquez, la cual declaró al Estado colombiano responsable de estos hechos.

4.1.2. Sentencia del 27 de enero de 2012, rad. 73001-23-31-000-2000-01402-01(22701), C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, demanda de acción de reparación directa por parte de Segundo Mora Patiño y otros contra la nación, rama judicial y la Fiscalía General de la Nación.

Las aprehensiones materiales de estas personas se dieron el 6 de julio de 1999, en el municipio de Melgar (Tolima), mediante orden de captura por parte de la Fiscalía

57. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C, N.º 170, párr. 52.

58. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículos 7.2 y 7.3. Noviembre 7-22, 1969.

59. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 229, párr. 76. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 237, párr. 75.

General de la Nación, por los delitos de interés ilícito en la celebración de contratos y peculado por apropiación. Se continuó con detención preventiva hasta el 11 de octubre del mismo año, toda vez que la medida de aseguramiento fue revocada el 8 de octubre de 1999, pues no se determinó su participación en los hechos, porque este no conocía la ilicitud que ejecutaban sobre esos contratos el alcalde y otros funcionarios de la Administración municipal de Melgar.

La acción de reparación directa fue resuelta por el Consejo de Estado a favor de los procesados; el alto tribunal responsabilizó al Estado por los daños antijurídicos causados, en consideración al artículo 2 de la Constitución Política de 1991, y señaló que dentro de los fines del Estado se encuentra garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos, los que se refieren a las libertades, la autodeterminación de los individuos y el principio universal de presunción de inocencia, contenidos en los artículos 28 y 29 de la Constitución Política de 1991, así como en la CADH ratificada por la Ley 16 de 1972: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Por lo anterior, el Consejo de Estado declaró responsable a la nación por la actuación de la Fiscalía General de la Nación, que privó en forma injusta de la libertad al señor Secundino Mora Patiño. Esta sentencia incorporó los preceptos de la CADH al considerar la violación de la libertad personal consagrada en los artículos 7 y 7.2.

4.1.3. Sentencia de 26 de noviembre de 2015, rad.

270012331000200400683 01, expte. 36390, C. P. Danilo Rojas

Betancourth, demanda de acción de reparación directa por parte de Jesús María Palacios Mosquera y otros contra la Fiscalía General de la Nación y otros

La privación injusta de la libertad de los particulares se generó desde el 5 de enero de 2001 hasta el 23 de julio de 2002, por el delito de concierto para delinquir en la modalidad de conformación de grupos ilegalmente armados, por constituir las cooperativas de vigilancia y seguridad privada para la defensa agraria (Convivir) desde el 22 de enero de 1996, según lo dispuesto por la Unidad de la Fiscalía de Derechos Humanos de Bogotá, de modo que fueron absueltos por el Juzgado Penal del Circuito de Quibdó al no probarse el delito.

La actuación de la Fiscalía fue abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, lo cual ocasionó una privación de la libertad arbitraria. Así, la alta corte responsabilizó a la nación por los hechos mencionados, de modo que es suficiente afirmar el valor constitucional del artículo 28 respecto de la libertad personal. En la sentencia, el Consejo de Estado no consideró los enunciados de la Corte IDH.

4.1.4. Sentencia del 31 de mayo de 2016, rad.

25000232600019971364402 (37532), C. P. Stella Conto Díaz del Castillo, acción de reparación directa por parte de un particular contra el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional y otros

La privación injusta de la libertad se dio mediante captura en flagrancia el 12 de julio de 1990 por parte de la Policía Nacional, tras lo cual quedó con detención preventiva, puesto que el procesado prestó un vehículo que fue utilizado para un hurto.

Considerada por la Sala como ilegal y arbitraria la captura, responsabilizó al Estado por esta basándose en el artículo 28 de la Carta Política: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Para este fallo, tuvo en cuenta la sentencia de 14 de noviembre de 2014, Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, emitida por la Corte IDH, y sobre la responsabilidad de reparación por parte del Estado recordó lo planteado por la CADH en el artículo 10,⁶⁰ dada la detención injusta.

En este caso, el Consejo de Estado, al dilucidar sobre el concepto y alcance de la privación injusta de la libertad, ilegal y arbitraria, lo hizo con sumo cuidado y dejó en claro lo anotado en la CADH, pero sin hacer alusión al artículo 7 de esta.

4.2. Fallos emitidos por la Corte Constitucional

Máximo estamento de la jurisdicción constitucional, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Entre sus

60. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 10. Noviembre 7-22, 1969.

funciones tiene la de revisar las decisiones judiciales relacionadas, entre otros derechos, con la violación de la libertad personal a través de acción de tutela en protección de derechos constitucionales.⁶¹

4.2.1. Sentencia T-594 del 31 de octubre de 2016, expte. T-5.596.207, M. S. Gloria Stella Ortiz Delgado, derecho a la libertad personal y otros, accionado por Esperanza y otra contra Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y otros

Los hechos se registraron el 20 de enero de 2016, en Bogotá D. C., a las 4:30 p. m., por parte de la Policía Nacional y un delegado de la Personería Municipal, al conducir a las accionantes junto con otras mujeres hasta las instalaciones de la Unidad Permanente de Justicia (UPJ), en el contexto de operativos para la recuperación del espacio público y bajo la presunción de que ejercían trabajo sexual. Afirman que durante el trayecto fueron golpeadas por los uniformados. Estuvieron en la UPJ hasta las 10:00 p. m. del mismo día.

El alto tribunal trajo a colación el artículo 2 de la Constitución Política de 1991, puesto que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar las libertades. El artículo 28 protege la libertad personal, física o corporal, y establece que todas las personas son libres y nadie puede ser molestado en su persona o familia, y sujeta cualquier restricción, es decir, al cumplimiento del debido proceso. También se fundamentó en el artículo 7 de la CADH:

Artículo 7. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

En este caso, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad personal de las accionantes, con criterios fundados en la Constitución Política de 1991 y la CADH, y ordenó que se investigue a los funcionarios que realizaron el procedimiento de policía.

.....
61. Const. Art. 236. junio 13 de 1991 (Colombia).

4.2.2. Sentencia T-395, del 24 de mayo de 2010, expediente T-2.495.674, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, accionante Manuel Mena, contra el Juzgado Promiscuo de Yolombó Antioquia, derecho a la libertad personal, presunción de inocencia y otros

Los hechos sucedieron durante junio de 2007, en Bogotá D. C., con la captura del mencionado accionante, mediante orden judicial, por la conducta punible de homicidio, por lo que fue condenado a dieciséis años de prisión.

La Corte Constitucional encuentra procedente de manera excepcional la acción de tutela para discutir providencias judiciales, por causa de un error judicial, en el entendido que la persona aprehendida no corresponde a la autora material de los hechos.

Las consideraciones, entre otras, se apoyan en la Constitución Política de 1991 que aduce que el derecho a la libertad es esencial del Estado de derecho. El artículo 28 de la Carta Política representa la cláusula general de tutela y reconocimiento del derecho a la libertad personal. Igualmente, el artículo 7 de la CADH consagra el derecho a la libertad personal: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

La decisión consistió en conceder el amparo de los derechos a la presunción de inocencia, a la libertad personal y otros. “Ordenar al Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, disponer dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la copia de esta providencia librada por la Secretaría de la Corte, lo conducente en relación con la libertad del capturado Manuel Mena”. En esta sentencia, se hace mención expresa del artículo 7 de la CADH y se incorpora en las consideraciones de la Corte.

4.2.3. Sentencia T-276 del 25 de mayo de 2016, expte. T-5.256.449, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, acción de tutela instaurada por el defensor del pueblo regional de Santander, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y otros por transgresión del derecho a la libertad y otros

Los hechos iniciaron en 2014, tras quejas y visitas realizadas al centro carcelario, por evidente vulneración de derechos humanos, entre ellos, la libertad personal,

observada por hacinamientos e incapacidad de respuesta del reclusorio, por lo cual se generaron tratos desproporcionados, innecesarios y arbitrarios.

Esta sentencia incluye con claridad y suficiencia el concepto de *libertad personal*, comoquiera que en cualquier momento se puede convertir en ilegal o arbitraria: “derecho a la libertad personal-alcance y concepto libertad personal-triple naturaleza jurídica”.

En la sentencia, el derecho a la libertad personal tiene una naturaleza polivalente, porque se trata simultáneamente de un valor, un principio y un derecho fundamental, y adopta de la CADH

los numerales 2º y 3º del artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [que] consagran y prohíben expresamente tanto las detenciones ilegales como las arbitrarias, en virtud de las cuales la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que para que la detención preventiva no vulnere la presunción de inocencia debe sujetarse a criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad y debe ser excepcional.

El concepto y alcance incluye la interpretación de la Corte IDH, la cual colige que los actores del Estado deben estar sujetos a criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que prescindir de la libertad personal es la última instancia, considerada como excepcional.

Por otro lado, la Sentencia C-416 del 9 de agosto de 2016 que trata de la demanda del artículo 310 de la Ley 906 de 2004 (peligro para la comunidad), modificado por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015, para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad ciudadana, por lo cual admite para tal consideración los artículos 28 (libertad personal), 93 de la Constitución Política de 1991 (bloque de constitucionalidad) y 7 (libertad personal), 8 (garantías judiciales) de la CADH, lo que permite inferir que este órgano de cierre ordena que en todos los casos en que disponga de la privación de la libertad de las personas, cualquiera que sea el motivo o circunstancia, tendrá que tenerse en cuenta la Constitución Política de 1991 y el artículo 7 de la CADH, pues tendrá que demostrarse, además, que en el futuro continuarán cometiendo las conductas punibles; de no ser así, se ordenará la libertad inmediata.

En esta sentencia, la Corte Constitucional hace incorporación expresa del artículo 7 de la CADH.

4.3. Fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria,⁶² el cual se encarga de solucionar los conflictos en asuntos penales, laborales y civiles que tengan los ciudadanos del Estado colombiano.

Después de revisadas algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre en materia penal, laboral y civil, se pudo constatar que existen innumerables fallos en relación con la libertad personal, entre otros: proceso número 34737 de 2010, M. P. Alfredo Gómez Quintero y proceso AHP5787 de 2017, M. P. Patricia Salazar Cuéllar, originados en procesos por *habeas corpus*, cuando se superan los tiempos establecidos por las autoridades judiciales y por los agentes del Estado que actúan en situaciones de flagrancia o en cumplimiento de órdenes judiciales, lo cual da lugar a vencimiento de términos, y también en los eventos en los que se han presentado errores de hecho por quienes instruyen y deciden en los procesos.

En lo referido a pronunciamientos derivados en procesos de privación injusta de la libertad personal, ilegal y arbitraria, en el ámbito penal, el Consejo de Estado decide por las acciones de reparaciones patrimoniales que le corresponden al Estado. Lo anterior cuando ha comprobado la violación de los artículos 7.4., 7.5. y 7.6. de la CADH.⁶³ Sin embargo, es importante resaltar que el Estado colombiano ha adoptado mecanismos para cumplir los estándares internacionales, el cual ha seguido las recomendaciones formuladas por la CADH que incluyen indemnizaciones y protección a las víctimas, testigos y a sus familias.

62. Const. Art. 235. junio 13 de 1991 (Colombia).

63. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículos 7.4, 7.5 y 7.6. Noviembre 7-22, 1969. "Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella". 7.5. "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". 7.6. "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados parte cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

5. CONCLUSIONES

Después del estudio de cómo las cortes de cierre colombianas (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional) han incorporado el concepto de *detención arbitraria e ilegal* respecto del derecho a la libertad personal desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, es posible concluir que:

Las cortes de cierre colombianas, en las consideraciones atinentes a violaciones del derecho a la libertad (ilegal o arbitraria), han considerado preponderantemente la Constitución Política de 1991, según los artículos 2 y 28, e involucrado dentro de los fines esenciales del Estado y como derecho fundamental la libertad personal. En algunas de ellas, ha señalado con firmeza artículos de la CADH y ha traído a colación procesos en los cuales la Corte IDH ha declarado responsables a diferentes Estados por violación del derecho a la libertad personal.

El Consejo de Estado en sus fallos resuelve si el Estado y sus instituciones son responsables del daño causado por parte de sus funcionarios, y decide desde esta perspectiva si condena al Estado a reparar patrimonialmente esa violación a la libertad personal. Por su parte la Corte Constitucional falla por la violación a los derechos humanos, y cuando se trata de la libertad personal, concede el amparo de los derechos humanos, ordena medidas de cumplimiento a los estamentos involucrados para evitar se cause nuevamente el daño y ordena a los entes de control la vigilancia de lo que resuelve en sus sentencias, por lo cual garantiza que no se repitan los hechos que dieron lugar a la agresión de los derechos humanos.

La Corte Suprema de Justicia dirime conflictos derivados de errores de procedimiento, entre otros, por *habeas corpus*, cuando se ha presentado vencimiento de términos y en eventos en los que la conducta punible interpuesta no corresponde a la debida, es decir, en algunos casos generó una medida de aseguramiento privativa de la libertad cuando no era necesaria debido a la adecuación típica. Por tanto, se trata de una situación diferente de la referida por los conflictos que dirime la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto a la privación de la libertad (ilegal o arbitraria).

En el contexto de intervención de la Corte IDH en casos asumidos contra el Estado colombiano por demandas de transgresión a los derechos humanos de la libertad personal, ilegal o arbitraria, y otros, se observaron en el periodo de 1988 a 1998 procesos en los que la responsabilidad del Estado fue notoria en unos eventos por no prever lo previsible y en otros por las intervenciones en ejecuciones denominadas en su momento extrajudiciales. En estos casos, el abuso de poder por parte de la fuerza pública fue más allá de la privación de la libertad de forma arbitraria, puesto que atentó contra

la integridad humana, debido a los maltratos y las torturas. Contrario a lo expuesto en 1989 por la Corte IDH, que hace un llamado de atención al Estado por no prevenir, proteger e investigar esta clase de hechos aberrantes, lo cual facilitó que los fallos se dieran fulminantemente contra Colombia.

En las demandas en las que el Estado fue condenado patrimonialmente en resarcimiento de daños y perjuicios, el Consejo de Estado fue contundente en invocar la Constitución Política de 1991, artículos 2 y 28 primordialmente, originado en hechos probados por privación injusta de la libertad. De igual forma en los casos perpetrados por la fuerza pública en los que se observa alto grado de extralimitación de funciones y de violación grave de derechos humanos, en los que incluso se dio la tortura y la pérdida de la vida, se apoya con firmeza en la Corte IDH y en la CADH artículos 1 y 7, entre otros; aun allegando casos similares donde la Corte IDH ha fallado en contra de algunos Estados. En otros eventos en los que la Fiscalía General de la Nación, mediante orden judicial privó de la libertad personal, de manera arbitraria por falta de acervo probatorio, se condenó al Estado patrimonialmente según los artículos de la Constitución Política de 1991 y de la CADH, pero sin traer otros casos de referencia. Y en procesos en los que el ente acusador no probó el delito, solo se nombró la Constitución Política de 1991, pues a la luz de los jueces el carácter arbitrario fue un yerro jurídico en el que se vislumbraba abiertamente una privación injusta de la libertad. En todos los casos mencionados, las autoridades judiciales que resolvieron y ordenaron la libertad inmediata de los procesados fueron autoridades de segunda instancia, sin llegar a la corte de cierre.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia según los casos relacionados, que son de diferente índole, resuelve con fundamentos congruentes en todas las consideraciones y los fallos, puesto que hace hincapié en la Constitución Política de 1991, artículos 2 y 28, y de la CADH, el artículo 7 en toda su dimensión, ampara el derecho y ordena lo competente para garantizar la no repetición de las conductas contrarias a la vulneración de derechos humanos. En una de las sentencias, se encarga de fijar un concepto y alcance de la libertad personal, y le otorga una triple naturaleza jurídica y simultánea, como un valor, un principio y un derecho fundamental reconocido. Como complemento a esta última apreciación, se tiene la sentencia que obliga a los órganos de cierre a considerar la Constitución Política de 1991 en defensa de los derechos humanos en concurso con la CADH, con especial atención en el artículo 7. Es decir, que en todos los eventos en los que esté de por medio la libertad personal, para los fines reclamados según la corte de cierre, pues se debe probar que quien se encuentre por cuenta de las autoridades judiciales en el futuro seguirá cometiendo la conducta punible.

La Corte Suprema de Justicia en sus consideraciones y decisiones, según las sentencias estudiadas, no dirimió sobre eventos de vulneración de la libertad personal, en situaciones de privación injusta por ilegal o arbitraria.

6. REFERENCIAS

- BOVINO, Alberto, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, 16 (2004).
- Colombia, Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Agosto 31 de 2014.). D. O. 45658.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). (C. P. Enrique Gil Botero).
- Constitución Política de Colombia [Const.]. Junio 13 de 1991 (Colombia).
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Aprobada por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 conforme su artículo 74.2 y aprobada en Colombia en la Ley 16 de 1972.
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José (2010).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 8: Libertad personal (2017)*, available at <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 124.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 220.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 52.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 165.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas), párr. 1.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994 (fondo, reparaciones y costas). Serie 6, N.º 16.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997 (fondo, reparaciones y costas), párr. 74.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso González y otras (“campo algodónero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas), párr. 22.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 229, párr. 76.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 237, párr. 75.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 154.
- FALCONE SALAS, Diego, *Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno*, 38 *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 433-495 (2012).

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 72 (1996).

Ficha de Seguimiento del Informe N.º 101/01. Caso 10.247 y otros Luis Miguel Pasache Vidal y otros (Perú).

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Julieta MORALES SÁNCHEZ, *Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad*, 29 *Cuestiones Constitucionales*, 207 (2013).

PÉREZ NOVA, Claudia, *Libertad personal, detención arbitraria y los mecanismos judiciales para su tratamiento*, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, 4 (2007).

Capítulo 3

EL TIEMPO COMO NÉMESIS DE LA JUSTICIA:
ESTÁNDARES DE PLAZO RAZONABLE EN EL
SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS HUMANOS, DESCONOCIMIENTO
DEL PRECEDENTE Y EL AUTOPRECEDENTE POR
PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL¹

*Carlos Eduardo Saraza Gómez**

.....
* Abogado de la Fundación Universitaria del Área Andina y magíster en Derecho de la Universidad de Manizales. Docente de pregrado y posgrado en áreas del Derecho Procesal, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Integrante del Grupo de Estudios de Investigaciones Sociojurídicas. Director del Semillero de Investigación MARCO de Derecho Procesal. Vinculado a la Red Regional de Semilleros de Investigación, al Nodo Eje Cafetero de Investigación Jurídica y Sociojurídica como investigador y como secretario técnico. Miembro de la Red Temática en Inteligencia Ambiental y Tecnologías de la Información y Comunicación. Líder del proyecto de investigación titulado “Estudio sobre el acatamiento de los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias emitidas contra Colombia, por parte de los tribunales de cierre nacionales” desarrollado en 2018, que dio origen a este libro.

1. Este texto es una versión extensa y complementada de otro que se presentó como ponencia en el III Coloquio Internacional de Investigación en Derecho en la Universidad de Valencia (España), en octubre de 2018, y que fue publicado en Luis Andrés Cucarella Galiana, Dir., *Convencionalidad, nuevos derechos y grupos vulnerables: necesidad de tutela judicial efectiva*, Bogotá, Nueva Jurídica, 45-62 (2018).

1. INTRODUCCIÓN

Resulta complejo, cuando menos, encontrar en español un vocablo que posea más acepciones que la palabra *tiempo*. Sin embargo, de las dieciocho definiciones distintas y el sinnúmero de variaciones que registra la Real Academia Española (RAE),² se puede extraer un común denominador: el tiempo es un asunto inexorable. Sea que se piense en él de manera física (en su rol de magnitud) o en el plano metafísico (como complejidad filosófica o como regalo de los dioses olímpicos), lo cierto es que cobra cuentas con cada segundo de su transcurrir. Por tal razón, su relación con la justicia resulta más que comprensible, ya que la denegación de esta es directamente proporcional al periodo que transcurre para su impartición o, como mejor lo expresa la filosofía, “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”.³

En conjunción, el paso del tiempo le cuesta caro a la eficacia de la justicia, la convierte en su *némesis*, de tal suerte que las personas que se hallan a la espera de la resolución de conflictos jurídicos puestos en conocimiento de las autoridades competentes tienden a verse como elementales espectadores de una cuasi titánica lucha entre dos fuerzas incontrolables: *chronos* (tiempo) vs. *thémis* (justicia).

En atención a ese marco, el interés de este capítulo se centra en a) gravitar en torno a los estándares internacionales que ha incorporado el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) respecto del plazo razonable⁴ como garantía del debido proceso y el acceso a la justicia: su génesis, concepción, evolución, estado actual; y una vez culminado tal ejercicio, b) realizar una observación comparativa y reflexiva de dichos estándares con los aplicados efectivamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, para determinar si esta cumple con los

2. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., Espasa, Madrid (2014), Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Zir61pf>.

3. Frase atribuida a Lucius Annaeus Séneca, filósofo romano (4 a. C-65 d. C).

4. Para delimitar la discusión, se aclara que el examen del plazo razonable se entenderá referida, en mayor medida, al artículo 8.1 de la CADH y la interpretación conjunta que se ha hecho de este con el artículo 25. Por tanto, el plazo razonable contenido en los artículos 7.5 y 48 servirá como referente.

deberes internacionales que le asisten en aplicación del control de convencionalidad, el respeto del precedente interamericano y el autopercedente.

Es decir, se determinará si el tribunal constitucional aplica materialmente las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha realizado respecto del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es decir, si reconoce el precedente interamericano, interés que resulta pertinente si se considera que al menos uno de los estándares antes referidos se fijó en una decisión emitida en contra del Estado colombiano, tal como adelante se detallará. Pero, también, será objeto de observación si la Corte Constitucional sigue (obedece) el autopercedente por ella fijado en sus decisiones como tribunal de cierre constitucional en Colombia.

2. GÉNESIS CONCEPTUAL DEL PLAZO RAZONABLE: RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL TRASPLANTE AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Parece necesario partir de la idea de que el plazo razonable, como categoría jurídica, tiene su origen para el derecho internacional público en los artículos 5.3 y 6.1⁵ del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950. Sin embargo, en atención a que aquel obedece a un concepto jurídico indeterminado,⁶ es relevante establecer que ha sido la jurisprudencia de los

5. "Artículo 5.3. Toda persona detenida o privada de libertad [...] deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable". "Artículo 6.1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones".

6. "Normas flexibles [...] la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley [...] de modo que esta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia". Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, *Revista de Administración Pública*, 38, 159-208, 171 y 173 (1962).

tribunales internacionales la encargada de interpretar el concepto, desarrollarlo y dotarlo de las características necesarias para su aplicación práctica, es decir, para su materialización.

En 1968, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia del caso *Wemhoff vs. Alemania*, desarrolló lo que se ha conocido como la doctrina de los siete criterios, en la cual agrupó tal número de variables para determinar la razonabilidad de la detención preventiva y la duración del proceso penal.⁷

Posteriormente, el TEDH afinó su línea de jurisprudencia en la materia y agregó elementos como el margen de contabilización del plazo razonable, el cual se debe entender desde el día en que se acusa a alguien y se extiende hasta el fallo que resuelva el fundamento de la acusación,⁸ y la imposibilidad material que implica convertir el concepto de *plazo razonable* en una cifra temporal determinada por los estándares de medición del tiempo (días, semanas, meses, años), pues aquel es variable según la gravedad de la infracción,⁹ hasta llegar, en 1982, a la definición de los elementos que constituirían, durante cierta época, los parámetros mínimos para determinar si la duración de un proceso, en cualquier área y ya no solo en cuestiones penales, se encuentra dentro de un plazo razonable, a saber: la complejidad del caso, la conducta de los interesados y la conducta de las autoridades judiciales.¹⁰

El origen descrito no puede desligarse del estudio que, en instancias judiciales, pero también doctrinales, se ha realizado sistemáticamente sobre el plazo razonable como parte del núcleo esencial de las garantías judiciales al debido proceso y al acceso

7. Avelina Alonso de Escamilla, *La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estudio de casos*, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 43, Ministerio de Justicia, Madrid, 176 (1990). "En el caso *Wemhoff* (ST. 27-VI- 68) (1), se sometió a decisión del TEDH si el tiempo que el demandante pasó detenido en la República Federal de Alemania, constituyó una violación del Convenio Europeo (art. 5.3 [...]). La Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH), centró su informe en la interpretación del término 'razonable', elaborando los siete criterios siguientes: duración de la detención, naturaleza del delito y pena señalada, efectos personales sobre el detenido, conducta del acusado, dificultades en la instrucción del proceso y modo de llevarlo a cabo por los jueces, considerando su actuación durante todo el proceso".

8. Caso *Neumeister v. Austria*. Sentencia de 27 de junio de 1968. Application N.º 1936/63, p. 41.

9. Caso *Stógmüller v. Austria*. Sentencia de 10 de noviembre de 1969. Application N.º 1602/62, párr. 4. "It is admitted on all sides that it is not feasible to translate this concept into a fixed number of days, weeks, months or years, or into various periods depending on the seriousness of the offence. The Court is, therefore, led necessarily, when examining the question whether Article 5 (3) (art. 5-3) has been observed, to consider and assess the reasonableness of the grounds which persuaded the judicial authorities to decide".

10. Caso *Eckle v. Alemania*. Sentencia de 15 de julio de 1982. Application N.º 8130/78, párr. 80. "The reasonableness of the length of the proceedings must be assessed in each instance according to the particular circumstances. In this exercise, the Court has regard to, among other things, the complexity of the case, the conduct of the applicants and the conduct of the judicial authorities".

a la justicia en su calidad de derechos humanos fundamentales. Tales garantías están consagradas en los diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos¹¹ como puntales que median la relación existente entre las personas asociadas a un Estado de derecho y la prestación del servicio público de administración de justicia, o en términos procesales, entre los sujetos del proceso y la jurisdicción.

Esta relación versa sobre todos aquellos elementos que el Estado debe considerar para que las personas, sin ningún tipo de discriminación, puedan acceder a la resolución de sus conflictos jurídicos por parte de la Administración,¹² tales como los procesos judiciales, los procedimientos que los regentan, el establecimiento de competencias para el conocimiento diferenciado de determinados asuntos y los términos procesales en los que se deben resolver los casos. Es decir, las garantías judiciales, al menos desde una perspectiva deontológica, contienen los mecanismos que garantizan la efectiva justiciabilidad de los derechos considerados en abstracto, o en palabras de la Corte IDH, “las garantías [que] sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho [...], vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”.¹³

El derecho fundamental al debido proceso, desde su concepción contemporánea —a partir de la segunda posguerra— comporta una serie de garantías que han evolucionado conforme a las exigencias de las dinámicas social y jurídica. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, se tenía previsto como “la garantía de concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y a disponer de un procedimiento sencillo y breve que ampare contra actos de autoridad que violen sus derechos”;¹⁴ mientras que en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1950 se ampliaron las garantías, ya no solo para concurrir ante los tribunales, sino a ser oído públicamente por estos.¹⁵

.....
11. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Artículos 5, 6, 7, 8, 13 y 25. Noviembre 4, 1950. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículos 7, 8, 9, 10 y 11. Noviembre 7-22, 1969.

12. Entiéndanse comprendidos en este concepto todos los sujetos habilitados por la normativa interna de un Estado para administrar justicia, incluso las autoridades jurisdiccionales, administrativas y los particulares revestidos con tal función.

13. Opinión Consultiva Oc-8/87 del 30 de enero de 1987. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

14. Artículo XVIII.

15. “Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial”.

Pero fue en 1953 que se incorporó en el CEDH la garantía del plazo razonable como parte del texto normativo referido al debido proceso y, por ende, como parte del núcleo esencial de este derecho, circunstancia que se ha mantenido incólume en los instrumentos internacionales de derechos humanos redactados con posterioridad.¹⁶

En la misma línea, el acceso a la justicia, entendido en principio como la posibilidad de asistir ante la jurisdicción a plantear un problema jurídico y como uno de los aspectos relevantes del debido proceso, ha evolucionado en su concepción hasta entronarse hoy como la garantía de tutela jurisdiccional —o judicial— efectiva, la cual implica ya no solo la posibilidad de concurrir ante la justicia en ejercicio de un recurso, sino la necesidad de la solución efectiva de los casos dentro de términos razonables y con garantías de verdad, justicia y reparación, pues, tal como lo ha planteado la Corte IDH en su jurisprudencia: “El derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables”,¹⁷ en todas las especialidades del derecho o en todo tipo de litigio, sea penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.¹⁸

En este orden, resulta hoy palpable que los elementos fundantes del derecho a la tutela judicial efectiva son “el acceso efectivo a un órgano de resolución de litigios, el derecho a un proceso equitativo y a la resolución diligente de litigios, el derecho a un recurso adecuado y la aplicación general de los principios de eficiencia y eficacia a la administración de justicia”.¹⁹

16. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 9. Diciembre 16, 1966. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 8. Noviembre 7-22, 1969.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 188. Al respecto, la misma sentencia cita los siguientes casos: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas), párr. 209. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas), párr. 114. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002 (fondo, reparaciones y costas), párrs. 142-145.

18. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 7, voto parcialmente disidente, jueza Medina Quiroga.

19. European Union, Agency for Fundamental Rights, *Access to Justice in Europe: An Overview of Challenges and Opportunities*, European Union, Agency for Fundamental Rights, 9 (2011). Citado en Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual sobre el derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, Madrid, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, 17 (2016).

Todo lo hasta aquí planteado conlleva la necesidad de analizar el plazo razonable en íntima correlación con el debido proceso y el acceso a la justicia, de los cuales no solo se desprende sino con los que se conjuga para formar un cúmulo normativo proteccionista de derechos humanos denominado garantías judiciales.

Ahora bien, tal como se dejó sentado, la génesis jurídica y el desarrollo de los primeros alcances del plazo razonable se dieron en el sistema europeo de protección de derechos humanos; empero, con la entrada en vigencia de la CADH en 1978 y la consecuente puesta en funcionamiento pleno del SIDH, se inició todo un proceso de trasplante normativo,²⁰ conceptual y teórico que implicó un constructo influenciado, pero con concepciones propias, de los criterios que se adoptarían y de los estándares que regirían en materia de plazo razonable en el continente americano.

Así, la CADH positivó como norma jurídica indeterminada el plazo razonable en diferentes apartados de su codificación, con lo cual se inició el proceso de trasplante del concepto del sistema europeo al americano. En los artículos 7.5, 8.1, 25 y 48, la CADH establece que se deben tener en cuenta plazos razonables para la realización de diferentes acciones, a saber: a) el artículo 7.5 en lo referido al término de privación de la libertad y al juzgamiento de quien se encuentre detenido, b) los artículos 8.1 y 25 en lo atinente a las garantías judiciales del debido proceso y la protección judicial y c) el artículo 48 respecto del plazo con el que cuentan los Estados para remitir informaciones solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Por el carácter flexible de tales normas y por su derivada característica esencial de que la propia ley no determina o resuelve con exactitud su aplicación en un caso concreto, tanto la CIDH como la Corte IDH se vieron impelidas a realizar interpretaciones para determinar las directrices básicas para el establecimiento de los plazos a que hace referencia la CIDH, pues estos no se encuentran determinados en medidas exactas de tiempo, circunstancia que obliga a establecer parámetros que le permitan al juzgador colegir cuándo se encuentra ante un plazo concebido razonablemente y cuándo no.

En este ejercicio hermenéutico, la primera decisión del SIDH en la que se “repcionaron” los estándares que previamente fijara el tribunal europeo fue la resolución emitida el 13 de abril de 1989 contra la República Argentina.²¹ En el contenido de su decisión, la CIDH equiparó normativamente el artículo 7.5 de la CADH con el artículo 5.3 del CEDH, y en aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho

.....
20. Diego López Medina, *Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano*, 8 *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 16, 117-159 (2010).

21. Resolución N.º 17/89. Informe Caso 10.037. Argentina. 13 de abril de 1989.

de los Tratados,²² concluyó que los criterios aplicados en el caso Stögmüller serían relevantes para establecer si la detención de la víctima del caso analizado se compadece con los estándares internacionales hasta ese momento existentes en materia de plazo razonable referido a detención preventiva, esto es, la duración de la detención, la naturaleza de las infracciones y las dificultades judiciales de las causas.²³

En un segundo momento, la CIDH, al emitir informe de fondo en el caso 11.245,²⁴ hizo una diferenciación clara del tiempo o plazo razonable referido en artículo 8 de la CADH, respecto del contemplado en el artículo 7.5 del mismo instrumento. Según concluyó la CADH, la primera norma permitiría mayor flexibilidad en cuanto a los criterios de determinación de la razonabilidad del plazo, en razón de que en ella no se compromete el derecho a la libertad personal, como sí ocurre con la segunda norma mencionada. En palabras del órgano internacional:

El tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8, debe medirse en relación con una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal.²⁵

Estas dos decisiones del órgano cuasijurisdiccional del SIDH dieron paso a que la Corte IDH proferiera en 1997 la decisión en el *lead case* o caso fundador de línea, en el que, tal como lo plantean Bolaños y Ugaz, por primera vez detalló los criterios para analizar la razonabilidad del plazo.²⁶

En la sentencia del caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua,²⁷ la Corte IDH acudió nuevamente, como antes lo hizo la CIDH, a los criterios esgrimidos por el TEDH para arribar

.....
22. Referido a la regla general de interpretación de los tratados.

23. Conclusión octava, literales a, b y c, Resolución N.º 17/89.

24. Informe N.º 12/96. Argentina. Caso 11.245. 1 de marzo de 1996.

25. Informe N.º 12/96. Argentina. Caso 11.245. 1 de marzo de 1996, párr. 111.

26. Elard Ricardo Bolaños Salazar y Rosemary Stephani Ugaz Marquina, *El plazo razonable como garantía del debido proceso: análisis comparativo de los estándares actuales en el Sistema Interamericano y en el TC peruano*, 15 *Gaceta Constitucional*, 81-92, 83 y 84 (2016).

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997 (fondo, reparaciones y costas).

a la conclusión de que, si bien el plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la CADH es una noción abstracta, es posible dotarla de contenido en atención a tres estándares que se deben analizar en cada caso concreto. En su oportunidad, la Corte IDH expresó:

El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisar los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.²⁸

Al ser esta la sentencia fundadora de línea en la jurisprudencia de la Corte IDH y en atención a los antecedentes descritos sobre la utilización de los criterios del TEDH por los dos órganos que conforman el SIDH, en este punto no cabe duda respecto de la influencia directa que aquel tuvo sobre las decisiones de estos y, de contera, del trasplante teórico que se ha realizado a efectos de determinar los criterios de plazo razonable en el SIDH, los cuales se pasarán a describir.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PLAZO RAZONABLE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: FIJACIÓN, EVOLUCIÓN Y ALCANCES

La fijación del punto de partida jurisprudencial de estándares internacionales en materia de plazo razonable en el SIDH se dio, como quedó visto, en el caso

.....
28. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997 (fondo, reparaciones y costas), párr. 77.

Genie Lacayo vs. Nicaragua con la asunción de los criterios de complejidad del caso, actividad procesal de las personas interesadas y conducta de las autoridades judiciales, como pautas mínimas a considerar para un estudio juicioso sobre la razonabilidad temporal de la duración del proceso.

Además, en esa decisión, la Corte IDH se pronunció sobre un asunto crucial para la realización de tal análisis: el momento desde el que inicia y en el que termina el tiempo transcurrido. El estándar fijado por la Corte IDH en esa oportunidad apuntaba a que el plazo razonable se debía verificar con respecto al interregno que hubo entre la expedición del auto de apertura del proceso hasta que hubiese una sentencia judicial ejecutoriada.²⁹ Este criterio implicaba, entonces, no considerar las actuaciones previas realizadas por autoridades encargadas de investigación y acusación, pues el hito temporal era marcado por la apertura oficial del proceso.

Posteriormente, la Corte IDH varió el criterio para la fijación de la marca inicial y dispuso que esta se daría con la detención del procesado, tras lo cual la estableció como el acto fundador procedimental y, por tanto, momento de inicio de la verificación del plazo razonable. La Corte IDH lo manifestó así:

El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo.³⁰

Con este cambio de estándar, quedaba entonces determinado que el cálculo del plazo razonable iniciaría con la aprehensión del sujeto y terminaría con la sentencia que agotara todas las instancias.

A pesar de ello, más adelante la Corte IDH se vio enfrentada a una complejidad distinta al estudiar un caso en el que, si bien existían actuaciones previas, no hubo una detención que permitiera poner la marca temporal de inicio del plazo razonable.

.....
29. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997 (fondo, reparaciones y costas), párr. 81.

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (fondo), párr. 70.

Así, determinó, entonces, que en estas circunstancias el inicio del conteo del tiempo debería realizarse “a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso”³¹ y que este se extiende hasta el agotamiento de todo el procedimiento “incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”.³² De tal suerte que el hito temporal no era determinado ya por la aprehensión—en tanto acto que no siempre existiría—sino por el inicio de la intervención de las autoridades, lo cual reforzaría, de paso, el elemento correspondiente a la actitud de estas frente al caso. Esta línea³³ fue mantenida de manera homogénea por la Corte IDH en los asuntos posteriores en los que estudió la conculcación de las garantías judiciales,³⁴ al menos hasta el 27 de noviembre de 2008, fecha en la que surgió un nuevo estándar gestado propiamente en la jurisprudencia del SIDH, que amplió el margen interpretativo en cuanto a los elementos a considerar para la razonabilidad de los plazos judiciales.

En la fecha referida, el Corte IDH emitió la sentencia de fondo, reparaciones y costas en el caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia,³⁵ en que se aceptó el reconocimiento de

.....
31. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 168.

32. *Id.*, párr. 169.

33. Estándares de la línea: a) complejidad del caso, b) actividad procesal de las personas interesadas, c) conducta de las autoridades judiciales, d) la contabilización del plazo inicia con la detención o el conocimiento del caso por parte de las autoridades y e) se extiende hasta el agotamiento de todo el procedimiento incluso los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

34. Al respecto, pueden verse, entre otras, las siguientes decisiones: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001 (fondo, reparaciones y costas); Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (fondo, reparaciones y costas); Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

35. Los hechos narrados por la CIDH y resumidos por la Corte IDH, son: “27 de febrero de 1998 [...] dos hombres armados ingresaron al despacho de Jesús María Valle Jaramillo en [...] Medellín [donde también se encontraban Carlos Fernando Jaramillo Correa y] Nelly Valle [Jaramillo], hermana de Jesús María Valle [...]. [Posteriormente entró una mujer, quien, junto con dos hombres, procedió a] amarrar e inmovilizar a los rehenes [...]. Jesús María Valle fue asesinado mediante dos disparos a la cabeza [y] falleció instantáneamente. [...] Tras la ejecución extrajudicial, la señora Valle y el señor Jaramillo Correa fueron arrastrados desde el despacho hasta la sala de la oficina. Allí fueron amenazados con armas de fuego [...]. Los perpetradores abandonaron el despacho. [...] Carlos Fernando Jaramillo [...] debió exiliarse por temor a las amenazas recibidas. [...] Los elementos de juicio disponibles indican que el móvil del asesinato fue el de acallar las denuncias del defensor de derechos humanos Jesús María Valle sobre los crímenes perpetrados en el Municipio de Ituango por paramilitares en connivencia con miembros de la Fuerza Pública [...]. transcurridos casi nueve años [...], se ha condenado a tres civiles, en ausencia, y no existen investigaciones judiciales orientadas a la determinación de responsabilidad alguna de agentes del Estado”.

responsabilidad parcial y el Estado fue declarado internacionalmente responsable por la vulneración de varios derechos humanos contenidos en la CADH, entre ellos, las garantías judiciales y la protección judicial, reconocidas en los artículos 8.1 y 25.1, en relación con los deberes de respeto y garantía previstos en el artículo 1.1 de dicho tratado.³⁶

La Corte IDH coligió que el Estado colombiano permitió la prevalencia de una impunidad parcial en cuanto a la investigación, el juzgamiento y la sanción por los hechos denunciados, pues los “procesos y procedimientos internos no han constituido recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia”, en razón de que este último derecho implica “que la solución de la controversia se produzca en un tiempo razonable”.³⁷

Al realizar las elucubraciones atinentes a la vulneración de los derechos mencionados, la Corte IDH reafirmó los tres elementos que determinan la razonabilidad del plazo para el trámite de los procesos judiciales y procedió a formular un nuevo estándar internacional con la inequívoca pretensión de regular más ampliamente la materia y dar prevalencia a los principios de interpretación *pro homine* y de progresividad en materia de derechos humanos:

La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.³⁸

Luego, surge diáfano que, a partir de esta decisión, el SIDH otorgó a los operadores jurídicos cuatro criterios específicos³⁹ para que les sea posible dotar de contenido

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas), p. 74, párr. 5.

37. *Id.*, párrs. 168 y 154.

38. *Id.*, párr. 155.

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009 (fondo, reparaciones y costas), párr. 112.

concreto a las normas jurídicas indeterminadas que contiene la CADH en cuanto a la razonabilidad de los plazos, criterios que, vistos como unidad, constituyen el estándar internacional vigente en la materia. Así, y para finalizar este apartado, se verificarán en su orden los alcances de cada uno de ellos.

1. *La complejidad del asunto.* Para la determinación de este criterio, que ha sido desarrollado como de tipo objetivo, la Corte IDH ha acudido a las nociones del TEDH, con lo cual estableció que se debe considerar “la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde el hecho violatorio, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió, [...] la naturaleza de las acusaciones, el número de acusados y la situación política y social reinante en el lugar y tiempo de la ocurrencia de los hechos”.⁴⁰ Con él se busca establecer si el “el asunto [...] es resuelto en plazos similares a casos semejantes”.⁴¹

2. *La actividad procesal de los interesados.* Se refiere a la participación activa, por sí mismos o a través de sus representantes, en actos procesales tales como aportación de pruebas, interposición de recursos, entrega de información para ubicación y notificaciones; pero también está determinada por el elemento teleológico de dicha participación, la cual no puede conllevar el entorpecimiento de la actuación judicial.⁴²

3. *La conducta de las autoridades judiciales.* Esta se deriva del deber jurídico propio⁴³ que tiene el Estado al tener en su cabeza la jurisdicción, por lo que la actividad que las autoridades, o los particulares en su caso, desplieguen en ejercicio del poder jurisdiccional debe estar encamina-

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú. Sentencia de 23 de noviembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 179

41. Eduardo Trujillo Ariza, *El plazo razonable: análisis interpretativo del criterio usado por la Corte IDH en el caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, 1 Una voz pro persona, 2, 43 (2014).

42. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú. Sentencia de 23 de noviembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 184.

43. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú. Sentencia de 23 de noviembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 186.

da a obtener resultados eficientes y eficaces en las investigaciones, sin “depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos”.⁴⁴

4. *La afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada.* Este es un criterio de orden subjetivo. Lo que dispuso la Corte IDH fue analizar con él, “si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo”,⁴⁵ pues, de ser así, surge como necesario que los procedimientos se surtan con mayor diligencia y que el caso se resuelva a la mayor brevedad. La génesis de este criterio se halla en el voto razonado del juez García Ramírez en el caso *López Álvarez vs. Honduras*.⁴⁶ En él defendió la tesis de que las afectaciones por razón del curso temporal eran diferenciadas entre personas, luego, debería estimarse la situación jurídica del sujeto considerado individualmente y propender a que, “en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo —plazo razonable— se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de este”.⁴⁷

4. TRATAMIENTO DEL PLAZO RAZONABLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

44. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas), párr. 155.

45. *Id.*

46. Elard Ricardo Bolaños Salazar y Rosemary Stephani Ugaz Marquina, *El plazo razonable como garantía del debido proceso: análisis comparativo de los estándares actuales en el Sistema Interamericano y en el TC peruano*, 15 *Gaceta Constitucional*, 81-92, 88 (2016).

47. Voto razonado, Sergio García Ramírez, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (fondo, reparaciones y costas), párr. 36.

Como ya se ha establecido el estándar internacional de plazo razonable vigente en la actualidad para el SIDH y los alcances interpretativos que de este realizó la Corte IDH, se verificará ahora el acatamiento por parte de la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Para ello, se partirá de la base teórica que apunta a las obligaciones de cumplimiento que tiene Colombia como Estado parte de la CADH respecto de las decisiones, las interpretaciones y los parámetros jurídicos fijados por la Corte IDH en casos decididos en su contra.

Estas obligaciones emanan, en primera medida, del contenido del artículo 68.1 de la CADH,⁴⁸ pero también de la doctrina del control de convencionalidad⁴⁹ establecida en la jurisprudencia de la Corte IDH, que dispone:

Cuando un Estado es parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, [...] están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana y la interpretación que de la misma ha hecho la Corte IDH [...] en el marco de sus respectivas competencias.⁵⁰

En este orden de ideas, teóricamente la Corte Constitucional tiene la obligación de acatar los lineamientos del SIDH en el momento de proferir sus propias sentencias, máxime cuando el tribunal constitucional reconoció, al pronunciarse en relación con las decisiones de la Corte IDH, que “el alcance de estos fallos no debe encontrar obstáculos en su cumplimiento y no debe tener oposición por parte de las autoridades encargadas de cumplirlos”.⁵¹ Además, porque su incumplimiento podría derivar en responsabilidad internacional por la inobservancia de los deberes convencionales emergentes de la ratificación del tratado y el reconocimiento de la competencia jurisdiccional de la Corte IDH.

48. Los Estados parte en la CADH se comprometen a cumplir la decisión de la Corte IDH en todo caso en que sean partes.

49. Al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones).

50. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual autoformativo para la aplicación del control de convencionalidad*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 9 (2015).

51. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 653 de 2012 (Jorge Iván Palacio: Agosto 23 de 2012).

Desde sus primeras decisiones, a tono con la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional reconoció la correlación existente entre el artículo 29 de la Carta y el artículo 7.5 de la CADH en materia de plazo razonable como componente del debido proceso. Así, en sus inicios, vislumbraba que “la expresión ‘dilaciones injustificadas’ del artículo 29 de la Constitución, debía ser interpretada a la luz del artículo 7.5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, esto es, [...] debe entenderse como ‘un plazo razonable’, que es necesario cumplir”,⁵² lo cual implicaba ya la asunción de las decisiones del SIDH en el ordenamiento jurídico interno.

En una segunda fase, el tribunal constitucional integró los tres primeros criterios utilizados por la Corte IDH para apreciar la razonabilidad de los plazos o términos judiciales y estableció una especie de test en tal sentido, con el cual valoraba los elementos fundantes, así: “(1) La complejidad del asunto; (2) la actividad procesal del interesado; y, (3) la conducta de las autoridades públicas”.⁵³ Cabe resaltar que en esa ocasión la Corte Constitucional invocó un cuarto elemento consistente en el análisis de la importancia del litigio para el interesado, pero solo a manera ilustrativa, pues no lo analizó ni lo tuvo en cuenta en su decisión.

En los años sucesivos, la jurisprudencia del tribunal constitucional mantuvo inamovible la línea trazada por la Corte IDH, la cual siguió en incontables sentencias tanto de acciones de tutela como de acciones de inconstitucionalidad que, por razones de economía del espacio, no se analizan en este capítulo,⁵⁴ pero en las cuales refirió siempre los tres elementos del estándar, y acogió, además, cuestiones de interpretación como la conexión con el debido proceso y el acceso a la justicia, la aplicación no solo a los procesos penales y su extensión en todas las materias jurisdiccionales, la irrenunciabilidad de los compromisos mínimos adquiridos con el derecho internacional de los derechos humanos en materia convencional y las garantías de resolución pronta y completa, lo cual comporta la materialización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación para los usuarios de la administración de justicia.

Con ello, se pensaría en este punto que el tribunal constitucional cumple, en nombre del Estado colombiano, con sus obligaciones internacionales derivadas de la CADH. Sin embargo, llama poderosamente la atención el hecho de que muchas

52. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-557 de 1992 (Octubre 15 de 1992); y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-301 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Agosto 2 de 1993), entre otras.

53. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-272 de 1999 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Abril 28 de 1999).

54. Sin embargo, se pueden consultar al respecto, entre muchas otras, las siguientes decisiones: Sentencia C-228 de 2002, Sentencia C-1154 de 2005, Sentencia C-370 de 2006, Sentencia T-171 de 2006, Sentencia C-390 de 2014, Sentencia T-267 de 2015, Sentencia C-179 de 2016 y Sentencia C-344 de 2017.

de esas sentencias que mantuvieron la línea fueron producidas con posterioridad a noviembre de 2008. Entonces, si se observan los parámetros de obligatoriedad antes planteados, se supondría, al menos desde una perspectiva netamente jurídica,⁵⁵ que con la ampliación del estándar internacional para el análisis del plazo razonable que se dio con la sentencia del caso Valle Jaramillo vs. Colombia, todas sus autoridades, en todos sus niveles debieron incorporar el criterio allí emergente en las decisiones que produjeran con posterioridad a aquella.

Y resulta más excéntrico aún que sea precisamente el tribunal constitucional el que no incluya en su jurisprudencia el estándar internacional, en razón de que es precisamente la entidad constituida para defender la Carta Política, y por vía del artículo 93,⁵⁶ todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia.

Se observa cómo, por ejemplo, en decisiones de 2014⁵⁷ y 2015⁵⁸, es decir, siete años después de la ampliación del estándar, la Corte Constitucional continuaba invocando solo los tres criterios iniciales y basando sus decisiones en jurisprudencia desactualizada en materia de plazo razonable.

Solo hasta 2016, en una sentencia de unificación de jurisprudencia, la Corte Constitucional reconoció la existencia del cuarto criterio integrador del estándar de razonabilidad del plazo y lo incorporó como elemento trascendental para la toma de las decisiones en el caso objeto de estudio. En esa ocasión, al analizar el plazo dentro del cual se deben adelantar las acciones de extinción de dominio en Colombia, la Corte expresó:

Desde esta perspectiva, para determinar si en un caso concreto se ha observado un plazo razonable la jurisprudencia constitucional ha acogido los tres elementos aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a saber: *i*) la complejidad del asunto; *ii*) la actividad procesal del interesado; y *iii*) la conducta de las autoridades públicas. No obstante,

55. Esta aclaración aparece como pertinente, en la medida en que es innegable en la actualidad que las decisiones judiciales se encuentran mediadas también por contenidos políticos, sociológicos y económicos.

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

57. “La relevancia del derecho al plazo razonable ha sido reconocido en numerosas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido tres criterios que deben ser tenidos en cuenta para establecer la razonabilidad del plazo: “(i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades nacionales”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-518 de 2014 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Julio 17 de 2014).

58. En idéntico sentido, Sentencia C-496 de 2015, párr. 3.5.3.8.2; y Sentencia T-267 de 2015, párr. 2.4.2

con ocasión del caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, el análisis del plazo razonable ha de incluir además, una reflexión posible sobre “la afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes” del procesado. Esto es, la situación jurídica de la persona, a fin de determinar el daño mayor o menor que el tiempo de tramitación del proceso causa, en la definición de una controversia.⁵⁹

Aunque de manera anacrónica, parecía subsanada la situación respecto del desconocimiento del estándar internacional por parte del tribunal constitucional y la asunción de aquel como criterio interpretativo para su jurisprudencia, pues en posteriores decisiones se siguió esa línea, y se reconocieron y aplicaron los cuatro elementos.⁶⁰ Sin embargo, el punto verdaderamente neurálgico de esta reflexión se centra en que, aun después de acoger oficialmente la postura de la Corte IDH en una sentencia unificadora y de replicarla en otras decisiones, la Corte Constitucional no ha sido consistente en la aplicación del estándar internacional y todavía en la actualidad lo sigue inobservando; es decir, ya no solo desconoce el precedente interamericano, lo cual supone consecuencias jurídicas internacionales para el Estado colombiano, sino que también desconoce su propio precedente.

En la Sentencia T-328 de 2017,⁶¹ al analizar la razonabilidad del plazo como elemento fundante del debido proceso, el tribunal constitucional se retrotrajo hasta los criterios elementales fijados en la jurisprudencia del TEDH y del SIDH, pero olvidó de manera fehaciente los precedentes del caso *Valle Jaramillo* y otros vs. *Colombia* y de la Sentencia SU-394 de 2016. Igual circunstancia ocurrió en la Sentencia C-221 de 2017, en la que la Corte Constitucional analiza el plazo razonable a la luz del artículo 8.1 de la CADH, pero omite considerar la interpretación que de este ha hecho la Corte IDH, lo cual equivale a desconocer el estándar internacional.

59. Sentencia SU-394 de 2016, párrs. 66 y 67.

60. Puede consultarse al respecto, entre otras, la Sentencia T-186 de 2017, párr. 14. “Esta tesis fue posteriormente acogida en las sentencias proferidas en los casos *Valle Jaramillo* y otros vs. *Colombia* y *Kawas Fernández vs. Honduras*, destacándose que el artículo 8.1 convencional establecía como garantía judicial el derecho a un plazo razonable y, por su parte, el artículo 25.1 establecía el derecho a un recurso judicial efectivo. En estas ocasiones, la Corte indicó que, además de los 3 requisitos previstos en el caso *Genie Lacayo* para valorar la razonabilidad del plazo, debía incluirse un cuarto, consistente en ‘la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso’.”

61. El derecho al plazo razonable ha sido reconocido en varias sentencias de la Corte IDH, en las cuales se han establecido tres criterios que deben ser considerados para establecer la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades nacionales.

Incluso en casos más recientes como la Sentencia T-052,⁶² la Corte Constitucional retorna a los fueros iniciales del SIDH, y cita en esta ocasión para argumentar la razonabilidad del plazo el informe número 100/01⁶³ de la CIDH, en el cual, por obvias razones temporales, aún se concebían solo los tres criterios fundadores de la línea.

En suma, de lo expuesto hasta este punto del apartado se puede colegir que, en el ejercicio hermenéutico y aplicativo del estándar internacional de plazo razonable, la Corte Constitucional ha incumplido, al menos parcialmente, con los deberes que le impone el SIDH al Estado colombiano en cuanto al acatamiento de las normas convencionales y de las interpretaciones que de aquellas realicen los órganos que regentan el sistema y a la realización de un efectivo control de convencionalidad, asuntos que podrían conllevar la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de derechos contenidos en instrumentos del *corpus iuris* interamericano.

Esto se traduce, en primera medida, en el incumplimiento del precedente interamericano, con el agravante de que tal precedente fue fijado específicamente en un caso que la Corte IDH resolvió en contra del Estado colombiano. Este supuesto de hecho implicaría que los tribunales de cierre y todas las autoridades públicas sean aún más cuidadosos con el acatamiento del estándar internacional, para evitar caer en contradicciones teóricas y jurídicas, y para tener cierta congruencia con la aplicación del control de convencionalidad en lo que hace con las decisiones de cierre del tribunal constitucional, asuntos que implicarían extender las garantías fijadas pro el SIDH a los ciudadanos colombianos que se someten a la jurisdicción.

Sin embargo, no existen mayores mecanismos internos para hacer control a las decisiones anacrónicas o desactualizadas de la Corte Constitucional ante la inobservancia de los estándares internacionales. Ello radica en el hecho de que aquella constituye precisamente el tribunal de cierre y, por ende, no existe una revisión u otra instancia que se ocupe de determinar si se han cumplido o no dichos estándares. La profesora Ingrid Suárez Osma lo plantea en los siguientes términos: “Que las sentencias de tribunales de cierre dentro de las jurisdicciones estatales sean sometidas al control de convencionalidad interno puede resultar difícil en la práctica porque justamente su naturaleza indica que las decisiones que tomen no puedan ser recurridas ante otro tribunal”.⁶⁴

62. Por lo anterior, la Corte IDH se ha pronunciado en diferentes ocasiones para establecer los parámetros que determinen la razonabilidad del plazo de los procesos judiciales, entre ellos: “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”.

63. Informe N° 100/01. Caso 11.381 Milton García Fajardo y otros. Nicaragua. 11 de octubre de 2001.

64. Ingrid Suárez Osma, *Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 107 (2015).

Al tener, entonces, la “última palabra” en materia jurisdiccional dentro del Estado colombiano, la Corte Constitucional debería procurar mantener intacto el principio de congruencia entre sus decisiones, lo que conlleva que, una vez adoptado un estándar internacional en cualquier materia, todas las decisiones que se sigan de allí deben estar lógicamente permeadas por dicho estándar, máxime cuando el mismo y su interpretación vayan en pro de los derechos humanos de los administrados. En otras palabras, si el tribunal constitucional decide obedecer un mandato jurisprudencial de la Corte IDH, no puede olvidarlo al día siguiente en la nueva providencia que emita; ello deja entrever o desconocimiento o descuido en el tratamiento que se le da a la jurisprudencia.

Lo anterior no implica que no sea posible apartarse en un caso concreto de dicho precedente; pero, si lo hace, deberá justificarlo, argumentarlo y, en todo caso, interpretar la inaplicación en razón del efecto útil de las normas y del principio *pro persona*, que es orientador hermenéutico en este tipo de situaciones.

Ahora bien, si no se quisiera ver el asunto desde la óptica del respeto por el precedente interamericano arguyendo cuestiones como la “soberanía estatal” o, en su defecto, la “independencia judicial”, al menos debería verse como una cuestión básica de respeto a la regla de autprecedente.

En tratándose de teorías que regulan el precedente judicial, se ha deconstruido el imaginario de que este solo opera para los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia del *common-law* y, cada vez más, se fija la certidumbre de que también es aplicable de manera tangible a los sistemas cimentados en el *civil law*. En tal sentido, Oteiza y otros, citados por Suárez Osma, refieren: “Aunque es cierto, como se ha señalado en las últimas décadas, que existe una tendencia a la convergencia entre las dos grandes familias del mundo occidental —*common-law* y *civil law*—, tendencia que también se evidencia en el rol que se asigna a la jurisprudencia como fuente de derecho”.⁶⁵

Así, la fijación de líneas jurisprudenciales homogéneas, potentes desde el punto de vista jurídico-argumentativo y congruentes, permiten gozar de una mayor credibilidad a las altas cortes, pero, más importante aún, les permite a los administrados tener la garantía de la seguridad jurídica, pues con ello sabrán que los criterios y estándares aplicados a un caso concreto, por ser subreglas de derecho, se aplicarán también a los casos subsiguientes a no ser que exista una causal de razonabilidad superior para la inaplicación, la cual debe estar siempre mediada, como ya se advirtió, por un componente explicativo que ilustre la razón por la cual no se considerará cierto estándar en un caso concreto.

.....
65. *Id.*, 132.

En este orden de ideas, así como el precedente horizontal y el precedente vertical hacen gala del principio de seguridad jurídica y del diálogo interjurisdiccional, pues el primero implica acatar decisiones de tribunales superiores y el segundo adherir a decisiones de tribunales del mismo rango, el autopercedente resguarda también ese principio innato a la dispensación de justicia y dota de un halo de congruencia, consecuencia y credibilidad a las decisiones de una misma corte o tribunal.

Dicho de otro modo, el autopercedente tiene que ver con la introspección o la propia mirada que un tribunal de cierre vuelca sobre sus decisiones para nutrirse de ellas mismas; implica, entonces, un verdadero ejercicio de autogestión y realimentación intrínseca de la corte con su jurisprudencia, además de la materialización y del respeto por los principios de universalidad y congruencia. Al respecto, Suárez Osma anota:

En el autopercedente, a diferencia de lo que puede suceder en el precedente vertical, es diferente “seguir la ley” a “seguir el precedente” pues no se trata de acatar un precedente previo por el simple hecho de que se trata de una norma jurídica vinculante sino esencialmente por respetar el principio de justicia y el de universalidad. Así, mientras en el precedente vertical se trata de adherirse (o no) al criterio de solución usado previamente por un juez superior para resolver un caso similar al que ahora se plantea, en el autopercedente puede incluso no existir decisión previa y aun así la Corte debe resolver el caso actual según los criterios que estaría dispuesta a aplicar nuevamente en todos los casos similares que se presenten en el futuro, es decir, debe actuar según el principio de universalidad.⁶⁶

La universalización se traduce, en consecuencia, en la materia prima de la seguridad jurídica, pues es evidente que, al universalizar una decisión, esta será aplicada de manera homogénea a los casos símiles y esto será sabido por los ciudadanos, incluso, antes de acudir a la jurisdicción, por lo que sus expectativas de administración de justicia se alientan con la preconcepción (no prejuizgamiento), de la forma en que la Corte aplicará su propio precedente para resolver los problemas jurídicos que los administrados ponen a su consideración.

.....
66. *Id.*, 134.

5. CONCLUSIONES

El estándar internacional que rige actualmente en el SIDH en materia de plazo razonable es un constructo elaborado, en un ejercicio de diálogo jurisprudencial, con los elementos aportados por el TEDH —que contribuyó con tres criterios— y por la Corte IDH que lo amplió con un criterio más. Aquel se halla establecido desde 2008 en la decisión de fondo del caso Valle Jaramillo vs. Colombia y comporta la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada.

Si bien existen algunas decisiones de la Corte IDH,⁶⁷ en las que ha expresado que para casos concretos no es necesario analizar el cuarto elemento del estándar de plazo razonable, esta afirmación constituye la excepcionalidad a la regla establecida en 2008, puesto que a esa conclusión ha arribado cuando encuentra suficientes criterios determinantes de la vulneración en el estudio de los tres primeros, de tal suerte que no puede verse como un retroceso o una contradicción en la jurisprudencia, sino como una subregla de interpretación.

A pesar de las obligaciones internacionales que se derivan del contenido normativo de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH, la Corte Constitucional no ha asumido en sus fallos, de manera homogénea y completa, los lineamientos del estándar referido. Ello máxime cuando la confección de los criterios se culminó en una sentencia proferida en contra del Estado colombiano. La inobservancia descrita puede redundar, *a posteriori*, en la declaratoria de responsabilidad internacional en contra de Colombia, si la deficiente aplicación del estándar de plazo razonable se verifica como conculcación directa de derechos humanos, ya sea *per se*,⁶⁸ ya sea por la vulneración del debido proceso o el acceso a la justicia.

67. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garibaldi vs. Brasil. Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 138: “En cuanto al cuarto elemento, la Corte ha dicho que para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada [...] ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia [...]. En el presente caso la Corte considera que no es necesario realizar el análisis de este elemento para determinar la razonabilidad del plazo de la Investigación iniciada a raíz de la muerte del señor Garibaldi”.

68. La Corte IDH ha sostenido que “la falta de razonabilidad en el plazo para el desarrollo de la investigación constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002 (fondo, reparaciones y costas), párr. 145; y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 148.

La observancia del precedente interamericano por parte del tribunal constitucional respecto de reglas, subreglas y estándares internacionales fijados por el SIDH implica el cumplimiento de la doctrina del control de convencionalidad en lo atinente a las decisiones jurisdiccionales internas y, por otra parte, el cumplimiento del autoprecedente fijado por la Corte Constitucional en sus sentencias de unificación contribuirá a la materialización de los principios de universalidad, justicia y seguridad jurídica.

Resulta imperativo, entonces, que la Corte Constitucional revise y aplique las interpretaciones extensivas que de los instrumentos interamericanos realizan los órganos encargados de ello, pues así, no solo se logrará la armonía deseada entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional, sino que también se propenderá a evitar transgresiones a los derechos humanos y, de paso, que el Estado colombiano se vea incurso en procesos jurisdiccionales ante el SIDH.

6. REFERENCIAS

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA, *Manual sobre el derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, Madrid, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, 17 (2016).

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, *La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estudio de casos*, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 43, Ministerio de Justicia, Madrid, 176 (1990).

BOLAÑOS SALAZAR, Elard Ricardo y Rosemary Stephani UGAZ MARQUINA, *El plazo razonable como garantía del debido proceso: análisis comparativo de los estándares actuales en el Sistema Interamericano y en el TC peruano*, 15 *Gaceta Constitucional*, 81-92, 83 y 84 (2016).

Caso Eckle v. Alemania. Sentencia de 15 de julio de 1982. Application N.º 8130/78.

Caso Neumeister v. Austria. Sentencia de 27 de junio de 1968. Application N.º 1936/63, p. 41.

Caso Stógmüller v. Austria. Sentencia de 10 de noviembre de 1969. Application N.º 1602/62, párr. 4.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículos 7, 8, 9, 10 y 11. Noviembre 7-22, 1969.

CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Artículos 5, 6, 7, 8, 13 y 25. Noviembre 4, 1950.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-272 de 1999 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Abril 28 de 1999).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-301 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Agosto 2 de 1993).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-557 de 1992 (Octubre 15 de 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-518 de 2014 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Julio 17 de 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 653 de 2012 (Jorge Iván Palacio: Agosto 23 de 2012).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Garibaldi vs. Brasil. Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009 (fondo, reparaciones y costas), párr. 112.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (fondo, reparaciones y costas), párr. 36.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú. Sentencia de 23 de noviembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 179
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), párr. 70.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 168.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas), p. 74, párr. 5.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú. Sentencia de 23 de noviembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 184.
- CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, Dir., *Convencionalidad, nuevos derechos y grupos vulnerables: necesidad de tutela judicial efectiva*, Bogotá, Nueva Jurídica, 45-62 (2018).
- EUROPEAN UNION, AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Access to Justice in Europe: An Overview of Challenges and Opportunities*, European Union, Agency for Fundamental Rights, 9 (2011).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, *Revista de Administración Pública*, 38, 159-208, 171 y 173 (1962).
- Informe N.º 12/96. Argentina. Caso 11.245. 1 de marzo de 1996.

Informe N° 100/01. Caso 11.381 Milton García Fajardo y otros. Nicaragua. 11 de octubre de 2001.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual autoformativo para la aplicación del control de convencionalidad*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 9 (2015).

LÓPEZ MEDINA, Diego, *Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano*, 8 *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 16, 117-159 (2010).

Opinión Consultiva Oc-8/87 del 30 de enero de 1987. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Art. 9. Diciembre 16, 1966. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 8. Noviembre 7-22, 1969.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., Espasa, Madrid (2014), Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Zir6lpf>.

Resolución N.º 17/89. Informe Caso 10.037. Argentina. 13 de abril de 1989.

SUÁREZ OSMA, Ingrid, *Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 107 (2015).

TRUJILLO ARIZA, Eduardo, *El plazo razonable: análisis interpretativo del criterio usado por la Corte IDH en el caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, 1 *Una voz pro persona*, 2, 43 (2014).

Capítulo 4

DERECHO A LA IGUALDAD: ENTRE
EL RECONOCIMIENTO Y LA LEGITIMACIÓN

*Jenny Chalarca Hoyos**

* Abogada de la Fundación Universitaria del Área Andina y magíster en Derecho de la Universidad de Manizales. Docente en el área de Implementación de Estrategias Pedagógicas en la Enseñanza del Derecho Constitucional, Hermenéutica Jurídica y Derechos Humanos. Experta en línea jurisprudencial. Integrante del Grupo de Estudios de Investigaciones Sociojurídicas. Directora del Semillero de Derecho Constitucional, vinculada a la Red Regional de Semilleros de Investigación y al Nodo Eje Cafetero de Investigación Jurídica y Sociojurídica.

1. INTRODUCCIÓN

En toda la tradición clásica de Aristóteles a Hobbes, de Locke a gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad (o, correlativamente, de la desigualdad) ha sido siempre razonada con argumentos cognoscitivos: los hombres, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren y, además, porque se encuentran todos en la misma situación de hacerse daño unos a otros; o porque, escribía Locke, tiene las mismas inclinaciones y facultades.¹

Estas concepciones de igualdad que relata Luigi Ferrajoli ponen en evidencia el proceso de cambio que ha tenido el concepto, el cual en principio, y como muchos derechos, se aplicaba a ciertos grupos sociales o personas y generaba circunstancias de desigualdad que propiciaron los procesos revolucionarios en búsqueda de una igualdad real y material, que no estableciera distinciones y diferencias discriminatorias.

No obstante, hablar de la diferencia en la igualdad no es un concepto errado en el sentido de la importancia de identificar las particularidades humanas. Así es como Ferrajoli y otros autores que se citan en este capítulo indican la relación estrecha entre la “igualdad” y la “diferencia” —donde la igualdad es la norma y la diferencia es el hecho— que conducen al reconocimiento de que todas las personas son diferentes y tienen características particulares; y es en virtud de esas diferencias que debe aplicarse la igualdad.

Por ello, en la complejidad de la protección de la igualdad, los sistemas jurídicos internacionales han establecido pautas de protección del principio de igualdad en relación con la no discriminación, y han indicado qué tipo de actuaciones judiciales y administrativas pueden llevar a conductas y prácticas vulneradoras del principio.

Este capítulo desarrolla el concepto de *igualdad* desde el punto de vista histórico y cómo a través de diferentes momentos se ha hablado de diversos tipos de igualdad para algunos grupos sociales, así como las gestas revolucionarias que propendieron a

1. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trota, Madrid, 78 (2010).

una igualdad material y efectiva, que se traduce finalmente en los conceptos actuales de *dignidad* y *no discriminación* positivados y desarrollados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Asimismo, el capítulo aborda cómo, en virtud de la protección del derecho humano a la igualdad, los sistemas regionales de protección de derechos, más precisamente el interamericano a través de los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), establecen las pautas de interpretación, aplicación y protección del derecho a la igualdad y no discriminación.

Finalmente, los últimos apartados llevarán el concepto de *igualdad* al contexto jurídico colombiano, en la interpretación dada por la Corte Constitucional, y tratarán de identificar la incidencia de los pronunciamientos de la Corte IDH frente a la igualdad en la jurisprudencia de este tribunal constitucional.

2. IGUALDAD: EL SURGIMIENTO DE UN DERECHO

La desigualdad como problema sustancial de la sociedad se convierte en el fundamento base para los procesos revolucionarios de los siglos xvii y xviii, en los que el abuso del poder por parte de los monarcas absolutistas, las crisis económicas, sociales y políticas, y el surgimiento de una nueva era del conocimiento denominada la Ilustración, definida por su más grande exponente Immanuel Kant como “el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo”,² propiciaron los escenarios de las gestas independentistas que buscaban el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano, entre ellos, el derecho a la igualdad.

La Ilustración fue un periodo en el que los grandes pensadores de la época,³ franceses, alemanes e ingleses, buscaban “alumbrar al género humano” con la luz del conocimiento y sacarlo de la oscuridad en la que se hallaba, especialmente por seguir, sin cuestionamiento, los dogmas religiosos. Para Kant,⁴ esto implicaba adquirir la madurez

2. Immanuel Kant, *¿Qué es la Ilustración?*, Alianza Editorial, Madrid, 87 (2016).

3. Dentro de los destacados pensadores de la Ilustración se encuentran grandes exponentes de Inglaterra, Francia y Alemania, entre ellos: Immanuel Kant, Jean-Jacques Rousseau, Diderot, D’Alembert, Montesquieu, John Locke, entre otros.

4. Immanuel Kant, *¿Qué es la Ilustración?*, Alianza Editorial, Madrid, 87 (2016).

mental de pensar por sí mismo, sin la influencia de otro, tener la capacidad de discernimiento y tener “el valor para servir de su propio entendimiento—*sapere aude*—”.⁵

Durante el siglo XVIII, conocido como el siglo de las luces, emergen los libres pensadores y filósofos que empezaron a cuestionar el *establishment* y a romper con los paradigmas de la sociedad de aquella época, porque confiaron en que la razón conducía a la verdad; uno de los temas objeto de estudio, cuestionamiento y análisis que primaba se relaciona con la igualdad entre los hombres.

Rousseau, en *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, de 1754, manifiesta que la fuente primera de desigualdad surge entre los hombres y que esta puede darse de dos clases, a saber:

Una, que yo llamo natural o física porque ha sido instituida por la naturaleza, y que consiste en las diferencias de edad, de salud, de las fuerzas del cuerpo y de las cualidades del espíritu o del alma; otra, que puede llamarse desigualdad moral o política porque depende de una especie de convención y porque ha sido establecida, o al menos autorizada, con el consentimiento de los hombres. Esta consiste en los diferentes privilegios que algunos disfrutaban en perjuicio de otros, como el ser más ricos, más respetados, más poderosos, y hasta el hacerse obedecer.⁶

Es en virtud de la segunda clase de desigualdad en la que se pueden generar más conflictos, por ser aquella creada por los seres humanos, los cuales ocasionan males mayores que se pudieran evitar viviendo de manera simple y uniforme, ya que la causa natural o física no puede ser modificada o alterada.⁷

Para Rousseau, en el origen de la sociedad y de las leyes, se propiciaron trabas al más débil y se fortalecieron los ricos, se crearon normas para mantener la servidumbre, la usurpación y el establecimiento del ejercicio del poder y el derecho de unos sobre otros.

Locke, en el *Tratado sobre el gobierno civil*, hace referencia a la igualdad como un llamado opositor a la monarquía absolutista inglesa, en el que no concebía la posibilidad de la existencia de un soberano que está por encima de todos cuando este también es

5. Immanuel Kant, *¿Qué es la Ilustración?*, Alianza Editorial, Madrid, 87 (2016).

6. Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Calpe (1923), Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>.

7. *Id.*

un ser humano. Para Locke, el estado de naturaleza tiene una ley que obliga a todos y esta a su vez enseña que todos los hombres son iguales e independientes.

Desde la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, en la que las trece colonias americanas declaran su autonomía e independencia de Gran Bretaña, se enuncia el derecho de igualdad como parte de los derechos inalienables y por ende derechos humanos; en el preámbulo indicaron: “Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales”.⁸

En 1789, en la Revolución francesa, se proclamaba la libertad, igualdad y fraternidad (*liberté, égalité, fraternité*); la Constitución de 1791, primera Constitución de Europa en sentido moderno y la primera escrita en Francia, desde el preámbulo elimina los estamentos sociales e instituciones que restringen la libertad e igualdad de derechos, y establece:

Ya no hay nobleza, ni procerato (*pairie*), ni distinciones hereditarias, ni distinciones de órdenes, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que de aquellas derivaban, ni ningún orden de caballería, ni ninguna de las corporaciones o condecoraciones, en las que se exigían pruebas de nobleza, o suponían distinciones de nacimiento, ni ninguna otra superioridad, más que la de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Ya no hay venalidad, ni herencia de ningún oficio público. Ya no hay, para ninguna parte de la Nación, ni para ningún individuo, privilegio o excepción alguna al derecho común de todos los franceses. Ya no hay cofradías, ni corporaciones de profesiones, artes y oficios. La ley ya no reconocerá ni votos religiosos, ni ningún otro compromiso que sea contrario a los derechos naturales o a la Constitución.⁹

Para Bernd Marquardt, este fue uno de los desafíos más complejos de la transformación ilustrada-liberal: “consistió en la imposición de la *igualdad interindividual* y de la

8. The U.S. National Archives and Records Administration, Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), Disponible en: <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>

9. Manuel A. Torremocha Jiménez, Constitución Francesa (1791), Disponible en: <http://www.ieslasmusas.org/geohistoria/constitucionfrancesa1791.pdf>

ciudadanía general frente al régimen estamental y el señorial de la gran deforestación medieval”.¹⁰

Marquardt indica que, a pesar del uso del término igualdad, tanto en las revoluciones liberales como en las constituciones producto de ello, todavía para la época —siglos XVIII y XIX— existía una lectura restrictiva de lo que se consideraba este derecho, ya que los textos hacían mención de la igualdad entre los hombres, y, en efecto, para la *época bisagra*,¹¹ la igualdad era solo para hombres hablando del género masculino, por lo cual se excluía de toda posibilidad de inserción a las mujeres.

Como respuesta a esta exclusión, la activista francesa Olympe de Gouges redacta en 1791 la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, el homólogo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; en efecto, para este caso, en virtud del derecho a la igualdad, se buscaba poner en el mismo plano y escenario tanto a hombres como a mujeres. El resultado no fue el más favorable, la Declaración no tuvo acogida en la sociedad francesa y la defensora de los derechos de las mujeres fue ejecutada en 1793 por supuesta traición.

2.1. El ocaso: la igualdad desde siglo XIX hasta la actualidad

Las revoluciones liberales, el surgimiento del Estado moderno y la construcción de un derecho constitucional y de los derechos humanos propiciaron la consolidación —al menos formal— del derecho a la igualdad como prerrogativa de los ciudadanos de los Estados occidentales europeos;¹² no obstante, la inclusión de la igualdad en las constituciones o declaraciones de derechos en Europa y, posteriormente, en América no paso más allá de ser un simple formalismo, en el cual se creó la ilusión de la existencia de un derecho de igualdad, cuando la realidad material empezó a reflejar grandes fracturas y diferencias sociales, por asuntos de clases, de etnias o de creencias religiosas.

10. Bernd Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho: ¿valores universales o hegemonía moral de Occidente?*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 59 (2015).

11. *Id.*, 67.

12. Los conceptos modernos de Estado, constitución y derechos humanos se consolidan a partir del siglo XV en la Europa occidental.

Así es como, según lo relata Marquardt,¹³ la eliminación de la nobleza, la servidumbre y el vasallaje llevaron a que se consolidara una nueva manera de dominación, la cual ya no estaría a cargo de diferentes estamentos, sino de uno solo, el Estado, dado que el pueblo pasaba de ser siervo de un señor a convertirse en súbdito del Estado.

En ese afán de consolidar los Estados, muchos de estos “orientados en la *revolución de la soberanía*, no solo perfeccionaron su *monopolio de la violencia legítima* como tal, sino que lo utilizaron también para efectuar políticas represivas enfocadas en la seguridad interna, en sus fines ideológicos y en la homogeneización nacional”.¹⁴ Asimismo, la vulneración de los derechos anteriormente establecidos, con argumentos jurídicos para sustentar el uso de prácticas discriminatorias, como se evidenció en la Alemania nazi (solo por indicar uno de los casos que se replicaron en varios países europeos durante el siglo xx), donde “los derechos del hombre no fueron nada más que los derechos del ser nacional según el respectivo constructo excluyente de la nación”.¹⁵

La Segunda Guerra Mundial puso en evidencia la diferencias raciales y étnicas, con la creación de las Leyes Raciales de Nüremberg de 1935, con las cuales, a través de un conjunto normativo, se despojaba formal y materialmente del principio de igualdad a los judíos, a quienes se les negaba la ciudadanía alemana, se les prohibía casarse o tener relaciones con alemanes “puros”, no podían votar y fueron restringidos sus derechos políticos.

Los judíos no solo sufrieron los vejámenes del régimen nazi, sino también todos aquellos que pudieran ser producto de una descendencia “no pura”;¹⁶ es así que los gitanos, los negros o sus descendientes fueron segregados, exiliados y en su mayoría exterminados. Lo sucedido en Alemania puso en evidencia la incapacidad del Estado de derecho para disminuir las brechas sociales; por el contrario, y como Hermann Heller lo afirmó, en el Estado de derecho, el legislador no considera las relaciones sociales del poder “convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes y no en un medio de protección de los más débiles. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real”.¹⁷

13. Bernd Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho: ¿valores universales o hegemonía moral de Occidente?*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 60 (2015).

14. *Id.*, 101.

15. *Id.*, 106.

16. El imaginario alemán nacionalsocialista procuraba la búsqueda de la raza pura y perfecta, una raza superior que solo la tenían algunos alemanes que no tenían mezclas en su descendencia.

17. Luis Villar Borda, *Estado de derecho y Estado social de derecho*, 20 *Revista Derecho del Estado*, 73, 88 (2007).

En la posguerra,¹⁸ después de las múltiples violaciones a los derechos humanos y el exterminio de millones de personas, la mayoría de ellas en virtud de sus diferencias raciales o religiosas, fue imperativo incluir en la agenda mundial la protección de los derechos humanos, el mantenimiento de la paz y la configuración del derecho positivo universal.¹⁹ Por esto, cada Estado se vio en la necesidad de incluir leyes internas que disminuyeran las diferencias entre sus habitantes; en consecuencia, se crearon leyes que buscaban tratos igualitarios entre grupos sociales o razas; a pesar de lo anterior, la normativa sustentaba una igualdad formal, mas no material:

Después de la Guerra de Sucesión Americana se estableció igualdad formal entre negros y blancos en los Estados Unidos, y la Ley decía que había que tratarlos por igual, pero en forma separada, es decir, que bastaba con tener escuelas para los negros, siempre que fueran iguales a las de los blancos, que se podían tener restaurantes segregados para los negros, desde que no fueran mucho peor que los de los blancos, que podía haber vivienda pública para los negros desde que fuera igual a la de los blancos, y por supuesto, la igualdad no era cierta, era producto de la hipocresía porque establecía un régimen de *apartheid*.²⁰

Por otro lado, aún existían desigualdades de género, porque las mujeres a inicios del siglo XIX no eran consideradas parte de la sociedad; existía una gran restricción en su participación política y pública. En efecto, el reflejo de la época en la cual, a través de una larga tradición del dominio masculino,²¹ las mujeres, además de no ser consideradas ciudadanas, se pensaba que no tenían las habilidades para discernir sobre asuntos políticos. Un escrito de Kant al respecto arroja suficientes luces de cómo eran vistas las mujeres en pleno siglo XVIII, el siglo de las luces: “Las mujeres son siempre niños grandes,

.....
18. Después de la Segunda Guerra Mundial.

19. En el sentido de la creación de tratados y pactos internacionales para la protección de los derechos humanos.

20. Pablo Elías González Monguí, *Derechos humanos: fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento*, X, Universidad Libre, Bogotá, 308 (2008).

21. Desde la Antigüedad en lugares como Grecia, considerada como la cuna de la civilización, las mujeres no hacían parte de la clasificación social, sino que estaban por fuera de la organización sociopolítica, se encontraban al mismo nivel de los esclavos; tradición que se fue perpetuando y consolidando hasta mediados del siglo XIX.

es decir, no se fijan nunca un objetivo, sino que se dejan caer ahora aquí, ahora allá, pero no contemplan objetivos importantes; esto último es la tarea del varón²².

Afirmación de corte patriarcal, que fue posteriormente positivada en el código napoleónico de 1804, el cual estableció que las mujeres no podían presentarse a juicio, enajenar, vender, comprar o disponer de sus bienes sin la autorización, presencia o consentimiento escrito de su marido.

Esta tradición se replicó en la mayoría de los países europeos y latinoamericanos, con algunas excepciones, entre ellas, la monarquía austriaca, la cual, en su código de 1811, no generó distinciones entre hombre y mujeres, utilizaba los términos seres humanos y personas, los cuales tienen derechos por nacimiento, de modo que es el Imperio austriaco el primero en otorgar el derecho al voto a las mujeres latifundistas en 1861, y aclaró que el sufragio no era universal, sino en virtud de las riquezas y propiedades que poseían las mujeres.

El precepto de igualdad, cuya letra no ha experimentado después cambio alguno, se refería tan solo a la igualdad política de los varones; hoy, en ciertos Estados, se refiere también a la de las mujeres; en la primera mitad del siglo XIX significaba solo la igualdad de los derechos políticos, mientras que actualmente, y en medida creciente, significa también la igualdad social; hasta hace una década se aplicaba, “según la opinión dominante”, nada más que a la administración, en tanto que hoy se le interpreta como límite y pauta también para el legislador.²³

La lucha por el reconocimiento igualitario y universal de los derechos de las mujeres empezó a dar sus frutos escalonadamente en diferentes países a partir del siglo XX. Marquardt²⁴ relata que el derecho civil napoleónico cedió a sus políticas patriarcales, y países como Francia, Italia y Bélgica en 1946 reconocieron el sufragio universal femenino, mientras que Argentina en 1947, Costa Rica en 1949, México en 1953 y Colombia que desde 1954 enuncia el derecho activo y pasivo del sufragio de las mujeres, el cual se materializa con el plebiscito de 1957.

En cuanto a los asuntos administrativos y contractuales, que estaban a manos del esposo, las reformas en México en 1974, Colombia en 1975, Alemania en 1976 y Suiza en

22. Immanuel Kant, *Menschenkunde*, Olms Verlag, Leipzig, 71 (1976).

23. Herman Heller, *Teoría del Estado*, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 327 (1998).

24. Bernd Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho: ¿valores universales o hegemonía moral de Occidente?*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 141-142 (2015).

1988, establecieron iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, y los consideraron a ambos iguales ante la ley.

No obstante, para Marquardt, “han sobrevivido varias discriminaciones indirectas y estructurales de las mujeres europeas y americanas que reciben todavía salarios inferiores y siguen estando infrarrepresentadas en las juntas directivas de las grandes empresas, el profesorado de derecho y también en la mayoría de los parlamentos”.²⁵

Otro tópico relacionado con la falta de materialización del precepto de la igualdad se da en el campo de la discriminación por orientación sexual, identidad, expresión de género y diversidad corporal. Aunque parezca un problema del siglo XXI, desde el siglo XIX existían prácticas legislativas encaminadas a generar diferencias y desigualdades por las razones mencionadas, tal es el ejemplo de la existencia de leyes contra la homosexualidad, la prohibición de contraer matrimonio, conformar familias homoparentales o la posibilidad de ser reconocidos jurídicamente en la pluralidad de las identidades sexuales. Algunas de estas leyes penalizan el matrimonio en parejas del mismo sexo y prohíben la posibilidad de adquirir derechos patrimoniales; el uso del tiempo presente en la redacción no es un error gramatical, aunque ya varios países en el mundo han avanzado en la concreción de la igualdad y no discriminación de cualquier índole, aún persisten Estados, especialmente en Medio Oriente y África que castigan con la pena de muerte, cadena perpetua o privación de la libertad las relaciones homosexuales.²⁶

En el continente americano, aunque se ha avanzado en la eliminación de las leyes que discriminan y sancionan las prácticas homosexuales, persisten actos de violencia y vulneración de los derechos humanos contra lesbianas, gay, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI). En un informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 2015, titulado *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, relata que aún persisten graves actos de violencia con altos grados de impunidad, perpetuados por prejuicios y estereotipos de agentes estatales; asimismo, relaciona lo importante de la libertad de expresión y el derecho a la igualdad, los cuales a la luz del informe tienen una relación intrínseca, se “refuerzan

25. *Id.*, 143.

26. Según un artículo publicado por la *BBC Mundo* en septiembre de 2018, en 71 países del mundo criminalizan las relaciones en parejas del mismo sexo y 5 de estos castigan con pena de muerte las relaciones homosexuales. Aquellos países que aplican la pena de muerte son Arabia Saudita, Irán, Sudán, Yemen, Mauritania, Nigeria y Somalia. *BBC Mundo, Los 5 países y dos territorios donde castigan con pena de muerte las relaciones homosexuales*, Septiembre 6, 2018, Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-45438773>.

mutuamente” y tienen una “relación afirmativa” en tanto realizan una contribución complementaria y esencial a la garantía y salvaguarda de la dignidad humana”.²⁷

Es importante resaltar cómo el informe de la CIDH indica que la existencia de leyes discriminatorias que criminalizan las relaciones sexuales como leyes de sodomía para proteger la “moral pública” y las “buenas costumbres” continúa siendo un problema para la mayoría de los países anglófonos del Caribe:

Aunque estas leyes suelen no aplicarse, su existencia es utilizada para acosar, perseguir, hostigar y amenazar a personas con orientaciones sexuales o identidades o expresiones de género diversas, reales o percibidas. Este tipo de legislaciones contribuyen a crear un contexto que condona la discriminación, la estigmatización y la violencia contra personas LGBT, reforzando los prejuicios sociales existentes.²⁸

2.2. ¿Qué es la igualdad? Un concepto en construcción

La conceptualización y materialización del principio de igualdad a través de diferentes doctrinantes y realidades históricas ha llevado a la configuración de una ambigüedad y confusión en cuanto al significado de este.

Para Martín María Aldao,²⁹ definir igualdad puede traer una serie de problemas y dificultades conceptuales, ya que un trato igualitario o desigual no puede definirse en abstracto, sino en el contexto de realidades puntuales, así es como “aquello que puede ser considerado igualitario en un rincón del planeta puede no serlo en otro”.³⁰

27. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, 141-142 (2015), Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-personaslgbti.pdf>

28. *Id.*, párrs. 74-75.

29. Martín Aldao et al., *Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento*, 9 *Revista Direito GV*, 1, 115-170, 117 (2013).

30. *Id.*, 117.

En este sentido, cuanto más público sea el debate, cuanto más difundidas se encuentren estas discusiones, cuanto más se repliquen a través de la sociedad —de modo que la discusión entre individuos retroalimente la discusión de los parlamentarios y de los jueces—, más posibilidades habrá de que cada ciudadano pueda, desde su posición, conocer y evaluar las razones en las que se apoya su propia idea de igualdad, así como las razones en las que se sustentan las ideas de igualdad que difieren de la suya.³¹

La concepción de igualdad en el pensamiento político clásico desde la Antigüedad hasta un poco antes de la Revolución francesa, desde Aristóteles hasta Hobbes, pasando por Locke, tenía una marcada tendencia para algunos estamentos sociales o religiosos: no se hablaba de una igualdad universal, sino sectorizada en varones, nobles, blancos, cristianos, propietarios, instruidos y ciudadanos, que, por el contrario, propició mayores grados de desigualdad.

Para Heller,³² la idea de libertad e igualdad no nacieron precisamente en la Revolución francesa; “por el contrario, las raíces de este ideal social llegan ininterrumpidamente hasta la Antigüedad y se hincan hondamente en la conciencia europea a través de la historia de la Iglesia cristiana”.³³

En Roma,³⁴ el ideal de igualdad se centraba en la existencia de una comunidad universal en la que todos los hombres sin distinción convivieran libres e iguales. Sin embargo, vale la pena resaltar que, en la realidad de la organización sociopolítica romana, existían diferencias de clases entre los ciudadanos romanos, extranjeros, esclavos y mujeres.

En la ideología tomista,³⁵ usada por la Iglesia cristiana en la Edad Media, la libertad y la igualdad eran ideales cristianos que se podían alcanzar en virtud del buen obrar según las escrituras; todo lo contrario a un pecador, quien no podía acceder a dichos ideales, por ello, la desigualdad social era el castigo y el remedio del pecado.

.....
31 *Id.*, 117.

32. *Id.*, 156.

33. *Id.*, 156.

34. En la llamada edad de oro del Imperio, conocida como la era más gloriosa, a cargo del emperador Trajano (98 d. C.), Roma alcanza su máximo esplendor.

35. Filosofía desarrollada por el teólogo y filósofo Tomas de Aquino (1225-1274).

Para Heller,³⁶ la igualdad ante la ley —que existe en todas las democracias— constituye un elemento determinante en la estructura constitucional de cada Estado.³⁷

John Rawls, en la *Teoría de la justicia*, relaciona de manera directa la justicia y la igualdad, y esboza la existencia de dos principios de la justicia:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.³⁸

El primer principio se relaciona con los aspectos que tienen que ver con las libertades fundamentales, como los derechos civiles, políticos, libertad de expresión, pensamiento y conciencia, los cuales deben ser otorgados de manera igualitaria, mientras que el segundo principio tiene que ver con la distribución de la riqueza, que puede propiciar desigualdades económicas y sociales, ya que no se hace de manera igualitaria, pero sí debe generar un beneficio para todos, con la posibilidad de acceder a cargos y empleos de mando, lo que permitirá llegar a un equilibrio e igualdad en la medida en se tengan mejores posibilidades de acceder a la riqueza, denominado igualdad de oportunidades.

En el desarrollo de esos principios, reconoce la existencia de un principio de diferencia, y dos tipos de desigualdades (las inmerecidas): una con ocasión de castas sociales, factores económicos o imposiciones estatales, y la otra por factores naturales, por nacer en contextos menos favorecidos; ambas situaciones demandan la compensación de estas desventajas, ya sea de factores naturales, ya sea de factores no naturales, con énfasis en los menos favorecidos.

Para Rawls, la igualdad tiene que ver con la justicia distributiva y la justicia retributiva, y concibe que hay derechos sociales en términos puramente de justicia

36. Hermann Heller (1891-1933), jurista y politólogo alemán precursor de las corrientes sociológicas en el derecho constitucional y teoría del Estado.

37. Herman Heller, *Teoría del Estado*, 2.ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 326 (1998).

38. John Rawls, *Teoría de la justicia*, 35 (1979), Disponible en: https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john_rawls_-_teoria_de_la_justicia.pdf

distributiva. Como para reconocer esos derechos hay que repartir recursos y estos deben de proceder de la población, es el parlamento el llamado a distribuir estos recursos. Pero antes de cualquier reparto igualitario el factor decisivo a considerar es que los sectores que estén más desprotegidos por sus circunstancias naturales o sociales requieren estar compensados para estar en un mismo pie de igualdad, de forma tal que el reparto sea equitativo.³⁹

Por su parte, Ferrajoli⁴⁰, afirma la ambigüedad del término *igualdad* en *Derechos y garantías*, hace un análisis de los conceptos de *igualdad* y *diferencia*, e identifica cuatro modelos de configuración jurídica de las diferencias, que representan concepciones de igualdad, a saber:

Primero, indiferencia jurídica de las diferencias, modelo en el cual la diferencia es ignorada, no se reconoce y mucho menos se tiene en cuenta: “un paradigma anarquista, que en sus formas extremas coincide con la ausencia, no solo de derecho sino de derechos”.⁴¹

Segundo, diferenciación jurídica a las diferencias, modelo que jerarquiza las diferentes identidades, da valor a unas sobre otras y genera un paradigma discriminatorio en el que algunas identidades de sexo, etnia, religión, lengua y renta, entre otras, hacen parte de un estatus privilegiado y fuente de derecho y poder. Contrario de quienes no pertenecían a una religión, etnia o sexo privilegiado quienes tenían un estatus discriminatorio, eran perseguidos, censurados y excluidos, por ejemplo, mujeres, judíos, negros, herejes, extranjeros, entre otros.

Tercero, homologación jurídica de las diferencias, modelo en el cual todas las diferencias resultan “ignoradas y devaluadas en una abstracta afirmación de igualdad”.⁴² En la homogeneización de la igualdad, no se reconocen las diferencias y se habla de igualdad de derechos, pero esta igualdad lo que realmente hace es invisibilizar las diferencias reales de los sujetos y la importancia de un trato diferente según sus particularidades, sean de sexo, raza o religión, entre otras.

Cuarto, valoración jurídica de las diferencias, modelo que se basa en un modelo del principio normativo de igualdad de los derechos fundamentales y al mismo tiempo en la existencia de garantías que puedan asegurar su efectividad.

39. Pablo Elías González Monguí, *Derechos humano: fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento*, XI, Universidad Libre, Bogotá, 347 (2008).

40. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 74-76 (2010).

41. *Id.*, 74.

42. *Id.*, 75.

La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela propia de la identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás.⁴³

Interesante postulado desarrolla Ferrajoli respecto de la simetría entre la “igualdad” y la “diferencia”. El no reconocimiento de la diferencia implica la violación de la igualdad, entendida esta como el término normativo que establece que los “diferentes” deben ser respetados y tratados como iguales y que la efectividad de la norma depende, en gran medida, de la observación y sanción de esta, mientras que la “diferencia”, como término descriptivo, es aceptar que la identidad de cada persona está dada en virtud de sus diferencias, “las cuales deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”,⁴⁴ de modo que es la “igualdad jurídica un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales”.⁴⁵

Así la igualdad formal es aquella que se encuentra normativamente establecida, ya sea en las codificaciones estatales, ya sea en las codificaciones supranacionales, y la igualdad sustancial o material es la que garantiza un grado mayor de eficacia en el reconocimiento de las diferencias de los individuos y permite la materialización de esta en atención a las realidades y desigualdades sociales.

Los mandatos derivados de la igualdad exigen de cualquier Estado una distribución de cargas y desventajas sociales de manera equitativa. Estos mandatos se sintetizan en los siguientes cuatro preceptos: a) trato idéntico a destinatarios que se encuentran en situaciones idénticas; b) trato diferenciado a destinatarios cuya situación no compartan ningún elemento en común; c) trato igualitario a aquellos cuyas situaciones tengan similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); d) trato diferenciado a individuos que se hallen en situaciones con similitudes y diferencias, pero las diferencias son más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).⁴⁶

43. *Id.*, 76.

44. *Id.*, 79.

45. *Id.*, 79.

46. Carlos Bernal-Pulido, *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 257 (2005).

El uso indistinto de la igualdad como principio y como derecho debe ser visto desde su dimensión objetiva y subjetiva. El primero como mandato de acción que define el principio de igualdad y el segundo como la capacidad del sujeto en requerir su cumplimiento como derecho fundamental. Para Bernal,⁴⁷ el principio y derecho a la igualdad se proyectan en igualdad ante la ley y la igualdad en la ley, respectivamente.

La igualdad ante la ley se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. La igualdad en la ley alude al carácter que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, su eficacia vinculante frente al legislador.⁴⁸

3. LA IGUALDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de mencionar de manera concreta los tratados internacionales que protegen el derecho a la igualdad en el SIDH, es necesario indicar lo concerniente a los derechos universales y los tratados creados desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en adelante.

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), creada en 1948, en cuyos considerandos se encuentra la importancia del reconocimiento de la dignidad y de los derechos iguales e inalienables, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, como parte de los pilares fundantes de una sociedad mundial libre y pacífica,⁴⁹ la cual estableció que todos los seres humanos nacen libres e iguales en derechos (art. 1) y dictaminó la igualdad jurídica frente a los juicios con las garantías debidas procesales (art.10), la posibilidad de acceder a las funciones públicas de un Estado en condiciones de igualdad y el sufragio universal e igualitario (art 21, núms. 2 y 3), la igualdad salarial en remuneración del trabajo “igual salario por trabajo igual” (art. 23), igualdad

47. *Id.*, 258.

48 *Id.*, 258.

49. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Preámbulo.

en la protección social de los niños nacidos dentro y por fuera del matrimonio (art. 25) y acceso a la educación superior de manera igualitaria (art. 26).⁵⁰

2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, en el cual los Estados parte del tratado se comprometen a garantizar el cumplimiento de los derechos civiles y políticos de manera igualitaria entre hombres y mujeres (art. 3); en los procesos judiciales, se garantiza la igualdad de las garantías mínimas del debido proceso al acusado de un delito (art. y 14.); en el matrimonio, se exige del Estado parte que tome todas las medidas necesarias para garantizar y asegurar la igualdad de derechos entre ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante y en caso de disolución de este (art 23, núm. 4); tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas del país, (art 25); la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna, conocida como igualdad formal, pero también establece la igualdad material con la inclusión de la obligación por parte del Estado de garantizar la protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art 26).⁵¹
3. Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966. En el artículo 3, menciona el compromiso que deben adquirir los Estados parte en asegurar tanto a hombres y mujeres por igual a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en este. En los derechos laborales, amplió la protección de los derechos con el goce de unas condiciones laborales equitativas, igual trabajo por igual valor, sin hacer distinciones de género y asegurando a las mujeres condiciones laborales no inferiores a la de los hombres, así como la igualdad de promoción y ascenso laboral (art. 7, a:ii y c); en la educación, reforzó lo establecido en la DUDH y agregó la implantación progresiva de la enseñanza gratuita (art, 13, 2:c).⁵²
4. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, para promover y estimular el respeto universal

.....
50. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

51. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.

52. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, establece la obligatoriedad de garantizar a grupos raciales o étnicos condiciones de igualdad en el disfrute y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art 1, núm. 4); protección que se materializa con las medidas especiales y concretas, tanto en la esfera social como la económica, cultural y otras, para garantizar la efectividad de la igualdad, además, estas medidas no podrán en ningún caso tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales (art. 2, núm. 2); consecuentemente los Estados parte deben prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y proteger el derecho a la igualdad: ante la ley, igualdad en derechos políticos, en el trabajo “igual salario por trabajo igual”, y a participar en condiciones de igualdad en actividades culturales (art. 5).⁵³

6. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Bajo la misma premisa de la igualdad entre hombres y mujeres establecida en la DUDH, esta convención incluye la obligación que tendrán los Estados parte en seguir una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, en este sentido, se comprometen a consagrar en sus constituciones y legislación interna el principio de la igualdad del hombre y la mujer, y asegurar por medios legislativos u otros medios apropiados la realización práctica de este. La protección jurídica de la mujer debe realizarse sobre la base de igualdad con los hombres y garantizar la protección efectiva de estos (art. 2); particularmente, el artículo 4 permite la implementación de medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre hombres y mujeres, no obstante, esta debe ser temporal hasta que se alcancen los objetivos de igualdad de trato y oportunidades; la igualdad política del artículo 7 contempla la posibilidad de voto en todas las elecciones, así como poder ser elegidas en los organismos de elección popular, participar en la formulación de las políticas públicas y ocupar cargos públicos, entre otros. En el plano internacional, el Estado deberá garantizar igualdad de oportunidades para que las mujeres puedan representarlo internacionalmente y participar en la labor de las organizaciones internacionales (art. 8); las mujeres tendrán derechos igualitarios respecto de su nacionalidad, sea para adquirirla, cambiarla o conservarla (art. 9). Así sucesivamente la Convención contempla medidas que debe adoptar el

.....
53. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

Estado para eliminar la discriminación de la mujer, con el fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en educación (art. 10), empleo (art. 11), salud, atención médica y planificación familiar (art.12), en la vida económica y social (art. 13), en la participación del desarrollo rural (art. 14), igualdad ante la ley (art. 15), matrimonio y relaciones familiares (art. 16).⁵⁴

6. Con el fin de buscar las herramientas apropiadas para garantizar la efectividad de la igualdad entre mujeres y hombres, en 1999, se crea el Comité para la Eliminación de las Discriminación contra la Mujer a través del protocolo facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer. El Comité se encarga de recibir comunicaciones y quejas de personas o grupos de personas de los Estados parte de la CADH, que hayan sido víctimas de una violación por ese Estado de los derechos contenidos en la Convención. Tramitará la queja e iniciará un proceso contenido en el protocolo en el cual se entabla conversación con el Estado parte, ya sea para que informe su versión de lo acontecido, ya sea para que tome medidas que disminuyan la vulneración de los derechos convencionales. Posteriormente, estudia todas las comunicaciones y envía al Estado sus opiniones sobre ellas; el Estado tendrá seis meses para enviar informe sobre las medidas correctivas tomadas en el caso objeto de estudio. Para que el Comité tenga competencia, el Estado parte debe haberla reconocido de manera expresa en la firma del protocolo y lo casos serán objeto de estudio una vez se surtan todos los requisitos de la jurisdicción interna, a menos que exista una prolongación injustificada o los medios de protección no sean efectivos (art. 4, núm. 1).⁵⁵
7. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en la cual la igualdad se protege en la educación (art. 28); la enseñanza se encamina a que el niño asuma una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos (art. 29); oportunidades apropiadas en condiciones de igualdad para participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (art. 32).⁵⁶

.....
54. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

55. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

56. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

8. Los Principios de Yogyakarta es una serie de postulados de gran relevancia sobre derechos humanos y su aplicación a los asuntos de la orientación sexual y la identidad de género, a partir de la base de la igualdad en derechos. Este documento, realizado por diferentes expertos internacionales en derechos humanos,⁵⁷ enuncian las graves violaciones de estos que se han propiciado en virtud de las discriminaciones, y afirman la obligación de los Estados de implementar los derechos humanos. Entre los principios, se encuentran el derecho al disfrute universal de los derechos humanos (principio 1), el derecho a la igualdad y no discriminación (principio 2), el derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente y al cumplimiento del debido proceso en condiciones de igualdad en caso de arresto y aun juicio justo (principios 7, 8), y otros derechos humanos en condiciones de igualdad y equidad que garanticen la dignidad humana y disminuyan en todas sus formas la discriminación.⁵⁸

Los anteriores tratados, protocolos facultativos e instrumentos de *soft law* hacen parte del *corpus iuris* internacional en virtud de la protección de los derechos humanos, los cuales formalmente incluyen el derecho a la igualdad y establecen pautas de la efectiva garantía de este; aunque se habla de derechos de carácter universal y de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados, esta garantía se supedita a la firma y ratificación de los tratados por parte de los Estados, así como al reconocimiento de las competencias, ya sea de organismos cuasijurisdiccionales, ya sea de organismos jurisdiccionales.

3.1. Mecanismos de protección y judicialización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Después de la Segunda Guerra Mundial, además de la creación de la ONU, se fomentó la conformación de organismos regionales de carácter internacional creados

57. Un total de 29 especialistas procedentes de 25 países, de diversas disciplinas y con experiencia relevante en el ámbito del derecho humanitario, adoptaron unánimemente los Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

58. *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Preámbulo* (2006), Disponible en: <https://yogyakarta-principles.org/preamble-sp/>

para velar por el cumplimiento de los tratados internacionales de protección de los derechos y de sancionar a los Estados en su incumplimiento, sea por acción, omisión o extralimitación. Dentro de estos sistemas, se encuentra el SIDH, sistema regional conformado por Estados pertenecientes a la Organización de los Estados Americanos (OEA), que se encarga de velar por la protección y promoción de los derechos humanos contenidos en diferentes instrumentos de carácter internacional, entre ellos, la CADH, la cual se convierte el instrumento principal del SIDH.⁵⁹

En la dinámica de protección de los derechos humanos, se hizo necesaria la creación de órganos competentes facultados para velar por el debido cumplimiento de los tratados y de sancionar a los Estados infractores. Así es como se crea la CIDH y la Corte IDH, organismos que desde hace más de cuarenta años vienen protegiendo y promoviendo los derechos humanos en el continente americano.⁶⁰

De esta manera, la CADH,⁶¹ en el artículo 33,

instrumentó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención.⁶²

La CIDH nace en 1959 a partir de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, en la cual se dispuso su creación. Está compuesta por siete miembros, su estatuto se aprueba el 25 de mayo de 1960 y, a partir de 1961, empieza a realizar visitas a varios países para revisar la situación de los derechos humanos.

.....
59. Carlos Eduardo Saraza Gómez, *Control de convencionalidad: antecedentes y criterios de obligatoriedad*, en *Aplicación del control de convencionalidad en las sentencias ordinarias emitidas por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira*, en el año 2016, Manizales (2018).

60. Carlos Eduardo Saraza Gómez, *Control de convencionalidad: antecedentes y criterios de obligatoriedad*, en *Aplicación del control de convencionalidad en las sentencias ordinarias emitidas por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira*, en el año 2016, Manizales (2018).

61. Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José". Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor: 18 de julio de 1978.

62. Cancillería de Colombia, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (En. 18, enero), Disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/international/politics/right/interamerican>

Este ejercicio realizado por la CIDH puso en evidencia “la insuficiencia de facultades y atribuciones consignadas en su Estatuto”,⁶³ lo cual llevó a una modificación de este en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria bajo la Resolución XXII, en la cual “se ampliaron las Facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Según lo acordado, la CIDH modificó el Estatuto en 1966, cuya “principal modificación fue la atribución de la facultad de examinar peticiones individuales y, en dicho marco, formular recomendaciones específicas a los Estados miembros”. Seguidamente, en 1967 y 1979, el Estatuto fue modificado para finalmente adaptarse a lo estatuido en la CIDH, que determina su estructura, competencia y procedimiento, a partir de su artículo 34.

Finalmente, el artículo 41 de la CADH estableció las funciones de la CIDH, de modo que es la principal “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”.⁶⁴

Por otra parte, la Corte IDH, creada en virtud del artículo 33 de la CADH, se fundó como el tribunal competente, encargado de “conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en la Convención”.⁶⁵ Sus funciones principales son la jurisdiccional y la consultiva, que se cumplen bajo los parámetros de los artículos 62, 63 y 64 de la CADH.

Para el ejercicio de la función jurisdiccional, el artículo 61 de la CADH estableció que “solo los Estados parte⁶⁶ y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”, y, además, para que la Corte IDH pueda conocer de cualquier caso, se deben agotar unos requisitos o procedimientos previos establecidos en la CADH (arts. 61.1 y 61.2), de tal suerte que en este articulado se puede observar el carácter subsidiario de la Corte IDH.

.....
63. Octava Reunión de Consulta Ministros de Relaciones Exteriores, Punta del Este, Uruguay, 1962.

64. VIII Reunión - Punta del Este, Uruguay - Enero 22 al 31, 1962. Solicitada por Colombia, para considerar las amenazas a la paz y a la independencia política de los Estados americanos, que puedan surgir de la intervención de potencias extracontinentales encaminadas a quebrantar la solidaridad americana (Artículos 6 y 11 del TIAR).

65. VIII Reunión - Punta del Este, Uruguay - Enero 22 al 31, 1962. Solicitada por Colombia, para considerar las amenazas a la paz y a la independencia política de los Estados americanos, que puedan surgir de la intervención de potencias extracontinentales encaminadas a quebrantar la solidaridad americana (Artículos 6 y 11 del TIAR).

66. Para 2018, de los 35 Estados que conforman la OEA, 20 reconocen la competencia contenciosa de la Corte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2017* (2017), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>

Con esta función, la Corte IDH determina si el Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de algún derecho contenido en la CADH o en otro tratado del SIDH.⁶⁷

En cuanto a la competencia consultiva, el artículo 64 indica: “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. Asimismo, “la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales” (arts. 64.1 y 64.2).⁶⁸

La Corte IDH, integrada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros, elegidos a título personal (art. 52),⁶⁹ se convierte en el más alto tribunal y referente de protección de derechos humanos en el SIDH; sus pronunciamientos son de obligatoria observancia y cumplimiento para los Estados parte que hayan aceptado su competencia.

La presencia de los sistemas regionales de derechos humanos, en concordancia con el sistema universal de derechos humanos, permite lograr un mayor alcance de promoción y protección de los derechos, y garantizar a nivel regional control, observancia y cumplimiento de los tratados. Para Heyns, Padilla y Zwaak:

La existencia de sistemas regionales de derechos humanos permite adoptar mecanismos de cumplimiento que se pueden combinar mejor con las condiciones locales de lo que puede un sistema global y universal de mecanismos de cumplimiento. Por ejemplo, un enfoque más jurídico, más judicial del cumplimiento, puede ser apropiado para una región como Europa, mientras un enfoque que también abra espacio para mecanismos no jurídicos, como comisiones y revisión de pares, puede ser más apropiado para una región como África. El sistema universal no tiene esa flexibilidad.⁷⁰

67. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2017* (2017), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>

68. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2017* (2017), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>

69. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2017* (2017), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>

70. Christof Heyns et al., *Comparación esquemática de los sistemas regionales de los derechos humanos: una actualización*, 3 Sur. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 4 308-320, 166 (2005).

En efecto, lo narrado no excluye en los derechos humanos la protección de la igualdad, ya sea como principio que irradia la protección internacional de la igualdad ante la ley, ya sea como derecho que demanda el quehacer legislativo por parte de los Estados como la igualdad en la ley.

3.2. Tratados internacionales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

El desarrollo regional⁷¹ de la protección de los derechos humanos, y más precisamente del derecho a la igualdad, se ha formalizado a través de tratados, cartas, convenciones y pactos internacionales, que, de manera general o específica, protegen este derecho.

A continuación, se enunciarán los más relevantes:

1. Carta de la OEA,⁷² conocida como la Carta de la Organización de los Estados Americanos y construida bajo la misión del mejoramiento de todos en la independencia, en la igualdad y en el derecho, preceptúa una serie de deberes y garantías para los Estados miembros. En cuanto a la igualdad, reconoce que todos los Estados americanos disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, así como iguales deberes; esta igualdad no se materializa por el poder de cada Estado, sino en virtud de ser un Estado en el derecho internacional (art. 10). La jurisdicción de los Estados se ejerce de manera igualitaria sobre todos los habitantes del territorio, ya sean nacionales, ya sean extranjeros (art. 16). Dentro de los objetivos clásicos del desarrollo de cada Estado, debe estar, entre otros, la igualdad de oportunidades, la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso (art. 34). El Estado debe dirigir todos

71. Se refieren los organismos regionales de protección de derechos humanos, para el caso concreto, el SIDH.

72. Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Buenos Aires", suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Cartagena de Indias", aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Washington", aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Managua", adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

sus esfuerzos a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social (art. 45).⁷³

2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, es uno de los instrumentos interamericanos más importantes en cuanto a la protección y promoción de los derechos humanos en los Estados adheridos a ella. La vulneración de estos derechos puede llevar a una revisión jurisdiccional de la Corte IDH en la verificación de su cumplimiento, como ya se indicó. El derecho a la igualdad se encuentra estipulado en la CADH de la siguiente manera: en las garantías judiciales (art. 8); en la protección de la familia y la adecuada equivalencia de las cargas entre los cónyuges, la igualdad de derechos de los hijos habidos dentro o por fuera del matrimonio (art. 17); la igualdad en los derechos políticos (art. 23); y la igualdad ante la ley, que implica una protección igual de la ley sin discriminación (art. 24).⁷⁴
3. En la Carta Democrática Interamericana de 2011, se busca la preservación y defensa de las instituciones democráticas bajo los principios de igualdad y justicia social. Su artículo 28 establece “la promoción plena e igualitaria de la mujer en las estructuras políticas de sus respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática”.⁷⁵
4. La Carta Social de las Américas de 2012, la cual reconoce la necesidad de fortalecer el SIDH con un instrumento que oriente la acción y la cooperación solidaria hacia la promoción del desarrollo integral y la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales, así como la eliminación de la pobreza y la inequidad. Establece en el artículo 1 que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que la persona humana es el centro, participante y beneficiario principal del desarrollo económico inclusivo, por esto, la formulación e implementación de políticas económicas y sociales deben buscar la reducción de las desigualdades sociales y fomentar la igualdad de oportunidades que propicien una mejora en los niveles de vida (art. 6); los trabajadores tendrán igualdad de oportunidades en el empleo y en la mejora de sus condiciones laborales (art. 8); los Estados tienen la

73. Organización de Estados Americanos, *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (1948), Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf

74. Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969), Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

75. Carta Democrática Interamericana (Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001).

responsabilidad de promover y alcanzar el desarrollo social con igualdad e inclusión para todos (art. 12), así como la responsabilidad de desarrollar e implementar políticas y programas de protección social integral según los principios de universalidad, solidaridad, igualdad, no discriminación y equidad que den prioridad a las personas que viven en condiciones de pobreza y vulnerabilidad, y consideren sus circunstancias nacionales (art. 14); y eliminar toda forma de discriminación que propicie las desigualdades (art. 15); el reconocimiento de la igualdad de las personas dentro de la diversidad es una premisa central para las democracias de la región (art. 27).⁷⁶

En temáticas más específicas o determinadas por grupos sociales, se encuentran los siguientes tratados que preceptúan el derecho a la igualdad como principio básico del individuo, ya reconocido en la DUDH, no solo en su acepción formal, sino también en la garantía efectiva de esta:

- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.⁷⁷
- Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.⁷⁸
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.⁷⁹
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem do Pará”.⁸⁰

76. Carta Social de las Américas (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012, y revisada por la Comisión de Estilo).

77. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia. Adoptado en: La Antigua, Guatemala. Fecha: 06/05/2013 (miércoles 5 de junio de 2013). Conf/Asam/Reunión: Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: 11/11/17 (11 de noviembre de 2017), el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

78. Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, 2013. Adoptado en: La Antigua, Guatemala. Fecha: 06/05/2013 (miércoles 5 de junio de 2013). Conf/Asam/Reunión: Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

79. Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 1999, entrada en vigor en 2001.

80. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (Adoptado en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General). entrada en vigor: 5 de marzo de 1995.

- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.⁸¹

3.3. Principio de igualdad, derecho a la igualdad e igualdad jurídica en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Respecto de la igualdad en los procesos contenciosos, la Corte IDH se ha pronunciado en treinta y nueve casos⁸² en los que ha declarado responsables internacionalmente a los Estados por la violación de derechos convencionales relacionados con las garantías judiciales y el derecho a la igualdad, contenidos no solo en la CADH, sino también en otros tratados interamericanos de derechos humanos.

En la multiplicidad jurisprudencial, la Corte IDH ha sintetizado en el *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: Igualdad y no discriminación. Actualización*⁸³ los elementos esenciales del principio de igualdad para su efectiva materialización. De esta manera, ha establecido los siguientes puntos:

1. El principio de igualdad y no discriminación es un principio básico y general de los derechos humanos, alcanzando el carácter de *jus cogens*.⁸⁴

81. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Adoptado en: Washington, D.C., Estados Unidos. Fecha: 06/15/2015 (lunes 15 de junio de 2015). Conf/Asam/Reunión: Cuadragésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: 1/11/2017, 11 de enero de 2017 (el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos).

82. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Casos contenciosos* (2018), Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

83. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 14: Igualdad y no discriminación* (2017), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>

84. Son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por normas ulteriores del derecho internacional general que tengan el mismo carácter. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. Art. 53.

2. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁸⁵
3. En virtud de la protección del derecho a la igualdad, no es dado por un Estado introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias.⁸⁶
4. El principio de igualdad posee un carácter fundamental, sobre el descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.⁸⁷
5. Cualquier trato discriminatorio o que sea catalogado como tal, es *per se* incompatible con la CADH.⁸⁸
6. El derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.⁸⁹
7. Para identificar una diferencia de trato discriminatoria, basta con analizar si esta no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación proporcional entre los medios utilizados y el fin perseguido.⁹⁰

.....
85. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, N.º 4.

86. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Serie A, N.º 18.

87. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 127.

88. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 214.

89. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 24.

90. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 279.

8. La CADH en el artículo 24 concerniente a la igualdad prohíbe toda forma de discriminación, ya sea de derecho, ya sea de hecho, no solo frente a los derechos convencionales, sino también las leyes que apruebe el Estado y su aplicación.⁹¹ En este sentido, el Estado tiene la obligación de garantizar y respetar el principio de igualdad y no discriminación, en la salvaguarda de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe, ya que de esta manera protege el derecho a la “igual protección de la ley”.⁹²
9. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de los Estados en respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, ya que la vulneración del derecho a “igual protección de la ley” puede generarle al Estado la responsabilidad internacional.⁹³
10. Una diferencia de trato es discriminatoria cuando esta no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.⁹⁴

Cuando se habla del derecho a la igualdad, tal como Ferrajoli lo manifestó, es mandatorio e innegable reconocer la existencia de la diferencia como una categoría estrechamente ligada a la igualdad y para ser más precisos a la igualdad jurídica, y es que en el afán de lograr una efectiva materialización de la igualdad se excluye o en algunos casos se contraponen a la importancia de identificar las diferencias. La Corte IDH, incluso, ha manifestado que el tratamiento jurídico diferente no siempre es necesariamente discriminatorio, hasta punto el de que “pueden existir desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia; por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”.⁹⁵

A partir de esta premisa, se ha establecido una distinción entre una diferencia objetiva y razonable y la discriminación, lo cual indica que la primera responde a una

91. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 127.

92. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 279.

93. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 289.

94. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 289.

95. Opinión Consultiva Oc-4/84 del 11 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A, N.º 4.

distinción legítima, en la que, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, no es discriminatorio; mientras que la segunda se relaciona con diferencias de tipo arbitrario, caprichoso, despótico y que atentan contra la dignidad humana.⁹⁶ Para la Corte IDH es necesario considerar las diferencias, ya que sin estas no se podría llegar a una igualdad de trato jurídico.

Para identificar que el Estado realiza una diferenciación arbitraria y caprichosa, la Corte IDH ha enumerado una serie de criterios de análisis en virtud del artículo 1.1 de la CADH, los cuales pueden verse afectados por el llamado criterio diferenciador si este mismo alude a “i) rasgos permanentes de las personas de los cuales estas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales”.⁹⁷

Si en las prácticas del Estado el llamado criterio diferenciador atenta contra los anteriores postulados, se podría hablar de un indicio de discriminación por parte del Estado, que nada tiene que ver con las diferencias en virtud de la igualdad jurídica. Esto llevaría por parte de la Corte IDH a un ejercicio de escrutinio estricto, que busca realizar un análisis exigente sobre el trato diferenciado e identificar si este es necesario para alcanzar “un objetivo convencionalmente imperioso”.⁹⁸ Para ello, la Corte IDH, a través de un juicio de proporcionalidad, verifica la idoneidad de la medida, que se relaciona con la búsqueda de un fin legítimo e imperioso, lo que lleva a que el medio usado no solo sea el conducente, sino necesario y que no exista otro medio menos lesivo para tomar la medida y, finalmente, la aplicación de un juicio estricto de proporcionalidad, “en el cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”.⁹⁹

Lo anterior conduce a que se genera una inversión en la carga de la prueba, en el sentido de que no es dada la implementación de prácticas o medidas discriminatorias bajo el fundamento o la utilización de criterios abstractos y no concretos, es decir, las

96. *Id.*

97. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 329.

98. *Id.*

99. *Id.*

determinaciones judiciales o legislativas basadas en “presunciones infundadas y estereotipadas” vulneran el derecho a la igualdad y son indicios de discriminación.¹⁰⁰

Por esto, los Estados deben abstenerse de realizar acciones como crear leyes, en sentido amplio,¹⁰¹ y dictar disposiciones civiles, administrativas, así como actuaciones de funcionarios, aplicación o interpretación de la ley, que estén dirigidas de manera directa e indirecta a propiciar o crear situaciones discriminatorias, ya sea de hecho, ya sea de derecho.¹⁰²

Lo anterior implica que no solo se habla de la producción normativa, sino de las implicaciones y de los efectos que puede llevar la aplicación de esta, denominado así discriminación indirecta, concepto reconocido por el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual significa “que una norma o práctica aparentemente neutra tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con características”.¹⁰³

Otro punto relevante desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH se relaciona con lo que denomina categorías sospechosas, es decir, aquellas categorías usadas en algunos Estados para realizar prácticas discriminatorias, sea por asuntos políticos, condiciones sociales, económicas, étnicas, sexuales y de orientación sexual; prácticas discriminatorias que se encuentran prohibidas a la luz de la CADH y las convierten en categorías protegidas, las cuales se indican a continuación:

- Opiniones políticas¹⁰⁴

100. Al respecto, véanse: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 239; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 251; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 293; y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 298.

101. Cuando se hace mención de leyes en sentido amplio, se indica no solo de la potestad de crear leyes a cargo del Legislativo, sino también del Ejecutivo.

102. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Serie A, N.º 18.

103. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 257

104. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 293.

- Condición de salud (personas con VIH)¹⁰⁵
- Origen étnico¹⁰⁶
- Orientación sexual¹⁰⁷
- Posición económica¹⁰⁸
- Sexo y género¹⁰⁹

Para finalizar este apartado, es necesario referir que la Corte IDH ha indicado que la vulneración del derecho a la igualdad también se puede dar en las resoluciones judiciales e investigaciones policiales por estereotipos de género, que a su vez pueden generar prácticas que vulneren otros derechos humanos. Lo anterior lleva a identificar grupos vulnerables que requieren una especial protección, para que alcancen el mismo nivel de igualdad, entre ellos, niños, niñas y adolescentes, inmigrantes, comunidades indígenas, personas en situación de discapacidad y mujeres.

3.4. Caso Duque vs. Colombia: pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el caso colombiano, frente al derecho a la igualdad hasta 2018, se reporta una decisión de carácter contencioso emitida por la Corte IDH por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación establecidos en los artículos 1.1 y 24 de la CADH.

.....
105. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 298.

106. Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, N.º 279.

107. Al respecto, véanse: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 239; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 310, y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 315.

108. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 octubre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 318.

109. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 329.

El caso, cuya sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas fue emitida el 26 de febrero de 2016, bajo la denominación caso Duque vs. Colombia, relata que el señor Ángel Alberto Duque vivió con su pareja del mismo sexo hasta la fecha de fallecimiento de este último (15 de septiembre de 2001). Luego, el 19 de marzo de 2002, solicita a través de un escrito que le indicaran los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente de su compañero fallecido, quien estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (Colfondos). El 3 de abril de 2002, la entidad responde su solicitud y le indica que no tenía la calidad de beneficiario según la ley aplicable para acceder a la pensión; ante la respuesta negativa, el señor Duque, el 5 de junio de 2002, presenta acción de tutela en la cual reclama su derecho a la pensión y solicita el pago de la sustitución de la pensión como mecanismo transitorio mientras iniciaba la acción judicial respectiva.

El juez de primera instancia le niega la tutela, con el argumento de que el accionante no cumple con las calidades que la ley exige para sustituir en la pensión al causante, principalmente, porque ni la ley ni la jurisprudencia ha reconocido algún derecho a las parejas homosexuales; además, el *ad quo* indicó que el accionante puede acudir a otros medios administrativos o judiciales, distintos de la tutela para reclamar lo solicitado. En efecto, el señor Duque realiza el procedimiento por la vía ordinaria, sin obtener resultados, ya que la resolución que negaba la pensión fue confirmada en segunda instancia.

Para la fecha de los hechos, la legislación colombiana vigente (Ley 100 de 1993) establecía que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes eran “en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite”.¹¹⁰ Para definir compañero o compañera permanente, la Ley 54 de 1990 los define como “el hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”,¹¹¹ donde evidentemente se da una exclusión a las parejas del mismo sexo.

Ante la falta de garantías internas para la protección de los derechos a la igualdad ante la ley y no discriminación en relación con el artículo 1.1, derechos de las garantías judiciales, y a la protección judicial contenido en artículo 8, y la integridad personal y el derecho a la vida en los artículos 4 y 5 convencionales, el señor Duque presenta en 2005 el caso ante la CIDH, la cual, después de todos los requisitos de admisibilidad y procedimientos establecidos en la CADH, somete el caso ante la Corte IDH en 2014.

.....
110. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1993. D. O. N.º 41148. Art. 47. lit. a.

111. Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diciembre 28 de 1990. D. O. N.º 39615. Art 1.

En el examen realizado por la Corte IDH respecto de la igualdad, derecho que nos convoca en este capítulo, estableció lo siguiente:

Primero, la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la CADH, como ya se indicó, reiterado en su jurisprudencia. En consecuencia, se consideran proscritas las normas, las decisiones o las prácticas de derecho interno, realizadas por autoridades estatales o particulares, que se dirijan a disminuir o restringir, de cualquier manera, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Segundo, la diferencia de trato que conlleve la restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, que implica una argumentación exhaustiva y minuciosa por parte del Estado para efectuarla.

Tercero, en consonancia con su jurisprudencia, la Corte IDH determinó que una diferencia de trato es discriminatoria cuando esta no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.

Para el caso *sub examine*, y en el momento de presentado tanto en la CIDH como ante la Corte IDH, el Estado colombiano no explicó la necesidad social o finalidad de realizar esa diferencia de trato y mucho menos si ese tipo de diferenciación es el único medio para llegar a la finalidad. Por esta razón, se demostró que no existían razones objetivas y razonables para la limitación a la pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo y que la diferenciación que realizaban las normas referenciadas eran discriminatorias y violatorias del artículo 24 de la CADH. Así, se declaró al Estado colombiano internacionalmente responsable, no solo por la normativa, sino también por su aplicación en las decisiones judiciales que le rechazaron al señor Duque su derecho, y perpetuaron los prejuicios y las estigmatizaciones hacia las parejas del mismo sexo, “al reafirmar una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia vinculada exclusivamente con la conservación de la especie y la procreación de los hijos”.¹¹²

Uno de los argumentos de defensa del Estado colombiano se sustentó en el hecho de que en 2010 la Corte Constitucional¹¹³ emitió la Sentencia T-051 de 2010. En ella se estableció que las autoridades administrativas, judiciales y administradoras de fondos de pensiones no podían negar el reconocimiento de la pensión, bajo razones injustificadas y mucho menos crear trabas en el ejercicio de prácticas discriminatorias

112. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 310

113. Máximo órgano constitucional colombiano, encargado de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 241. Julio 13, 1991 (Colombia).

para negar el derecho. Así, modificó de manera jurisprudencial las reglas legislativas, no solo para acceder a la pensión, sino para el reconocimiento de las uniones maritales de hecho, que, a partir de esta sentencia, no solo se conforman por la concurrencia de un hombre y una mujer.

Para la Corte IDH, aunque observa un avance significativo por parte del Estado a través de la jurisprudencia, este pronunciamiento no garantiza el cese efectivo de la discriminación, ya que no hay una reparación total del daño por la falta de certeza acerca de los efectos retroactivos de la decisión. Así, es difícil determinar si al señor Duque, al solicitar su pensión a partir de 2010 (fecha de la sentencia de la Corte Constitucional), le tendrán en cuenta a partir de 2002 —fecha de la vulneración— o de 2010 cuando se emitió el pronunciamiento constitucional. En este sentido, la Corte IDH indica que no se subsanó en su totalidad, “puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria”.¹¹⁴

Frente al artículo 8.1 de la CADH, la Corte IDH encontró que no se configura la vulneración, ya que la decisión tomada por los jueces fue en atención a las normas existentes y no se observa en la motivación de la decisión indicios de imparcialidad y sesgos que llevan a inferir que la decisión fue tomada en virtud de subjetividades, sino, por el contrario, se ciñeron a los presuntos formales y legales establecidos en la legislación colombiana.

En definitiva, la Corte IDH concluye la vulneración del derecho a la igualdad (art. 24), en virtud de las prácticas discriminatorias enunciadas en el artículo 1,1, pero no hubo vulneración de las garantías judiciales (art. 8.1).

4. DERECHO A LA IGUALDAD EN EL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO

En Colombia, el derecho a la igualdad quedó establecido formalmente en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, que prevé la igualdad ante la ley, y preceptúa que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades”.¹¹⁵

114. Const. Art. 241. Julio 13, 1991 (Colombia).

115. Const. Art. 13. Julio 13, 1991 (Colombia).

Asimismo, y en concordancia con los principios básicos de la protección de los derechos humanos, el constituyente identificó la relación existente entre el principio de igualdad y la no discriminación, e indicó que las libertades y la posibilidad de oportunidades de manera igualitaria deben realizarse sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Este mismo artículo contempla la implementación de la igualdad material, más allá de la mera formal, señala que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adopta medidas a favor de grupos discriminados y marginados, y en esta vía, establece en el último inciso la necesidad de protección de aquellas personas o grupos considerados vulnerables, sea por su condición económica, física o mental, y le da la potestad al Estado de sancionar abusos o maltratos contra ellos.

En lo atinente al anterior artículo constitucional, Carlos Bernal Pulido en *El derecho de los derechos* plantea que existen indeterminaciones y vaguedades en el principio de igualdad, ya que la disposición constitucional no indica “*a priori* para todos los casos: 1. Cuándo un trato diferenciado es discriminatorio y por consiguiente vulnera la Constitución; 2. Cuándo un trato diferenciado es constitucional, por no vulnerar la prohibición de discriminación, y 3. Cuándo un trato diferenciado cumple los deberes de promoción y protección”.¹¹⁶

Esta indeterminación puede afectar de manera directa o indirecta la efectividad real y material de la igualdad, ya que en virtud de la indeterminación el Estado puede tomar diferentes medidas o estrategias para su protección, y así lleva a que el encargado de interpretar la Constitución, que para Colombia es la Corte Constitucional, se avoque a través de su jurisprudencia a establecer subreglas de derecho que especifiquen y concreten los casos, las maneras y las conductas que puedan ser discriminatorios y a su vez vulneren el precepto de la igualdad, el cual desde la Constitución se concibe como valor, principio y derecho fundamental.

4.1. Tratamiento del derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En el ejercicio constitucional que realiza la Corte Constitucional para velar por la supremacía de la Constitución y proteger los derechos, se pueden encontrar sentencias de constitucionalidad (tipo C), en la cuales por vía de acción o de manera oficiosa la Corte Constitucional verifica que las normas del ordenamiento jurídico estén

116. Carlos Bernal-Pulido, *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 259 (2005).

conformes a la Carta fundamental; y las sentencias de tutela (tipo T), en virtud de las cuales protege los derechos fundamentales, que aquí sería el referido al principio/derecho a la igualdad.¹¹⁷

En su desarrollo jurisprudencial, y para establecer las pautas interpretativas y de aplicación del principio de igualdad, la Corte Constitucional aplica lo que se denomina el test o juicio de igualdad. Este juicio ha tenido influencia europea y norteamericana, de modo que es el primero el modelo de proporcionalidad y el segundo un juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios; sin embargo, recientemente, en 2015, en la Sentencia T-323 de 2015, la Corte implementó una aplicación híbrida de ambos modelos, el europeo y norteamericano, bajo la innovadora figura del “juicio integrado de igualdad”, modelo que se aplica actualmente en su jurisprudencia.

A continuación, de manera breve y de la mano de Bernal Pulido¹¹⁸ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se estudiará brevemente en qué consiste el juicio de igualdad bajo los tres modelos mencionados.

4.1.1. Modelo de proporcionalidad

El juicio de igualdad, bajo este modelo europeo, usado en los tribunales constitucionales españoles y alemanes, consiste en la aplicación de la denominada ponderación, método ideal para resolver la colisión o choque que se puede dar entre dos principios, ya que la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación del otro; la proporcionalidad se convierte en el punto de apoyo de la ponderación.¹¹⁹

A su vez, la proporcionalidad comprende tres subprincipios que deben analizarse en el momento de proteger el principio de igualdad: a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto.¹²⁰ Esto significa que, en el caso concreto del

117. En el sistema jurídico colombiano, se realiza un control de constitucionalidad para velar por la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos; este control es de tipo mixto, en el que se encuentra el poder concentrado realizado por un órgano especializado, que para este caso es la Corte Constitucional, y un control difuso realizado por todos los operadores jurídicos.

118. Carlos Bernal-Pulido, *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 262-279 (2005).

119. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-022 de 1996 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Enero 23 de 1996).

120. Idoneidad: que la medida adoptada conduzca a fin legítimo; necesidad: que no existan otros medios igual de eficaces para lograr la medida; proporcionalidad en sentido estricto: los medios usados deben ser proporcional al fin perseguido y que no generen una afectación mayor.

principio de igualdad, que un trato desigual no vulnera ese principio si se demuestra que es:

(1) Adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, desde el punto de vista del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.¹²¹

4.1.2. Modelo de juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios

Este modelo, en palabras de la Corte Constitucional,¹²² tiene sus raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y se sustenta en la existencia de diferentes niveles de intensidad en los escrutinios o test de igualdad, y así encuentra un nivel de intensidad estricto, intermedio o suave.

En el test estricto, se debe analizar que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucional imperioso. Así es que el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, “será necesario que esta sea realmente útil para alcanzar los propósitos constitucionales de cierta envergadura”.¹²³

El test o escrutinio intermedio, como su nombre lo indica, se encuentra entre el nivel estricto y el débil o suave; se usa “para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en criterios sospechosos,¹²⁴ para no discriminar a los grupos o individuos

.....
121. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-022 de 1996 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Enero 23 de 1996).

122. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-093 de 2001 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: Enero 31 de 2001).

123. *Id.*

124. Entendidos como aquellos criterios que pueden generar discriminación fundados en razones arbitrarias, prejuicios o estereotipos, entre ellos, la raza, el género, la orientación sexual, la identidad de género o la minusvalía entre otros. “(i) Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. (iv) Los criterios indicados en el artículo 13 deben ser considerados sospechosos, no solo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-093 de 2001 (Alejandro Martínez Caballero: Enero 31 de 2001).

tradicionalmente desfavorecidos, sino, todo lo contrario, para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real”.¹²⁵ Esto es lo que se conoce como acciones afirmativas, acciones que parten de la diferencia en virtud y a favor de las personas o grupos discriminados histórica y socialmente.

En la Sentencia C-673 de 2001, la Corte Constitucional indicó en qué casos se emplea el test intermedio o menos intenso, a saber: “1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”.¹²⁶

El escrutinio leve o suave, como la denominación lo sugiere, es el más débil de todos en el sentido que se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, por lo cual esta debe ser la más adecuada para alcanzar el fin perseguido.¹²⁷ Este test se da a partir de la base de la constitucionalidad de las normas, para vulnerar la libertad política del legislador; normalmente, se da “en campos como el económico, donde la propia Carta establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado”.¹²⁸

4.1.3. Modelo de juicio integrado de igualdad

En la Sentencia C-093 de 2001, la Corte Constitucional, en el análisis de los dos modelos anteriores para realizar el test de igualdad, observa que, “lejos de ser contradictorios, son complementarios”,¹²⁹ e indica que su afinidad no significa que sean idénticos y que la Corte en algunos casos puede usar el modelo de proporcionalidad y en otros el test con los tres tipos de escrutinio. Sin embargo, esa complementariedad lleva a la Corte Constitucional a fusionar ambas modalidades y a crear el tercer modelo llamado juicio integrado de igualdad, el cual implica la aplicación de la prueba de proporcionalidad, que incluye el análisis de la adecuación, la indispensabilidad y la proporcionalidad en *stricto sensu*, pero en atención a que no todos los casos exigen un

125. Carlos Bernal-Pulido, *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 268 (2005).

126. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-673 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza: Junio 28 de 2001).

127. *Id.*

128. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-445 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: Octubre 4 de 1995).

129. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-673 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza: Junio 28 de 2001).

escrutinio riguroso, ya que, según el objeto de estudio, la Corte puede graduar el nivel de intensidad del test en estricto, intermedio y leve, y así genera una fusión entre el modelo europeo y el norteamericano.

En 2014, en la Sentencia C-015, el tribunal constitucional especifica tres etapas de análisis en el juicio integrado de igualdad, las cuales consisten en:

- i) Establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.¹³⁰

A su vez, para la Corte Constitucional el test de igualdad que se aplica en este juicio integrado, en el proceso metodológico debe buscar analizar tres objetos: “i) el fin buscado por la medida, ii) el medio empleado y iii) la relación entre el medio y el fin”.¹³¹ Como se había indicado, estos tres objetos se relacionan con el test de proporcionalidad.

La Sentencia C-220 de 2017 sintetiza la fusión entre el modelo de proporcionalidad y el test de igualdad con los tres escrutinios, que se da en el juicio integrado de igualdad, y observa los tres momentos del juicio de la siguiente manera: a) identificar los sujetos o situaciones reguladas por la medida y a su vez el parámetro de comparación predicable a ellos, b) escoger el nivel de intensidad del juicio en virtud de la medida analizada y c) realizar el escrutinio de la medida conforme a los grados de exigencia que indique el modelo de intensidad seleccionado.¹³²

Este juicio integrado de igualdad ya ha sido usado en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional cuando observa vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación. Al respecto, se encuentran las siguientes sentencias: C-093 de 2001, C-015 de 2014, T-323 de 2015, C-104 de 2016 C-520 de 2016, C-659 de 2016, C-586 de 2016, C-220 de 2017 y C-053 de 2018, entre otras.

.....
130. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-015 de 2014 (M. P. Mauricio González Cuervo: Enero 23 de 2014).

131. *Id.*

132. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-220 de 2017 (M. P. José Antonio Cepeda Amaris: Abril 19 de 2017).

4.2. Definición de igualdad en algunas sentencias de la Corte Constitucional

Respecto de la definición del principio de igualdad, la Corte en Sentencia C-178 de 2014 indicó que este es un mandato complejo para el Estado social de derecho, y esa complejidad se relaciona con la existencia de un conjunto de mandatos independientes que no siempre son armónicos. Entre ellos se encuentran:

i) La igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.¹³³

Consecuentemente, la Sentencia C-520 de 2016 señaló que la igualdad es un concepto relacional y que no supone un mecanismo aritmético; lo primero, porque la igualdad siempre se analiza frente a dos situaciones o personas que pueden ser comparadas a partir de un criterio determinado, y lo segundo, porque toda sociedad debe adoptar decisiones políticas, que, en un momento histórico determinado, puedan generar beneficios a unos y cargas a otros.

Esas decisiones, adoptadas por mecanismos democráticos, no pueden ser juzgadas *a priori*, como incompatibles con el principio de igualdad, sino que constituyen complejos problemas de justicia (distributiva), en los que la razonabilidad de las distinciones involucra principios que definen la visión y los fines que una comunidad política defiende para sí.¹³⁴

133. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-178 de 2014 (M. P. María Victoria Calle: Marzo 26 de 2014).

134. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-520 de 2016 (M. P. María Victoria Calle Correa: Septiembre 21 de 2016).

Por otro lado, en la Sentencia C-030 de 2017, la Corte Constitucional manifiesta que la igualdad es un concepto multidimensional, como previamente se ha indicado en el ordenamiento jurídico colombiano, además de ser un valor, es un principio, un derecho fundamental y una garantía. Por esto, debe entenderse desde tres dimensiones:

i) Formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido de garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.¹³⁵

4.3. Incidencia (aplicación) de las reglas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al derecho a la igualdad en los pronunciamientos de la Corte Constitucional a partir del caso *Duque vs. Colombia*

En los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional desde 1992 frente a los casos relacionados con el derecho a la igualdad, se identifica una observancia, no solo de los tratados internacionales e interamericanos de derechos humanos que consagran la protección del derecho a la igualdad y la no discriminación, sino que además existe una correlación entre las reglas y subreglas establecidas por la Corte IDH frente a la protección integral del derecho. No obstante, en 2002, se presenta un caso en el que, en virtud de la configuración legislativa, no solo desde el elemento formal sino también desde el material, se realizaba una práctica discriminatoria en cuanto a los derechos pensionales de las parejas del mismo sexo, ya que, como se indicó, la legislación de la época realizaba una distinción entre parejas heterosexuales y homosexuales, por lo cual propiciaba actuaciones judiciales y administrativas discriminatorias por orientación sexual.

.....
135. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-030 de 2017 (M. P. Gloria Estella Ortiz Delgado: Enero 24 de 2017).

Por lo anterior, el caso Duque vs. Colombia fue resuelto en la Corte IDH en 2016, la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación contenidos en los artículos 1.1 y 24 convencionales.

A pesar de que el Estado colombiano, más precisamente la Corte Constitucional desde 2007, emite pronunciamientos jurisprudenciales que eliminan la discriminación en derechos patrimoniales en parejas del mismo sexo,¹³⁶ en esta sección se hará referencia a los pronunciamientos emitidos después del fallo de la Corte IDH en el que Colombia fue condenada. Lo anterior para identificar si el tribunal de cierre constitucional colombiano aplica los estándares internacionales de protección del derecho a la igualdad, contenidos no solo en los tratado, sino también en la jurisprudencia interamericana, específicamente los del fallo contencioso contra Colombia.

En 2017, la Corte Constitucional emite la Sentencia T-030 que tutela los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal, a la igualdad y a la prohibición de discriminación por la orientación sexual de los accionantes, quienes fueron expulsados por un guarda de seguridad de un centro comercial, porque supuestamente los actores se encontraban realizando manifestaciones de afecto como pareja.

Aunque este caso no guarda similitud fáctica con lo sucedido con el señor Duque (caso de negación de pensión), sí es importante identificar las consideraciones realizadas por el tribunal constitucional frente al derecho a la igualdad y no discriminación, ya que la vulneración de este se da bajo las características de diferenciación por orientación sexual, similitud que sí se guarda con el caso Duque.

Aquí la Corte Constitucional habló de la discriminación directa e indirecta en el mismo sentido que el tribunal interamericano lo ha desarrollado, de modo que la primera es la existencia o aplicación de un tratamiento diferenciado a un sujeto indeterminado, de manera injustificada y desfavorable, basado en razones de sexo, raza, religión, opiniones personales, entre otras, y la segunda, son aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios, que pueden derivar en consecuencias fácticas desiguales para algunas personas y producir vulneraciones a sus derechos fundamentales.

Asimismo, establece que las diferencias generadas en relación con la orientación sexual constituyen un criterio sospechoso, no solo prohibido internacionalmente, sino también en el ordenamiento jurídico interno colombiano. Lo anterior exige la

.....
136. Véanse Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: Febrero 7 de 2007), y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-051 de 2010 (M. P. Mauricio González Cuervo: Febrero 2 de 2010).

existencia de un deber público de ejercer acciones concretas, destinadas a beneficiar grupos discriminados o marginados de manera sistemática e histórica; este comprende una obligación de doble vía: positiva encaminada a la realización de acciones afirmativas y negativa en la prohibición de realizar acciones que impliquen distinciones de trato no justificado.

Para este caso, y en virtud de las circunstancias, la Corte Constitucional hizo uso del test de igualdad con la modalidad de los tres escrutinios (modelo norteamericano) y realizó un test estricto.

Recordó que frente a la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género o la orientación sexual ha existido una homogénea tendencia en proscribir cualquier tipo de conducta que propicie la desigualdad de trato, ya que la sexualidad es un elemento consustancial al ser humano,¹³⁷ y que las decisiones relacionadas con la identidad y orientación sexual hacen parte del núcleo esencial de la dignidad, libertad y autonomía.¹³⁸

Finalmente, y en concordancia con el SIDH, la corporación colombiana aplica la carga dinámica de la prueba mediante la cual quien realiza el tratamiento diferenciado debe demostrar la ausencia de discriminación.¹³⁹

En la protección del derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual, ha sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a situaciones como protección de mujeres y hombres transexuales en la prestación del servicio militar obligatorio,¹⁴⁰ derecho a la orientación sexual e identidad de género e instituciones educativas,¹⁴¹ discriminación laboral por orientación sexual diversa,¹⁴² derecho de reconocimiento al nombre y cambio de este,¹⁴³ matrimonio en parejas

.....
137. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-435 de 2002 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: Mayo 30 de 2002).

138. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-565 de 2013 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: Agosto 23 de 2013).

139. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 de 2017 (M. P. Gloria Estella Ortiz Delgado: Enero 24 de 2017).

140. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-099 de 2015 (M. P. Gloria Estella Ortiz Delgado: Marzo 10 de 2015).

141. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-363 de 2016 (M. P. Gloria Estella Ortiz Delgado: Julio 11 de 2016).

142. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-143 de 2016 (M. P. Alejandro Linares Cantillo: Marzo 28 de 2016) y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-143 de 2018 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas: Abril 23 de 2018).

143. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-077 de 2016 (M. P. Jorge Iván Palacio: Febrero 22 de 2016).

del mismo sexo,¹⁴⁴ aplicación de la unión marital de hecho tanto para heterosexuales como homosexuales —que implicó la protección a las parejas del mismo sexo en el régimen patrimonial—,¹⁴⁵ adopción en parejas del mismo sexo¹⁴⁶ y reconocimiento de pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo,¹⁴⁷ entre otras.

Después de 2016, no han llegado casos a la Corte Constitucional acerca de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación que se relacionen de manera directa con hechos de negación de la pensión de sobrevivientes por asuntos de orientación sexual. Se podría, entonces, afirmar, *prima facie*, que en relación con las providencias emitidas por la Corte Constitucional desde 2007 en las que la Sentencia C-075 estableció que la exclusión del régimen patrimonial de la unión marital de hecho de las personas del mismo sexo era discriminatoria y de manera interpretativa e integradora declaró exequible la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005,¹⁴⁸ e indicó que esta se aplicará en el entendido que el régimen de protección establecido en la ley también incluye a las parejas homosexuales, evitó de cierta manera la violación continua del derecho a existir un precedente judicial que debía ser aplicado por los operadores jurídicos.

Y aunque este pronunciamiento y el de 2010¹⁴⁹ no fueron suficientes para que la Corte IDH eximiera de la responsabilidad internacional al Estado colombiano en el caso *Duque vs. Colombia*, sí establece en el ordenamiento jurídico interno un precedente jurisprudencial de gran relevancia para la protección de los derechos de igualdad y no discriminación en las parejas del mismo sexo, el cual implica un obligatorio cumplimiento tanto para las autoridades judiciales como administrativas.

144. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214 de 2016 (M. P. Alberto Rojas Ríos: Abril 28 de 2016).

145. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: Febrero 7 de 2007).

146. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-071 de 2015 (M. P. Jorge Iván Palacio: Febrero 18 de 2015).

147. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández: Abril 16 de 2018); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1241 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández: Diciembre 11 de 2018); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-911 de 2009 (M. P. Nilson Pinilla: Diciembre 7 de 2009); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-357 de 2013 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Junio 20 de 2013); y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-327 de 2014 (M. P. María Victoria Calle Correa: Junio 3 de 2014).

148. Hay que recordar que esta disposición normativa fue la que estableció el criterio diferenciador entre heterosexuales y homosexuales, y no permitió en el momento de su aplicación la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedieran a la pensión de sobrevivientes, objeto de sanción ante la Corte IDH.

149. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-051 de 2010 (M. P. Mauricio González Cuervo: Febrero 2 de 2010). El Estado en su defensa ante la Corte IDH se sustentó en este fallo para afirmar que ya había subsanado la vulneración de los derechos convencionales del señor Duque.

5. CONCLUSIONES

El concepto de *igualdad* ha tenido múltiples transformaciones; de ser una categoría exclusiva para unos sectores o grupos sociales, hasta alcanzar niveles de universalidad y efectiva materialización, con la aclaración de que aún persisten niveles de discriminación material por parte de particulares y agentes estatales, situaciones que convalidan la importancia y existencia de tratados internacionales, normas internas de los Estados, y actuaciones judiciales y administrativas que disminuyan en la mayor medida posible situaciones de discriminación y vulneración a la igualdad.

A nivel internacional e interamericano, se ha establecido que la igualdad es intrínseca a la dignidad humana y a su vez existe una relación estrecha con la discriminación, ya que cualquier conducta diferenciada que sea arbitraria y prejuiciosa propicia la discriminación y vulnera el derecho a la igualdad. Por esto, se prohíbe todo tipo de conductas legales, administrativas y judiciales que discriminen bajo los llamados criterios sospechosos, lo cual ha llevado a que se establezca una lista de grupos de especial protección por su condición histórica y sistemática de discriminación.

Existe acatamiento y aplicación, por parte de la Corte Constitucional, de los estándares establecidos en los tratados internacionales e interamericanos de derechos humanos, así como de las pautas dadas por la Corte IDH respecto del derecho a la igualdad y no discriminación. Además, en el ejercicio exhaustivo de la protección del derecho en mención, el tribunal colombiano ha desarrollado un innovador modelo de análisis de igualdad, conocido como test o juicio integrado de igualdad, en el cual aplica tanto el test de proporcionalidad de corte europeo y el test de tres tipos de escrutinios de tendencia norteamericana, y se vale de las distintas herramientas para comprobar la efectiva materialización del derecho a la igualdad, tal como lo preceptúa el mandato constitucional colombiano (Constitución Política de 1991, art. 13).

Es importante reconocer que, aunque legislativamente el ordenamiento jurídico colombiano establecía pautas diferenciadoras de trato para grupos históricamente discriminados por orientación sexual diversa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha avanzado progresiva y significativamente en virtud de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación en relación con los estándares internacionales de protección de Derechos Humanos. Asimismo, ha reforzado su análisis de las medidas sustentadas en los criterios sospechosos y ha protegido especialmente a las personas o grupos sociales que se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad, como las mujeres, los indígenas, los afrodescendientes, las personas en situación de discapacidad, los inmigrantes y, por supuesto, las personas con orientación sexual diversa.

El reto es latente frente a la producción normativa, para lo cual el legislativo aún es reacio a establecer leyes que eviten la diferenciación por identidad de género e igualdad sexual, y permite el acceso a todos los derechos sin ningún tipo de discriminación.

El ideal sería llegar al punto de una producción normativa que no establezca posibilidades formales o materiales de discriminación o desigualdades, donde, a partir del reconocimiento de la diferencia, se establezcan pautas igualitarias para todos, sin distinción alguna.

6. REFERENCIAS

ALDAO, Martín et al., *Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento*, 9 *Revista Direito GV*, 1, 115-170, 117 (2013).

BBC Mundo, *Los 5 países y dos territorios donde castigan con pena de muerte las relaciones homosexuales*, Septiembre 6, 2018, available at <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-45438773>.

BERNAL-PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 257 (2005).

CANCILLERÍA DE COLOMBIA, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (En. 18, enero), Disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/international/politics/right/interamerican>

CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA (Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001).

CARTA SOCIAL DE LAS AMÉRICAS (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012, y revisada por la Comisión de Estilo).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 2017* (2017), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, 141-142 (2015), Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

Constitución Política de Colombia [Const.]. Julio 13, 1991 (Colombia).

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. “Pacto de San José”. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor: 18 de julio de 1978.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. Art. 53.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA. Adoptado en: La Antigua, Guatemala. Fecha: 06/05/2013 (miércoles 5 de junio de 2013). Conf/Asam/Reunión: Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: 11/11/17 (11 de noviembre de 2017), el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA, 2013. Adoptado en: La Antigua, Guatemala. Fecha: 06/05/2013 (miércoles 5 de junio de 2013). Conf/Asam/Reunión: Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 1999, entrada en vigor en 2001.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER “Convención de Belém do Pará” (Adoptado en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General). entrada en vigor: 5 de marzo de 1995.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES. Adoptado en: Washington, D.C., Estados Unidos. Fecha: 06/15/2015 (lunes 15 de junio de 2015). Conf/Asam/Reunión: Cuadragésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: 1/11/2017, 11 de enero de 2017 (el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos).

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-220 de 2017 (M. P. José Antonio Cepeda Amaris: Abril 19 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-520 de 2016 (M. P. María Victoria Calle Correa: Septiembre 21 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández: Abril 16 de 2018).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-015 de 2014 (M. P. Mauricio González Cuervo: Enero 23 de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-022 de 1996 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: Enero 23 de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030 de 2017 (M. P. Gloria Estrella Ortiz Delgado: Enero 24 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-071 de 2015 (M. P. Jorge Iván Palacio: Febrero 18 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: Febrero 7 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-093 de 2001 (Alejandro Martínez Caballero: Enero 31 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-178 de 2014 (M. P. María Victoria Calle: Marzo 26 de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-445 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero: Octubre 4 de 1995).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-673 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza: Junio 28 de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-214 de 2016 (M. P. Alberto Rojas Ríos: Abril 28 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-030 de 2017 (M. P. Gloria Estrella Ortiz Delgado: Enero 24 de 2017).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-051 de 2010 (M. P. Mauricio González Cuervo: Febrero 2 de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-077 de 2016 (M. P. Jorge Iván Palacio: Febrero 22 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-099 de 2015 (M. P. Gloria Estrella Ortiz Delgado: Marzo 10 de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1241 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández: Diciembre 11 de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-143 de 2016 (M. P. Alejandro Linares Cantillo: Marzo 28 de 2016)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-143 de 2018 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas: Abril 23 de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-327 de 2014 (M. P. María Victoria Calle Correa: Junio 3 de 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-357 de 2013 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Junio 20 de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-363 de 2016 (M. P. Gloria Estrella Ortiz Delgado: Julio 11 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-435 de 2002 (M. P. Rodrigo Escobar Gil: Mayo 30 de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-565 de 2013 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva: Agosto 23 de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-911 de 2009 (M. P. Nilson Píñilla: Diciembre 7 de 2009).
- CORTE IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, N.º 279.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Casos contenciosos* (2018), Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 14: Igualdad y no discriminación* (2017), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 257
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 239.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 214.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 310.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 289.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 315.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 24.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 298.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 293.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 329.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 251.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 279.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 octubre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 318.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C, N.º 127.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva Oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Serie A, N.º 18.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva Oc-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, N.º 4.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Preámbulo.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trota, Madrid, 78 (2010).
- GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías, *Derechos humanos: fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento*, X, Universidad Libre, Bogotá, 308 (2008).
- HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 327 (1998).
- HEYNS, Christof et al., *Comparación esquemática de los sistemas regionales de los derechos humanos: una actualización*, 3 Sur. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 4 308-320, 166 (2005).
- KANT Immanuel, *¿Qué es la Ilustración?*, Alianza Editorial, Madrid, 87 (2016).
- KANT, Immanuel, *Menschenkunde*, Olms Verlag, Leipzig, 71 (1976).
- Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1993. D. O. N.º 41148. Art. 47. lit. a.

Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diciembre 28 de 1990. D. O. N.º 39615. Art 1.

LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 74-76 (2010).

MARQUARDT, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho: ¿valores universales o hegemonía moral de Occidente?*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 59 (2015).

Octava Reunión de Consulta Ministros de Relaciones Exteriores, Punta del Este, Uruguay, 1962.

OPINIÓN CONSULTIVA Oc-4/84 del 11 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A, N.º 4.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (1948), Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969), Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Preámbulo (2006), Disponible en: <https://yogyakartaprinciples.org/preambule-sp/>

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 35 (1979), Disponible en: https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john_rawls_-_teoria_de_la_justicia.pdf

REFORMADA POR EL PROTOCOLO DE REFORMAS A LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Calpe (1923), Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>.

SARAZA GÓMEZ, Carlos Eduardo, *Control de convencionalidad: antecedentes y criterios de obligatoriedad*, en *Aplicación del control de convencionalidad en las sentencias ordinarias emitidas por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira, en el año 2016*, Manizales (2018).

THE U.S. NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS ADMINISTRATION, Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), Disponible en: <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>

TORREMOCHA JIMÉNEZ, Manuel A., Constitución Francesa (1791), Disponible en: <http://www.ieslasmusas.org/geohistoria/constitucionfrancesa1791.pdf>

VIII Reunión - Punta del Este, Uruguay - Enero 22 al 31, 1962. Solicitada por Colombia, para considerar las amenazas a la paz y a la independencia política de los Estados americanos, que puedan surgir de la intervención de potencias extracontinentales encaminadas a quebrantar la solidaridad americana (Artículos 6 y 11 del TIAR).

VILLAR BORDA, Luis, *Estado de derecho y Estado social de derecho*, 20 *Revista Derecho del Estado*, 73, 88 (2007).

Capítulo 5

APLICACIÓN DEL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD EN RELACIÓN CON
EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL
REALIZADO POR EL CONSEJO DE ESTADO EN
LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN EMITIDAS
EN CASOS DE REPARACIÓN DIRECTA

*Margarita María Serna Alzate**

* Abogada de la Universidad Libre y magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado por la Universidad Externado de Colombia. Docente en el área de Derecho Público. Directora del Semillero de Derecho Público. Integrante del Grupo de Estudios de Investigaciones Sociojurídicas, vinculada a la Red Regional de Semilleros de Investigación, al Nodo Eje Cafetero de Investigación Jurídica y Sociojurídica como investigadora y a la Red Temática en Inteligencia Ambiental y Tecnologías de la Información y Comunicación.

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene por objetivo realizar un breve recuento sobre cómo el derecho de la responsabilidad o el derecho de daños ha permitido, no solo a nivel internacional sino también en materia de derecho interno en Colombia ubicar a las víctimas como el objetivo principal de los juicios de responsabilidad internacional y nacional de los Estados, en busca de reparar las diferentes dimensiones que resultan afectadas, con ocasión de una conducta dañina por parte de un agente estatal vulnerador de los derechos humanos.

Para lograr el objetivo propuesto, se analizará el derecho a la reparación integral consagrado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la interpretación que de este hace la Corte IDH en contraste con la interpretación que, vía control de convencionalidad, hace respecto del mismo principio el Consejo de Estado, en sus sentencias de unificación emitidas en casos de reparación directa.

El desarrollo del capítulo inicia con un breve recuento de lo que ha sido la responsabilidad internacional de los Estados por la violación de derechos humanos y establece los elementos para su configuración y las diferentes tipologías de daños que se pueden presentar. Seguidamente, se hará mención del origen y de la evolución del derecho a la reparación integral y las modalidades establecidas por la Corte IDH, se llega derecho interno colombiano y se hace un breve recuento de lo que ha sido la responsabilidad extracontractual del Estado, los elementos para su configuración y las tipologías de daños que existen. Finalmente, a partir de una revisión jurisprudencial, se describe cuál es la interpretación que hace el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación del derecho a la reparación integral y sus formas de reparación, en relación con los estándares fijados por la Corte IDH.

2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Al hablar de responsabilidad pública o del Estado, es necesario hacer referencia al primer antecedente que ha permitido atribuirle a un agente estatal el deber de

responder por un daño causado por este. Así, el primer referente es el principio de legalidad, el cual permite hacer una revisión de la norma en relación con los deberes o las funciones de los organismos estatales y establecer si la acción u omisión desplegada por el órgano del Estado se realizó o no conforme a derecho. Sin embargo, para llegar a este punto, se debió iniciar con la creación de normas especiales que permitieran a la Administración pública, en general, conocer cuáles eran sus atribuciones y prohibiciones.

Sin duda, el principio de legalidad junto con el principio de división de poderes permitió, por un lado, establecer reglas claras de comportamiento no solo para los particulares sino también para el Estado, y, por otro, que existan entidades u organismos que juzguen la conducta de estos sujetos y determinen si en efecto existió o no una violación a la norma.

Durante muchos años, las actuaciones de los Estados se limitaron a cumplir con la normativa interna de cada país; sin embargo, debido a la Primera Guerra Mundial y Segunda Guerra Mundial, se pudo evidenciar que el derecho interno no era suficiente para lograr una convivencia en paz con respeto a las garantías individuales de cada persona. De ahí surge la necesidad de crear unos acuerdos internacionales de voluntades (llamados tratados o convenios), la creación de instituciones u organizaciones de carácter supranacional encargadas de vigilar el cumplimiento de las normas mínimas de comportamiento por parte de los Estados, establecidas de común acuerdo, y el inicio de lo que hoy conocemos como el derecho internacional público.

Cuando se habla de derecho internacional público y de responsabilidad internacional, se hace referencia al deber de cumplimiento internacional de aquellas obligaciones entre Estados y demás sujetos de derechos sobre una serie de acuerdos que recíprocamente benefician a quienes los suscriban. Así, uno de los primeros antecedentes es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la cual se crea con el propósito de trazar un norte común para la protección del hombre, antecedente que sirvió de referente para que en octubre de 1948 se creara la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual estableció el deber de crear la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Una de las vertientes del derecho internacional público, es el derecho internacional de los derechos humanos, entendido como el conjunto de reglas, normas, instituciones, procedimientos y tratados que conforman un cuerpo jurídico de protección y promoción de los derechos humanos, de modo que es la creación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) el mayor logro en materia de respeto y reconocimiento de los derechos de los seres humanos en esta región del mundo.

Con el surgimiento de la CADH, se crearon organismos para su protección y aplicación, los cuales dieron nacimiento al Sistema Interamericano de Protección de los

Derechos Humanos (SIDH), conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), además de los instrumentos que conforman el *corpus iuris* aplicable.

A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad de los Estados en el derecho internacional público en el cual solo existe un tipo de sujeto común que son los Estados parte, los cuales celebran acuerdos que otorgan beneficios recíprocos, el derecho internacional de los derechos humanos en el continente americano involucra solo dos tipos de sujetos: los Estados firmantes de la CADH y los individuos pertenecientes a esos Estados. Estos últimos, al suscribir y aceptar la competencia de la Corte IDH adquieren una serie de obligaciones de carácter convencional, las cuales deben acatarse so pena de recibir una condena por violación de los derechos humanos.

2.1. Elementos para la configuración de responsabilidad

La responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos es de carácter objetivo, en la cual no se examina la intención del Estado en la causación del hecho internacionalmente ilícito, sino la conducta desplegada por el Estado, conducta que puede consistir en una o varias acciones u omisiones que impliquen la violación de una obligación internacional de carácter convencional o consuetudinario.

La Corte IDH, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras definió el concepto de *reparación* como “un principio de Derecho Internacional, que la jurisprudencia ha considerado ‘incluso una concepción general de derecho’, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo”.¹

Para que se configure el hecho ilícito a nivel internacional, es necesaria una acción u omisión frente a una obligación contraída por el Estado, respecto de un convenio o tratado ratificado por este. En materia de responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos en el SIDH, el primer elemento que se analiza es la actuación del ente público, en la cual se pruebe la violación a la CADH o los demás protocolos o convenios que hacen parte de esta y que hayan sido suscritos y ratificados por el Estado.

.....
1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo), párr. 25.

Así, el primer elemento para que se configure la responsabilidad es la violación a una norma contenida en un instrumento internacional o el incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a los derechos de carácter convencional. Ahora bien, la violación se determina según la actuación que haya desplegado la entidad o agente estatal, ya que existen obligaciones de respeto, obligaciones de garantía y de no discriminación, de las que se puede derivar responsabilidad por acción o por omisión del Estado.

El segundo elemento de responsabilidad es el nexo de causalidad o la imputación, es decir, que esta conducta violatoria de la normativa internacional le sea atribuible a ese Estado que se está demandando, pues, de lo contrario, no podría imputársele ningún tipo de ilícito.

Dentro de todo juicio de responsabilidad, hay un elemento sin el cual no puede proceder: este elemento es el daño. Para el derecho internacional, este no es un elemento esencial; sin embargo, no se puede perder de vista que el objetivo principal de la responsabilidad no es solo atribuirle a un sujeto la causación de un daño, sino también el deber de reparar. Es imposible pensar que, cuando hay una violación a un derecho convencional, no exista afectación de un individuo o una población específica, pues, si así fuera y se llegara a dar tal actuación, el SIDH no tendría conocimiento del caso, ya que no habría persona afectada con la conducta y sería imposible llevar el caso a conocimiento de la CIDH y luego de la Corte IDH.

Un elemento importante dentro del análisis de la violación a la obligación convencional es que no se considera si quien realiza la conducta como funcionario del Estado desbordó o no sus funciones, pues el elemento principal es que la conducta se realice por un agente del Estado quien aduce el ejercicio de una actividad pública, es decir, que la persona actúe en calidad de órgano del Estado (o agente estatal).

Para concluir este apartado, la responsabilidad internacional del Estado requiere para su configuración, en principio, la concurrencia de dos elementos: el ilícito internacional, que es aquella actuación que por acción u omisión vulnera una norma convencional, y el nexo causal o imputación entre la conducta y la entidad a la que se le imputa el ilícito internacional. Ahora bien, en lo que respecta al tercer elemento que es el daño, este debe ser importante y relevante en el SIDH en virtud de que todo incumplimiento a la CADH afecta de manera directa o indirecta los derechos individuales o colectivos de los ciudadanos.

De igual manera, es importante concluir que, cuando se habla de derechos humanos, las convenciones o los tratados que se firmen y sean ratificados deben ser de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades públicas. Entonces, se presenta una doble obligación para el Estado de hacerlos cumplir, no solo frente a sus administrados, sino también frente a la comunidad internacional, así como la aceptación de un juez externo que evalúe y juzgue sus actuaciones.

2.2. Tipología del daño.

Cuando se habla de daño, se hace referencia, como lo expresa el profesor Juan Carlos Henao, a la lesión de los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o no pecuniarios, de derechos colectivos o individuales,² de modo que es el daño uno de los elementos esenciales para que exista el deber de un Estado de reparar a una persona.

Ahora bien, la norma que constituye el fundamento de las reparaciones es el artículo 63.1 de la CADH, el cual establece:

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.³

Cuando se habla del pago de una justa indemnización, es pertinente señalar que para la Corte IDH no hay una tabla o baremos de tasación de perjuicios frente a las indemnizaciones de carácter monetario; sin embargo, con la evolución jurisprudencial, se han podido identificar algunos criterios para la tasación del daño, de modo que es oportuno recordar que dicha indemnización se efectúa según el principio de equidad.

La Corte IDH, en relación con la tipología del daño, ha hecho referencia tanto a la indemnización del daño material como del daño inmaterial y, además, en virtud de la autonomía que le otorga la CADH, ha establecido que las medidas de reparación estipuladas a nivel interno de los Estados no son óbice para que esta pueda otorgar medidas adicionales o diferentes a las tipificadas en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Así entonces la CADH ha determinado que el primer criterio de reparación va a ser la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior, siempre que esta sea posible. Sin embargo, en la mayoría de los casos, es difícil acudir a este criterio de reparación, razón por la cual en los eventos en

.....
2. Juan Carlos Henao, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado, Bogotá (1998).

3. Christian Steiner y Patricia Uribe, Coords., *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá (2014).

los que este primer criterio no aplique se concede una serie de medidas que garanticen los derechos de las víctimas y reparen las consecuencias de las infracciones.

Ahora bien, es importante precisar que la reparación no puede extenderse a elementos ajenos de aquellos efectos inmediatos del acto o del daño; además, el perjuicio que se está reparando debe ser un interés jurídicamente protegido, es decir, no se pueden reparar perjuicios que tienen un fundamento ilícito.

En primer lugar, encontramos dentro de la tipología de los daños el daño material, que ha sido entendido por la Corte IDH en el caso *López Álvarez vs. Honduras* como “la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y, en su caso, de sus familiares, y los gastos efectuados como consecuencia de los hechos en el caso *sub judice*”.⁴

El concepto de daño material involucra aquello que sale del patrimonio de la víctima para reparar el daño, denominado daño emergente, y aquello que deja de entrar en el patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho ilícito es llamado el lucro cesante.

Dentro de los rubros que deben indemnizarse por concepto de daño emergente, llama la atención cómo en el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia* se indemniza el daño al patrimonio familiar,⁵ es decir, los gastos que tiene que realizar una familia cuando la administradora o administrador del hogar muere o queda inválido y ya no puede encargarse de administrar las demandas de su familia. Por ejemplo, en el caso *Baldeón García vs. Perú*, se afirmó que este concepto hace referencia a:

La realización de gastos relacionados con el exilio o con la reubicación del hogar; gastos de reincorporación social; gastos realizados para obtener empleos que fueran perdidos a raíz de las violaciones cometidas por el Estado; gastos relacionados a la pérdida de estudios; pérdida de posesiones, así como el detrimento de la salud física, psíquica y emocional de la familia afectada.⁶

En lo que respecta al lucro cesante, la Corte IDH en algunos casos, al no contar con los antecedentes necesarios para determinar el monto de la indemnización sobre las

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (fondo, reparaciones y costas), p. 29.

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, p. 36.

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006 (fondo, reparaciones y costas), p. 51.

bases de cálculo por ella misma desarrolladas, ha fijado la indemnización por lucro cesante simplemente según el criterio de equidad.

Ahora bien, en lo que respecta a las modalidades de reparación del daño inmaterial, es necesario establecer que para la Corte IDH los daños de este tipo van a ser aquellos que, si bien no tienen un valor de carácter económico, deben ser indemnizados. Así, el daño inmaterial, según la sentencia del 3 de diciembre de 2001 proferida en el caso Cantoral Benavides vs. Perú, se hace referencia al daño inmaterial como “aquel que comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima y su familia”.⁷

En principio, el daño inmaterial fue un sinónimo de daño moral, el cual siempre ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte IDH como la aflicción la tristeza y la congoja sufridos por las víctimas. Sin embargo, la concepción de este tipo de daño sufrió una mutación con la sentencia del 27 de noviembre de 1998 en el caso Loayza Tamayo vs. Perú, en el cual se reconoció el daño “al proyecto de vida” definido como “la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.⁸ Sin embargo, en el caso concreto, dicho daño no fue reparado de manera económica, pero posteriormente en la sentencia del 26 de mayo de 2001, correspondiente al caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala,⁹ la Corte IDH indemniza este daño, no como perjuicio autónomo, sino como un agravante del daño moral.

Posteriormente, en la sentencia del 3 de diciembre de 2001, en el caso Cantoral Benavides vs. Perú, la Corte IDH consideró que el daño al proyecto de vida tenía el mismo significado o connotación que el daño a la vida en relación con que este “se causa no solo cuando se frustra el proyecto de vida sino también cuando se limitan o restringen las opciones existenciales que tiene toda persona para llevarlo a cabo”.¹⁰

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000 (fondo), p. 22.

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), p. 39.

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (fondo), p. 2.

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000 (fondo).

Es importante resaltar que la Corte IDH ha otorgado el reconocimiento de este tipo de daño, no solo a las personas individualmente consideradas, sino también la reparación a un colectivo, como lo hizo en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay,¹¹ en el cual la Corte también determinó la indemnización de la comunidad por daño inmaterial.

Sin embargo, existen diferentes formas de reparación del daño inmaterial según la lesión sufrida. Por un lado, se tiene la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, que puede consistir en el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes y servicios, y también en la realización de actos que tengan como propósito el reconocimiento de la dignidad de la víctima.

Es decir, que, en general, los daños de carácter inmaterial se indemnizan en dinero y otras formas de reparación, las cuales consisten en medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, medidas que van desde la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del caso, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables, la búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas desaparecidas, el acto público de reconocimiento de responsabilidad, la conmemoración, la publicación de la sentencia, el tratamiento físico y psicológico para los familiares de las personas ejecutadas o víctimas de desaparición forzada, la educación en derechos humanos, hasta ofrecer garantía de seguridad para los habitantes de un determinado territorio.

En materia de restitución, es importante advertir que lo que se pretende es volver a la víctima a su estado anterior, siempre que ello sea posible, por ejemplo, otorgando medidas como el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la reintegración a su empleo y la devolución de sus bienes.

Por su parte, las medidas de satisfacción y garantías de no repetición implican medidas de conocimiento de la verdad, búsqueda de personas desaparecidas, disculpas públicas, sanciones administrativas o judiciales, entre otras.

3. GÉNESIS Y DEVENIR DEL CONCEPTO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Luego de determinar los presupuestos para la declaración de responsabilidad internacional de los Estados por violación de los derechos humanos, es importante

.....
 11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (fondo, reparaciones y costas), p. 3.

enfocarse en las consecuencias que se producen una vez causado el daño. Conforme al principio de justicia, cada vez que se cause un perjuicio, la consecuencia directa es la necesidad de reparar a la víctima, siempre y cuando este se haya producido de manera injustificada y sea realizado por un tercero, es decir, el Estado, ya sea por su acción ya sea por su omisión.

El concepto de *reparación* ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y encuentra su fundamento en el artículo 63.1 de la CADH, pero sus orígenes se remontan al derecho romano, por lo cual se realizará un breve recuento de la evolución, de lo que hoy se conoce como uno de los derechos más importantes dentro del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno de los Estados.

3.1. Evolución del concepto de *reparación integral*

Al hablar del concepto de *reparación integral*, es imprescindible no hacer referencia al surgimiento de la institución de la responsabilidad, ya que es el daño y su imputación o atribución de responsabilidad a determinada persona natural o pública lo que origina el derecho (deber) de reparar.

Para iniciar, es importante referirse, en primera instancia, al derecho romano, sistema jurídico en el cual por primera vez surge la necesidad de atribuir una consecuencia jurídica a la causación de un perjuicio. Es, entonces, la *lex aquilia*, creada por el Tribuno Aquiliano la que da origen a la figura de la *inuria* referida a las actuaciones injustificadas frente al derecho, las cuales daban lugar a la imposición de una pena privada, entendida como la obligación al pago de una suma de dinero u otra cosa fungible a cargo del ofensor, en beneficio de la víctima, cuya cuantía se establecía con prescindencia de la real entidad del daño y que tenía por propósito castigar la culpa del agente.

La relación entre la *inuria* y la pena privada se establece en virtud de que ambas tienen por protagonista al victimario, en virtud de que la sanción en la *lex aquilia* consistía en una sanción punitiva para quien realizara un actuar injustificado, es decir, el victimario.

Con posterioridad a dicha ley, el Código Civil francés estableció en su artículo 1382 que “cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo”. Allí se puede observar un parámetro de aplicación actual diferente del establecido por el derecho romano, el cual consiste en reparar con fundamento en el daño causado, es decir, no se trata de ir más allá de la real

afectación sufrida por la víctima, sino de reparar de manera proporcional el perjuicio causado.

El derecho francés, además de su Código Civil, con el renombrado fallo blanco,¹² se convierte en un referente en materia de responsabilidad, ya que es quizás el primer fallo relativo a reparación después del derecho romano y tal vez el más importante en materia de derecho público. Lo anterior en virtud de que se abandona el concepto de *Estado soberano e irresponsable de su actos*, para imponerle una obligación de reparación por los daños causados cuando con la prestación de un servicio público se causara un daño a quien no tenía la obligación de soportarlo.

Ahora bien, en lo referente al derecho internacional, es innegable que este se ve profundamente influido por normas de derecho interno de diversos países sin dejar de lado algunas figuras jurídicas de su creación autónoma. De esta manera, en 1927, la Corte Permanente de Justicia Internacional en un caso de expropiación en Polonia manifestó: “Es un principio de derecho internacional, e incluso un concepto general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación”.¹³

En 1951, la Corte Permanente de Justicia Internacional refiere las normas de *ius cogens* al examinar, en una opinión consultiva, la posibilidad de plantear reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y establece: “La CIJ decantó estos conceptos cuando en el reconocido caso Barcelona Traction, estableció las obligaciones *erga omnes* emanadas de las normas de *ius cogens*, que imponen la obligación de reparar su violación”.¹⁴

Puede concluirse que la noción de suprimir todas las consecuencias del acto ilícito procedente del derecho internacional público influye en el SIDH en materia de reparación, entendido, en palabras de Pierre-Marie Dupuy, desde dos planos: objetivo y abstracto, los cuales “engloban tanto el restablecimiento del ordenamiento jurídico anterior a los hechos, así como garantizar la integridad del derechos, y la reparación de los perjuicios sufridos, en pro de salvaguardar el interés de la víctima”.¹⁵

12. Tribunal de Controversias, Sentencia del 24 de enero de 1872.

13. Raúl Fernando Núñez Marín y Lady Nancy Zuluaga Jaramillo, *Estándares internacionales de reparación de violaciones de derechos humanos: principios de implementación en el derecho colombiano*, 5 *Revista Análisis Internacional*, 1, 207-230, 209 (2012).

14. Dupuy Pierre-Marie, *L'individu et le droit international (théorie des droits de l'homme et fondements du droit international)*, *Archives de Philosophie du Droit*, 32, 119-133, 121, (1987).

15. *Id.*, 121.

Como se anotó en líneas anteriores, el fundamento normativo del derecho a la reparación en el SIDH es el artículo 63.1 de la CADH, cuyo tenor es:

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.¹⁶

En virtud de lo anterior, en 2005, la ONU desarrolló un conjunto de criterios para reparar graves violaciones de derechos humanos, las cuales fueron compiladas en la “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 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005”.

En dicha resolución, se reconocen diferentes tipos de reparaciones como la *restitutio in integrum*, la indemnización, medidas de rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

En virtud de lo anterior, la Corte IDH ha establecido respecto de la reparación que esta requiere:

La plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.¹⁷

Es decir, el derecho de la víctima a ser resarcida implica, en primera instancia, que se le devuelva su condición anterior. Sin embargo, en materia de violación de derechos humanos, es en ocasiones imposible acudir a esta medida; por tanto, la Corte IDH en

16. Christian Steiner y Patricia Uribe, Coords., *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer (2014), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

17. Claudio Nash Rojas, *El sistema interamericano de derechos humanos y el desafío de reparar las violaciones de estos derechos*, 6 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 6, 81-101, 85 (2005).

su jurisprudencia ha establecido otras medidas de reparación como la indemnización y la rehabilitación, y medidas de satisfacción y garantías de no repetición, con las cuales ha conformado el concepto de *reparación integral*.

Finalmente, cuando se habla de reparación integral, se hace referencia a la coherencia entre las medidas adoptadas para mitigar el daño producido y las acciones que permitan la prevención de nuevas violaciones de derechos humanos en el futuro. Esto le otorga al concepto dos aspectos: la proporcionalidad y la jerarquía, pues no todas las medidas de reparación tienen la misma importancia para las víctimas y la proporcionalidad entre la medida de reparación y el daño causado.

3.2. Modalidades de reparación establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Uno de los aspectos más importantes cuando se habla de responsabilidad es la necesidad de reparar los daños causados, premisa que también se aplica en materia de violación a derechos humanos, ya que se puede decir que la reparación es una forma de reivindicar el principio de la dignidad humana de las víctimas.

Si bien la reparación no es un mecanismo que pretenda valorar el dolor, ni asignar precio a un derecho, sí actúa como un aliciente para que la víctima pueda soportar el daño causado de una manera mucho más llevadera y digna; de lo contrario, se le estaría causando un doble perjuicio, pues, no solo tendría que soportar el perjuicio moral o psicológico como la ausencia de un ser querido, unas lesiones, un desplazamiento u otro tipo de vejamen, sino además no poseer los medios para sustentar sus gastos.

En virtud de ello, es pertinente aclarar que la Corte IDH ha establecido diversas formas de reparación integral del daño, para dejar a la víctima en primera instancia y si es posible en las mismas condiciones que tenía antes de producirse la violación del derecho humano. Pero si esta primera premisa no es posible lograrse, se establecerán unas medidas de compensación para tratar de reparar en alguna medida el daño causado.

Es importante aclarar que las medidas de reparación establecidas por la Corte IDH no tienen que ser las mismas establecidas por los Estados en el derecho interno, de ahí que actualmente se presenten algunas dificultades frente al cumplimiento de sentencias, ya que muchos de los países que son condenados no tienen dispuesta su estructura administrativa, judicial y legislativa, para llevar a cabo algunas formas de reparación establecidas por la Corte IDH.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los daños que deben ser reparados, estos se dividen en dos grandes grupos: los daños materiales y los daños inmateriales, para los cuales existen distintas formas de indemnización que se describirán a continuación.

1. *Reparaciones materiales.* Cuando se mencionan los daños de carácter material, se hace referencia a aquellos daños susceptibles de ser medidos y cuantificados, y se entiende que bajo esta categoría existen dos divisiones: la primera, el daño emergente, que es todo aquello que sale del patrimonio de la víctima para reparar el daño, y la segunda gran categoría es el lucro cesante, entendido como aquello que deja de entrar en el patrimonio de la víctima con ocasión del daño.

La Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que la reparación debe tener un nexo causal con el daño, ya que su fin es ser compensatoria mas no punitiva, por esto, la reparación debe corresponder a la real entidad del daño.

2. *Daño inmaterial.* En materia de este tipo de daños, la Corte IDH quizás no se ha arriesgado a fondo en su jurisprudencia. Hasta la fecha, el único daño de tipo inmaterial que se reconoce es el daño moral, entendido como aquella aflicción íntima, tristeza o congoja que causa el daño a una persona.

Sin embargo, ese criterio de persona ha ido evolucionando con el tiempo para pasar a indemnizar los daños inmateriales causados a un colectivo como las indemnizaciones por daños morales causados a comunidades indígenas.

Por otra parte, este tipo de daños de carácter inmaterial, además de su reparación económica, se pueden ver reparados con medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

3. *Daño al proyecto de vida.* Este tipo de perjuicio se produce cuando la persona no puede realizar sus proyectos o el plan de vida que tenía destinado. En palabras de la Corte IDH: “El denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.¹⁸

El proyecto de vida es parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el entendido que los Estados deben garantizar la posibilidad a cada individuo de escoger sus proyectos a corto mediano o largo plazo, o el modo de vida que cada ser humano decide construir.

.....
18. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (fondo), párrs. 144-154.

4. *Cese de la violación*. El cese de la violación del derecho no debería catalogarse dentro de los perjuicios reparados por la Corte IDH, ya que este no es como tal un tipo de indemnización o medida de satisfacción, en el entendido que este debe obedecer a una medida cautelar o provisional dictada según sea el caso por la Corte IDH o la CIDH antes de que se profiera una sentencia en el caso concreto.

El cese de la violación no repara un daño, sino que simplemente evita su consumación o su prolongación en el tiempo. Por ello, la orden de cesar dicha violación no repara, sino que solo detiene la vulneración al derecho; no identifica perjuicios producidos, por tanto, no debería ser entendida como una manera de reparación.

3.2.1. Otras formas de reparación

1. *Restitución*. Esta medida de reparación quizás sea una de las más difíciles de otorgar, ya que en materia de derechos humanos, como se había explicado, no siempre se puede poner a la víctima en el estado en el que se encontraba antes del daño; sin embargo, hay casos en los que ello es posible, como que la víctima regrese a su lugar de residencia, vuelva a su empleo o se le devuelvan sus bienes.
2. *Satisfacción y garantías de no repetición*. La Corte IDH ha sido muy creativa a la hora de dictar medidas de satisfacción y garantías de no repetición, debido a que la violación de cada derecho puede provenir de situaciones fácticas diferentes. Lo más importante de este tipo de medidas es que demandan un tipo de acción afirmativa por parte del Estado o una acción de carácter negativo, es decir, de no intervención.

Frente a las garantías de no repetición, estas constituyen casi una forma de construcción de políticas públicas por parte de los Estados y agrupan también una serie de procedimientos que en su mayoría implican procesos de capacitación de los servidores públicos para la no repetición de las conductas violatorias de los derechos humanos.

En conclusión, los medios que se adoptan para la reparación de los daños causados no se reducen al caso concreto tratado por la Corte IDH, sino que a su vez se convierten en medidas de reparación de la sociedad en general, que, si bien provienen de la violación a un derecho humano específico, se transforman en una especie de control preventivo frente a nuevas violaciones.

4. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO

La responsabilidad extracontractual del Estado colombiano encuentra su fuente en el artículo 90¹⁹ de la Constitución Política de 1991, la cual creó una obligación para cualquier autoridad pública de responder o reparar siempre que se cause un daño antijurídico.

Entonces, cuando se hace mención del daño antijurídico, debe entenderse como aquel daño o perjuicio que las personas no están en la obligación de soportar y que en ocasión de ello da lugar a obtener una reparación.

Incorporar este deber del Estado y derecho de los particulares a ser resarcidos en una disposición de carácter constitucional implica un principio de justicia y un fin estatal como el horizonte por el cual este debe enfocar sus actuaciones.

Es importante advertir que la responsabilidad extracontractual del Estado es un tema que ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y también la doctrina, sin dejar de reconocer que han existido algunos desarrollos normativos; sin embargo, han sido los jueces y la doctrina los principales precursores de la evolución de esta rama del derecho.

A continuación, se describirán de manera breve los elementos necesarios para la configuración de responsabilidad extracontractual y las tipologías del daño que actualmente ha credo la jurisprudencia.

4.1. Elementos para la configuración de responsabilidad

El Consejo de Estado, en múltiples pronunciamientos, ha establecido que la responsabilidad requiere tres elementos para su configuración: a) el daño, b) el nexo de causalidad o imputación y c) los fundamentos del deber de reparar.

En cuanto al daño, este, como se señaló, debe ser antijurídico, es decir, que la persona no esté en la obligación jurídica de soportarlo. Asimismo, el daño tiene dos elementos: debe ser personal y cierto. La primera característica se refiere a que quien demanda su

19. Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 90. Julio 13 de 1991 (Colombia).

reparación debe ser aquella persona que se encuentra perjudicada o afectada por este, y la certitud se refiere a que este exista a la hora de solicitar su reparación.

Ahora bien, el daño también posee varias características como la reparación de aquellas situaciones que encuentren su fundamento en una fuente lícita; su reparación puede ser solicitada por una sola persona o por un colectivo, cuya modalidad puede ser pecuniaria o no pecuniaria. Frente a su tipología, este puede reflejarse de dos maneras: como los perjuicios de carácter material o inmaterial, los cuales se explicarán más adelante.

El segundo elemento necesario para que se configure la responsabilidad del Estado es el nexo de causalidad o imputación, es decir, aquella relación o vínculo que debe existir entre el daño y a quien se le imputa; lo que se busca en materia de nexo causal es atribuirle la causación del daño o perjuicio a una persona. En el caso que nos convoca, deberá ser una persona jurídica pública, que tenga el deber jurídico de responder.

Con el objetivo de realizar este juicio de imputación, la doctrina se ha pronunciado en distintas oportunidades para crear una teoría jurídica que permita de una manera más fácil y rápida realizar un verdadero juicio de imputación. Sin embargo, actualmente la teoría aplicable es aquella llamada de la causalidad adecuada, la cual hace referencia a que no existe un sinnúmero de situaciones que producen un daño, es decir, que en el mundo causal solo existe una causa sin la cual ese resultado o el hecho dañino no se hubiera producido.

Cuando se habla de la causalidad o imputación, es importante hacer referencia a la imputación fáctica y a la imputación jurídica, ya que no siempre ambas coinciden, es decir, la imputación fáctica se refiere a aquel hecho en el plano de lo causal o físico que dejó como consecuencia el daño; sin embargo, no siempre que a una persona natural o jurídica se le impute responsabilidad esta va a tener la obligación de responder, y es allí entonces cuando cobra relevancia la imputación jurídica. Lo anterior en el entendido que se debe mirar normativamente si es exigible una reparación de quien aparentemente causa o causó el daño, ya sea porque se trata de un inimputable, ya sea porque existe un eximente de responsabilidad que destruye ese nexo causal.

Respecto de los eximentes de responsabilidad, estos son de tres tipos:

La fuerza mayor, que es aquel hecho impredecible, irresistible y externo, es decir, no se pudo prever; por más diligencia y cuidado con los que se actúe, sus consecuencias serán irresistibles y es un hecho que no proviene de la entidad a la cual se le imputa el daño, esto es, es en muchas ocasiones un hecho de la naturaleza. Es importante mencionar que en materia administrativa el caso fortuito no exonera de responsabilidad, en tanto, si bien este es impredecible e irresistible, no es un hecho externo sino interno,

es decir, que se configura en virtud de la propia actividad que desempeña quien causa el daño, y esto entonces será una responsabilidad de carácter objetivo.

El segundo eximente de responsabilidad es el llamado hecho de la víctima. Este debe provenir de una conducta impredecible e irresistible para el demandado; sin embargo, el elemento más importante de dicho eximente de responsabilidad es el conocimiento de la víctima respecto del riesgo o peligro al que se expone; por tal razón, cuando se produzca este eximente, puede existir exoneración de responsabilidad o concurrencia de culpas cuando se comprueba que, si bien la víctima se expuso de manera imprudente al daño, el Estado también realizó actuaciones que ayudaron a la configuración del perjuicio.

El tercer eximente de responsabilidad es el hecho de tercero. Este último entendido como aquel hecho que debe ser impredecible e irresistible para quien se le imputa un daño; sin embargo, el elemento más importante es que el tercero debe ser una entidad o persona por la que el demandado, en este caso el Estado, no tenga la obligación de responder, ya que, de lo contrario, no sería un eximente de responsabilidad.

En conclusión, frente a los tres eximentes de responsabilidad, es preciso afirmar que, para que ellos operen y rompan el nexo causal, es importante que se cumpla con todas sus características; de lo contrario, el resultado será una sentencia condenatoria.

Ahora bien, en lo relacionado con el tercer elemento de la responsabilidad, es decir, el fundamento al deber de reparar, es importante aclarar que se trata de establecer la fuente de la reparación, esto es, en virtud de qué régimen debe responder el Estado. Por ello, la jurisprudencia ha creado dos tipos de regímenes: uno de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo.

Respecto del régimen de carácter subjetivo, se encuentra el llamado título de imputación de falla del servicio, ya sea probada, ya sea presunta. Este régimen de responsabilidad de lo que se encarga es de analizar la conducta de la entidad pública, es decir, de establecer si esta actuó conforme a derecho o no, sea que por una acción u omisión provocó un daño. Por el contrario, los regímenes de carácter objetivo se caracterizan por que son actuaciones completamente lícitas, pero riesgosas o causan un daño grave a un particular que no tiene la obligación de soportarlo.

Dentro de los regímenes de carácter objetivo, se encuentran: a) el riesgo excepcional, que es aquella actividad lícita pero peligrosa que causa un daño, como la conducción de vehículos, el manejo de armas, la conducción de energía eléctrica o los hidrocarburos; y b) el daño especial, el cual se refiere al ejercicio de una actividad completamente lícita, pero que causa un daño grave a un particular que no está en la obligación jurídica de soportarlo, como la construcción de obras públicas, entre otras.

Así entonces, para que proceda un juicio de responsabilidad, es necesario que se configuren estos tres elementos, es decir, el daño, el nexo causal y los fundamentos del deber de reparar.

4.2. Tipología del daño

Cuando se hace referencia a la tipología del daño, es importante mencionar los daños de tipo material e inmaterial. Frente a los primeros, tenemos que esta tipología de daños se divide en dos clases: el daño emergente y el lucro cesante. Los daños de carácter material son aquellos que pueden ser cuantificables de una manera objetiva. Tal es el caso del daño emergente, el cual se refiere a todo aquello que sale del patrimonio de la víctima para reparar el daño o perjuicio causado, mientras que el lucro cesante es aquello que dejará de ingresar al patrimonio de la víctima con ocasión del daño producido.

La otra categoría de daños se refiere a los de tipo inmaterial, categoría que ha estado en constante evolución y cuya fuente no proviene de la ley sino de la creación jurisprudencial. Para ello, el Consejo de Estado actualmente tiene una trilogía de daño inmaterial que ha construido según el precedente sentado por la Corte IDH.

En tal sentido, los tres tipos de daños inmateriales que hoy se encuentran en la jurisprudencia son estos: a) los daños morales, b) el daño a la salud y c) los daños a bienes constitucionales o convencionales.

Frente al daño moral, desde el caso Villaveces,²⁰ la jurisprudencia ha sido pacífica en establecer que este hace referencia a la tristeza, la congoja o la aflicción íntima. Para este tipo de daño, a partir de 2014, se estableció una serie de baremos según el grado de consanguinidad, afinidad o civil, que llega hasta las relaciones afectivas no familiares o lo que se llama terceros damnificados.²¹ Para ello, se establecen tres formas de causación: a) el daño moral en caso de muerte, b) el daño moral en caso de lesiones²² y c) el daño moral por privación injusta de la libertad, para el cual se crea una tipología de perjuicios y una tabla donde el monto de salarios mínimos de la indemnización dependerá del parentesco o grado de consanguinidad que se tenga con la víctima, así como del número de meses que la persona fue privada de su libertad.

20. Corte Suprema de Justicia. Corte Plena. Sentencia del 21 de julio de 1932 (M. P. Tancredo Nanneti).

21. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expte. 26.251 (M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), p. 118.

22. Para este, la tasación depende del grado de consanguinidad o afinidad en relación con la gravedad de la lesión.

Por su parte, respecto del daño a la salud, este es entendido como la afectación tanto física como psíquica a la salud, de manera objetiva y como daño autónomo. De modo que, tal como lo plantea el Consejo de Estado:

El “daño a la salud” —el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica— ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etcétera, de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del Derecho Constitucional y fundamental (artículo 49 CP), para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v. gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.²³

Por otra parte, a partir de la unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, se estableció que la liquidación de este tipo de daño, en primer lugar, solo procede para la víctima directa. De igual forma, se establecieron unos baremos que, según la gravedad de la lesión, van desde los diez hasta los cien salarios, y de manera excepcional reconociendo cuatrocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes, según la intensidad del daño; concepto que aún no es muy claro y puede seguir resultando subjetivo en el momento de su aplicación.

Dicho daño se fundamenta no solo en el principio de reparación integral, sino también en los artículos 8.1 y 63.1 de la CADH, y se establece que este se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario, muy similares a las otorgadas por la Corte IDH y, excepcionalmente, se puede reparar de manera pecuniaria cuando no se haya reparado por concepto de daño a la salud.

Esta es la tipología de daños que se reconocen en la actualidad por la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia, la cual ha estado en constante evolución jurisprudencial en lo que a tipología del daño se refiere.

En atención a lo hasta aquí planteado, uno de los hechos que comprueba la aplicación del control de convencionalidad que está realizando el Consejo de Estado es la creación de los daños a bienes y derechos constitucional o convencionalmente amparados en virtud del principio de reparación integral, para reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición y las demás prerrogativas definidas por el derecho internacional. Para el efecto, el juez de manera oficiosa o a solicitud de parte decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados.

.....
23. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 1994-00020 de 2011 (C. P. Enrique Gil Botero: Septiembre 14 de 2011).

5. ANÁLISIS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO

Para este análisis, es necesario precisar que fueron seleccionadas siete sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, las cuales desarrollan el derecho de reparación integral. Lo anterior para contrastarlas respecto de tres sentencias emitidas por la Corte IDH en 2016, 2017 y 2018 en contra del Estado colombiano.

Ahora bien, el derecho a la reparación integral se ha ido consolidando a lo largo del tiempo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, de modo que hoy está contenido dentro del catálogo de derechos que incorpora la CADH, el cual ha sido interpretado desde el inicio de la jurisprudencia de la Corte IDH en 1986, con la emisión de la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, en la que se estableció:

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 incluyendo el daño moral.²⁴

Ahora bien, se realizó una revisión aleatoria de las sentencias proferidas por la Corte IDH en contra de Colombia de 2016 a 2018, como ya se había mencionado, dentro de las cuales se evidenció que los estándares de reparación integral se han venido repitiendo de manera inequívoca, pero con tipos de acciones diferentes según el caso en concreto.

Así, por ejemplo, en el caso Yarce y otras vs. Colombia, sentencia del 22 de noviembre de 2016,²⁵ en el que la Corte IDH debía de investigar si la detención de las señoras Yarce, Mosquera y Naranjo, realizada sin orden judicial y bajo un estado de excepción, se había tratado de una detención arbitraria, concluyó que, en efecto, se trató de una violación de derechos humanos, por lo cual ordenó que como

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo).

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Sentencia de 22 de noviembre de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

reparación del daño el Estado colombiano siguiera con las investigaciones judiciales respecto del desplazamiento de la señora Rúa y su familia, para individualizar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos; de igual forma, otorgó medidas de reparación pecuniaria por lucro cesante y daños morales.

En el mismo sentido, la Corte IDH ordenó medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición. Así, en lo que tiene que ver con las medidas de rehabilitación, estableció brindar gratuitamente, sin cargo alguno, el tratamiento de salud y psicológico para las víctimas. En relación con las medidas de satisfacción, la Corte IDH estimó pertinente ordenar que, en un plazo de seis meses, a partir de la notificación de la sentencia, se publicara, en el *Diario Oficial* de Colombia y en un diario de amplia circulación nacional, el resumen oficial de la sentencia y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por las violaciones declaradas en la sentencia por parte del Estado colombiano.

En cuanto a las indemnizaciones de carácter compensatorio, ordenó la reparación del daño material y consideró pertinente el reintegro, en equidad, de un monto de USD 15 000 por concepto de daño material a favor de cada una de las personas afectadas. Y en lo referente al daño inmaterial, la Corte IDH ordenó otorgar a las víctimas un monto de USD 5000 para cada una.

Posteriormente, en sentencia del 31 de agosto de 2017, en el caso vereda La Esperanza vs. Colombia,²⁶ la Corte IDH, al determinar que las desapariciones forzadas ocurridas en la vereda La Esperanza eran imputables al Estado colombiano, ordenó que este debía continuar con las investigaciones y los procesos judiciales en curso para determinar los hechos y las responsabilidades correspondientes; efectuar una búsqueda rigurosa para establecer, a la mayor brevedad, el paradero de las doce víctimas cuyo destino se desconocía; realizar las publicaciones de la sentencia; efectuar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; brindar el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas que así lo solicitaran; levantar un monumento en la memoria de las personas desaparecidas y ejecutadas; otorgar becas para realizar estudios en una universidad pública a los hijos de las víctimas; y el pago de unas sumas de dinero por concepto de lucro cesante y daño moral.

En sentencia del 13 de marzo de 2018,²⁷ proferida en el caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia, la Corte IDH, al determinar que existía responsabilidad del Estado

.....
26. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia. Sentencia de 13 de marzo de 2018 (fondo, reparaciones y costas).

colombiano por la dilación extraordinaria de la investigación y del proceso por el homicidio de Nelson Carvajal, por la violación del derecho a un plazo razonable y por la no protección del derecho a la vedad y a la libertad de expresión de los periodistas ordenó al Estado colombiano investigar los hechos e identificar, juzgar y sancionar a todos los responsables del homicidio de Nelson Carvajal en un plazo razonable, en atención a que había transcurrido más de veinte años desde que sucedieron los hechos. Como medidas de rehabilitación, la Corte IDH estimó que es preciso disponer de una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas de las violaciones y ordenó al Estado brindar gratuitamente, de forma prioritaria, sin cargo alguno, el tratamiento psicológico o psiquiátrico adecuado a las víctimas que así lo requieran. Respecto de las medidas de satisfacción, ordenó que el Estado publicara el resumen oficial de la sentencia en un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional. Como medidas de restitución, dispuso garantizar las condiciones de seguridad adecuadas para que las víctimas puedan retornar a sus lugares de residencia, de ser el caso y si así lo desean. En materia de garantías de no repetición, conminó al Estado colombiano para el fortalecimiento de las políticas públicas y la indemnización monetaria por concepto de daños inmateriales.

En los tres casos analizados, se pudo observar que los estándares de reparación son iguales, cada uno en alusión a medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición.

Ahora bien, es pertinente, entonces, revisar cuál es el contenido jurídico que obliga al Estado colombiano a incorporar los instrumentos de carácter internacional junto con lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte IDH.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 consagra en su artículo 93 que los derechos y deberes estipulados en la Carta deberán ser interpretados conforme a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado en materia de derechos humanos. Posteriormente, la Corte Constitucional en varios pronunciamientos ha determinado la obligación para el Estado colombiano de incorporar estándares normativos internacionales relacionados con derechos humanos a la normativa interna.

Ahora bien, en cuanto a la reparación integral, es importante reconocer que esta ha tenido un desarrollo mucho mayor respecto de la responsabilidad extracontractual. Así, uno de los primeros referentes a nivel interno es el artículo 2341 del Código Civil. Posteriormente la Constitución Política de 1991, con referencia a la responsabilidad extracontractual del Estado, prevé en su artículo 90 el concepto de *daño antijurídico* como aquel que un ciudadano no está en la obligación de soportar y que, como consecuencia de la producción de este por parte de un órgano del Estado (o uno de sus agentes), debe ser reparado.

Posteriormente, con la Ley 446 de 1998, se habla expresamente, en el artículo 16, del concepto de reparación integral y se establece: “Artículo 16. Valoración 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”.²⁸

Respecto de la interpretación de este derecho, el Consejo de Estado en materia de reparación de perjuicios inmateriales siempre ha estado evolucionando en la teoría, es decir, siempre se ha preocupado por mirar los ámbitos que se afectan en la vida de un ser humano con ocasión del daño producido por un agente estatal.

De ahí que en una evolución jurisprudencial acelerada siempre se haya considerado, no solo el sufrimiento personal de quien sea afectado por el daño directamente, sino también el de su núcleo familiar, de las relaciones interpersonales que se pueden ver afectadas, de su integridad psicofísica y, actualmente, de la vulneración de los derechos constitucionales o convencionalmente protegidos.

Según la interpretación realizada por la Corte IDH, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha realizado un efectivo control de convencionalidad al incorporar en la revisión normativa, no solo los tratados de derechos humanos, sino también el concepto y la extensión del derecho a la reparación integral. Así, desde la sentencia del 19 de octubre de 2007,²⁹ se empezó a hablar de medidas de reparación simbólicas distintas de la reparación de carácter monetario, reparación que a la fecha ya se ha venido consolidando en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En virtud de lo anterior, y para hacer una revisión mucho más precisa, se seleccionaron, como ya se mencionó, siete sentencias de unificación del Consejo de Estado, que son, por su tipo, las que orientan la jurisprudencia, no solo de este alto tribunal, sino de todos los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa y las autoridades administrativas.

Esta selección fue realizada en virtud de la tipología de reparación frente a sujetos de condiciones especiales, como las madres cabeza de familia, las víctimas de ejecuciones extrajudiciales, los niños, las niñas y los/las adolescentes, y las mujeres en estado de embarazo respecto de la falla médica obstétrica.

28. Ley 446 De 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Julio 8 de 1998. D. O. N.º 43.335.

29. Angie Valentina Arango Delgado, *Los derechos humanos vulnerados en las trabajadoras sexuales con VIH en Colombia*, 2 Cuadernillo de Semillero de Derecho Internacional de Derechos Humanos, 1, 20 (2014).

La primera providencia revisada es la sentencia de unificación del 11 de septiembre de 2013,³⁰ en un caso en el que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón, de 22 años, resultó muerto por acción de integrantes del Ejército Nacional, quienes presentaron al occiso como un guerrillero dado de baja durante un combate librado con una cuadrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), supuestamente ocurrido en la vereda El Cadillo del municipio de Tello (Huila), donde posteriormente logró establecerse que el mencionado señor no era guerrillero y que, antes bien, se trataba de un campesino conocido por personas de la región. En este caso, se ordenaron medidas de satisfacción, verdad, rehabilitación y no repetición.

En sentencia del 25 de septiembre de 2013,³¹ en la cual el 10 de marzo de 1999 los señores Luis Fernando Londoño Gómez, Alex Ariol Lopera Díaz y Manuel José Jaramillo Giraldo se dirigían al municipio de Sonsón (Antioquia), a fin de encontrarse las FARC y obtener la liberación de la joven Diana Patricia Jaramillo Giraldo, quien había sido secuestrada el 23 de diciembre de 2012. Para la gestión de la liberación, llevaban consigo COP 150 000 000 en efectivo, que pagarían a los miembros del grupo subversivo a cambio de la liberación. Fueron detenidos en razón de un retén del Ejército Nacional donde al encontrar la referida suma de dinero fueron despojados de este y, posteriormente, asesinados.

El Consejo de Estado, en este caso concreto, introduce todas las categorías de indemnización del daño otorgadas por la Corte IDH y ordena a cargo de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares efectuar el seguimiento al cumplimiento de lo dispuesto en providencias en las que se juzgue la grave violación a los derechos humanos, imputables a la fuerza pública.

Además, ordena el pago de perjuicios morales en salarios mínimos, el pago de lucro cesante y daño emergente a favor del núcleo familiar de las víctimas, así como el pago a bienes constitucionales o convencionales, y establece:

En virtud del principio de reparación integral, se ordenan medidas de carácter restaurativo como rendir excusas públicas, la publicación de la sentencia, el diseño a cargo del Ejército de una cátedra sobre la protección y garantía de los derechos humanos, y los parámetros fijados por organismos internacionales en relación con el uso de la fuerza pública,

30. Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 11 de septiembre de 2013, expte. 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601) (M. P. Danilo Rojas Betancourth).

31. Consejo de Estado. Sentencia del 25 de septiembre de 2015, expte. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460) (M. P. Enrique Gil Botero).

así como la censura a ejecuciones arbitrarias, sumarias o extrajudiciales por parte de militares en servicio activo.

En sentencia del 28 de agosto de 2014,³² el Consejo de Estado, frente a la pregunta sobre qué tipos de daños se deben indemnizar cuando el Estado es condenado por realizar ejecuciones extrajudiciales, señaló que el Estado debe lograr, no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño. Además, de disponer que el Estado debe: “(c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial”.³³

Respecto de la legitimación de las víctimas del daño, dispuso:

Se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño o la naturaleza del bien o derecho afectado.³⁴

.....
32. Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expte. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) (M. P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero).

33. *Id.*

34. *Id.*

Entonces, otorgó no solo medidas de reparación monetarias del daño moral, sino también medidas de no repetición, y ordenó a la Fiscalía General el estudio de la posibilidad de avocar la competencia sobre los hechos de que trata esta sentencia, su declaratoria de estas violaciones como delito de lesa humanidad, si es del caso, a efectos de determinar, no solo los responsables directos, sino también los autores intelectuales que favorecieron o incentivaron la comisión de esos actos materializados y la publicación de la sentencia.

A título de medida de satisfacción, el ministro de la Defensa debía realizar una declaración oficial a través de un periódico de amplia circulación nacional sobre los hechos ocurridos.

En sentencia del 28 de agosto de 2014,³⁵ emitida en el proceso tramitado por la muerte de un menor de edad con ocasión de su fuga de un establecimiento de reclusión de menores donde se encontraba penalizado, el Consejo de Estado por primera vez creó una tabla de liquidación de daños morales en caso de muerte en relación con los grados de consanguinidad y condenó al municipio de Pereira (Risaralda) a pagar por concepto de perjuicios morales a cada uno de los demandantes el equivalente a la suma de dinero de la tabla propuesta. Asimismo, en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales de reparación integral, las siguientes medidas de reparación no pecuniarias:

- (1) La realización, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por parte del Municipio de Pereira - Centro de Reeducción Marceliano Ossa, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad dentro de los hechos en que resultó fallecido el Menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y; (2) la colocación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución, que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos.³⁶

En otra sentencia del 28 de agosto de 2014 proferida³⁷ en un caso de falla médica obstétrica, reafirma la creación de un nuevo tipo de daño dentro de la jurisprudencia colombiana en la que estableció a la luz de la evolución jurisprudencial actual que

.....
 35. Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expte. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251) (M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

36. *Id.*

37. Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expte. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804) (M. P. Stella Conto Díaz del Castillo).

resultaba incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se ha determinado que se debía avanzar hacia un entendimiento más amplio desde el punto de vista de la gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior, el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones en el comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.³⁸ Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar, entre otras, las siguientes variables:

La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente); la anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental; la exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones en un órgano; la reversibilidad o irreversibilidad de la enfermedad; la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria; los excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria; las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado; los factores sociales, culturales u ocupacionales; la edad; el sexo; el dolor físico considerado en sí mismo; el aumento del riesgo vital o a la integridad; y las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima.³⁹

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Este *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas.

En sentencia del 22 de abril de 2015,⁴⁰ el Consejo de Estado frente al problema de si puede indemnizarse el lucro cesante con acrecimiento en virtud del concepto de *unidad familiar* estableció:

.....
38. Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expte. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804) (M. P. Stella Conto Díaz del Castillo).

39. *Id.*

40. Consejo de Estado. Sentencia del 22 de abril de 2015, expte. 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146) (M. P. Stella Conto Díaz del Castillo).

Considera la Sala en esta oportunidad que existen importantes razones que ameritan la indemnización del lucro cesante con acrecimiento, en cuanto i) la aplicación de ese principio general no afecta la autonomía del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado; por el contrario, se aviene con las exigencias relativas a la protección constitucional de la unidad y los vínculos de solidaridad familiar, afectados con el hecho dañino imputable a la entidad pública y con los principios de justicia, equidad y reparación integral, de que tratan las disposiciones de los artículos 2, 42, 90, 230 constitucionales y 16 de la Ley 446 de 1998 y ii) el perjuicio a ser indemnizado comprende la afectación del derecho al incremento que se habría generado desde la víctima con condición de buen padre de familia hacia cada uno de los miembros del grupo. Esto si se considera que la ocurrencia del daño no tendría que afectar la unidad patrimonial y el deber ser de su permanencia, al margen de su movilidad.

- i) En efecto, el acrecimiento es un principio general de derecho y no una institución exclusiva o excluyente de las ramas del derecho privado y la seguridad social. Su aplicación opera automáticamente, en los casos en que se extingue la limitación del derecho íntegro que le corresponde a una persona, experimentada por la concurrencia de otros.

Asimismo, en cuanto de lo que se trata es de aplicar el principio general y no de introducir a la responsabilidad patrimonial del Estado las reglas del derecho privado y de la seguridad que rigen en materia de fiducia, usufructo, uso, habitación, herencia, donaciones entre vivos, sociedad conyugal, renta vitalicia y pensiones, entre otras instituciones, no se afecta la autonomía de los fundamentos jurídico y axiológico de esa disciplina.

- ii) Conforme con el bloque constitucional que protege la unidad familiar, existe el derecho fundamental en cabeza de cada uno de los miembros del grupo a que se mantenga y proteja la unidad, la armonía y los vínculos de solidaridad familiar, de los que depende la satisfacción de las necesidades y el correlativo deber en cabeza de los padres de materializar ese derecho, al punto que sobre ellos recae una cláusula general de responsabilidad por el cuidado, protección, crianza y demás necesidades del núcleo familiar; todo ello exigible de la misma forma como lo haría un buen padre de familia.

Finalmente, en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017⁴¹ en la cual se discutió cómo se reparaban los daños causados a una persona encargada de la economía y cuidado del hogar, el Consejo de Estado determinó en virtud del concepto de *reparación integral*:

.....
 41. Consejo de Estado. Sentencia del 27 de junio de 2017, expte. 50001-23-31-000-2000-30072 01(33945) (M. P. Hernán Andrade Rincón).

La muerte de una mujer dedicada al cuidado y la economía del hogar genera un perjuicio que debe ubicarse dentro del concepto de lucro cesante y entender la ausencia de los bienes y servicios dispensados por la persona encargada de la economía y cuidado del hogar como aquello que, por causa del daño, deja de ingresar al patrimonio de la familia, como en algunos eventos lo entendió la Corporación, comporta reivindicar el rol de la mujer como proveedora de la familia y reconocer que la fuerza de trabajo dedicada tanto a las labores domésticas como de cuidado genera un ingreso cierto en el patrimonio familiar o un aporte en especie o industria como lo ha calificado la Corte Constitucional, que, ante la ocurrencia del fenómeno dañoso, deja de presentarse.

A partir de la ejecutoria de esta providencia, en consecuencia, la Sala unifica su posición en el sentido de que los perjuicios materiales derivados de la ausencia de la persona que funge como “encargada de la economía y cuidado del hogar”, y que se relacionen tanto con las actividades domésticas como con las de cuidado a su cargo, deberán considerarse como un lucro cesante en cabeza de quienes comprobadamente se beneficien de manera directa de las actividades desplegadas por el “ama de casa” para lo cual se aplicará la presunción o inferencia de un salario mínimo mensual legal vigente respecto de sus ingresos.

De todo lo revisado se puede evidenciar, entonces, que la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado ha incorporado las formas de reparación establecidas por la Corte IDH en el momento de darle aplicación al derecho a la reparación integral e, incluso, ha ido más allá con la introducción de perspectiva de género en sus fallos. Lo anterior en virtud de establecer que la falla médica obstétrica es una forma de violencia contra la mujer y reconocer que la mujer que se dedica a ser ama de casa es una administradora del hogar que desempeña un tipo de trabajo que debe ser indemnizado como lucro cesante.

6. CONCLUSIONES

El Consejo de Estado en lo referente al principio de reparación integral aplica los estándares establecidos por la Corte IDH en su jurisprudencia, sin embargo, agrupa dentro de su tipología de daño inmaterial los daños morales, los daños a la salud y, en su tercera clasificación, referida a los daños a bienes convencionales o

constitucionalmente protegidos, acoge las categorías de medias de satisfacción, garantías de no repetición y rehabilitación.

El Consejo de Estado produce jurisprudencia evolutiva y creativa en materia de reparación de los daños inmateriales, toda vez que tiende a apuntarle a la reparación del ser humano en todas sus dimensiones.

El establecimiento de los baremos o criterios de fijación de estándares de reparación pecuniarios en materia de daños morales, daños a la salud y daños a bienes constitucionales o convencionales no tiene una explicación de carácter objetivo, como tampoco lo tienen los montos fijados por el Corte IDH.

El Consejo de Estado no solo ha aplicado los estándares de reparación integral en materia internacional, sino que ha introducido nuevos estándares en materia de daños desarrollados en países como Italia o Francia, tal como es el caso del perjuicio fisiológico, la alteración de las condiciones de existencia, el daño a la salud y el daño a la vida en relación.

Se observa que existen unos estándares en materia de reparación de perjuicios por parte del Consejo de Estado en materia de sujetos de especial protección como los niños, las niñas y los /las adolescentes y las mujeres cabeza de hogar.

Las formas de reparación ordenadas por el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa han incluido la perspectiva de género en sus sentencias y reivindicado la labor y la dignidad de la mujer al entender que se causa un daño cuando existe una falla médica obstétrica, no solo para el que está por nacer, sino para la mujer embarazada. Por otra parte, dignifica la labor de la mayoría de las mujeres en Colombia, establece una categoría de empleo como la administración del hogar y otorga indemnización igual a la de cualquier otro trabajo remunerado.

Cada vez más el concepto de *justicia rogada* en materia contenciosa va cambiando en el entendido que los jueces, oficiosamente, en materia de reparación de perjuicios y con la aplicación del principio de reparación integral, han indemnizado algunos daños que en principio no fueron solicitados en la demanda, pero sí probados en el curso del proceso.

7. REFERENCIAS

ARANGO DELGADO, Angie Valentina, *Los derechos humanos vulnerados en las trabajadoras sexuales con VIH en Colombia*, 2 Cuadernillo de Semillero de Derecho Internacional de Derechos Humanos, 1, 20 (2014).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 1994-00020 de 2011 (C. P. Enrique Gil Botero: Septiembre 14 de 2011).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 11 de septiembre de 2013, expte. 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601) (M. P. Danilo Rojas Betancourth).
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expte. 26.251 (M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), p. 118.
- Consejo de Estado. Sentencia del 22 de abril de 2015, expte. 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146) (M. P. Stella Conto Díaz del Castillo).
- Consejo de Estado. Sentencia del 25 de septiembre de 2015, expte. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460) (M. P. Enrique Gil Botero).
- Consejo de Estado. Sentencia del 27 de junio de 2017, expte. 50001-23-31-000-2000-30072 01(33945) (M. P. Hernán Andrade Rincón).
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expte. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804) (M. P. Stella Conto Díaz del Castillo).
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expte. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) (M. P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero).
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expte. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) (M. P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero).
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expte. 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804) (M. P. Stella Conto Díaz del Castillo).
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expte. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251) (M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 90. Julio 13 de 1991 (Colombia).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006 (fondo, reparaciones y costas), p. 51.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000 (fondo), p. 22.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia. Sentencia de 13 de marzo de 2018 (fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (fondo, reparaciones y costas), p. 3.

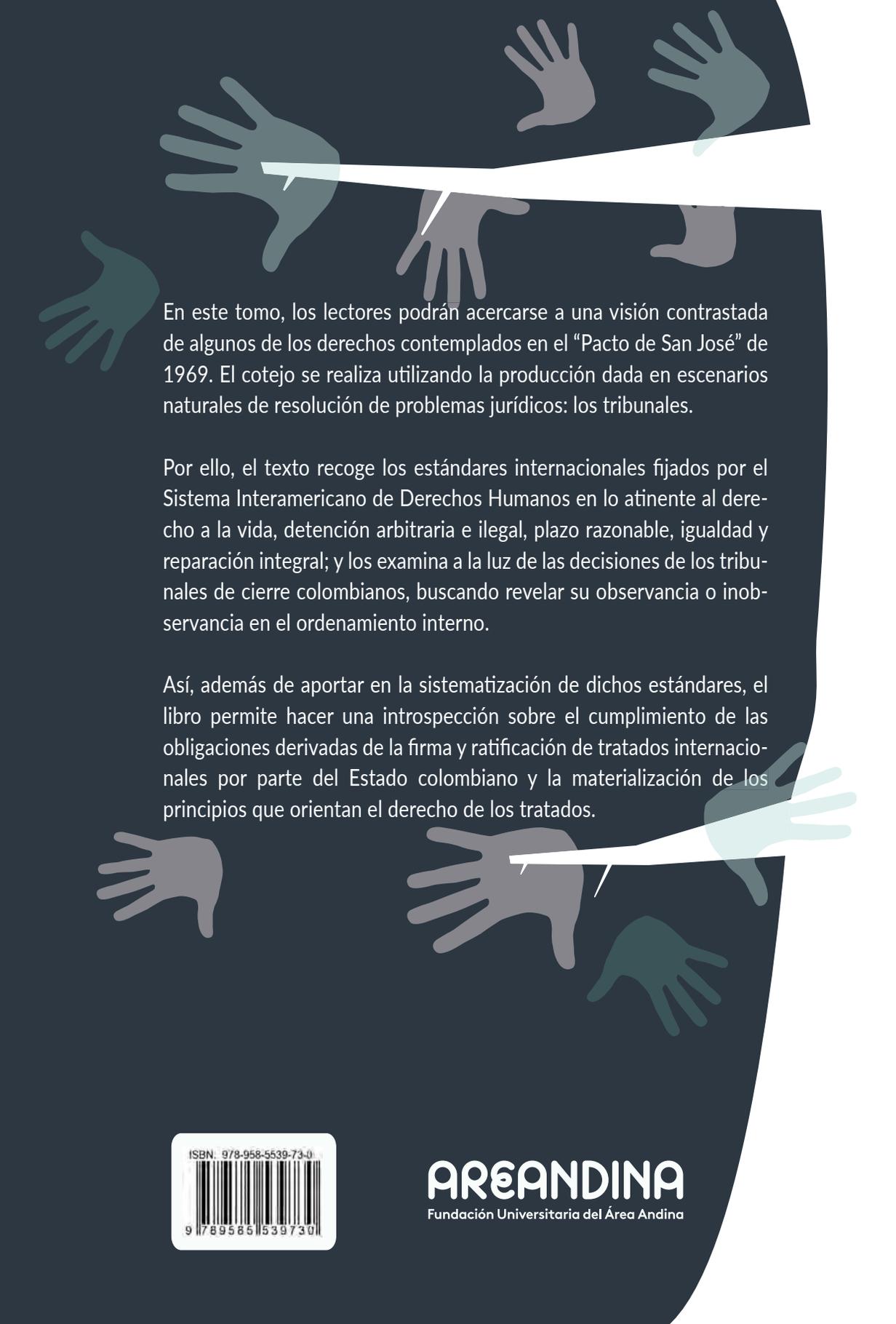
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (fondo), p. 2.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, p. 36.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), p. 39.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (fondo, reparaciones y costas), p. 29.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo), párr. 25.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yarce y otras vs. Colombia. Sentencia de 22 de noviembre de 2016(excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Suprema de Justicia. Corte Plena. Sentencia del 21 de julio de 1932 (M. P. Tancredo Nanneti).
- HENAO, Juan Carlos, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado, Bogotá (1998).
- Ley 446 De 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Julio 8 de 1998. D. O. N.º 43.335.
- NASH ROJAS, Claudio, *El sistema interamericano de derechos humanos y el desafío de reparar las violaciones de estos derechos*, 6 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 6, 81-101, 85 (2005).
- NÚÑEZ MARÍN, Raúl Fernando y Lady Nancy ZULUAGA JARAMILLO, *Estándares internacionales de reparación de violaciones de derechos humanos: principios de implementación en el derecho colombiano*, 5 *Revista Análisis Internacional*, 1, 207-230, 209 (2012).
- Pierre-Marie, DUPUY, *L'individu et le droit international (théorie des droits de l'homme et fondements du droit international)*, *Archives de Philosophie du Droit*, 32, 119-133, 121, (1987).

STEINER, Christian y Patricia URIBE, Coords., *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá (2014), Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

Tribunal de Controversias. Sentencia del 24 de enero de 1872.

Este libro se terminó de imprimir y encuadernar en
Proceditor en noviembre de 2019.

Fue publicado por la Fundación Universitaria del Área Andina.
Se empleó la familia tipográfica Alegreya Sans.



En este tomo, los lectores podrán acercarse a una visión contrastada de algunos de los derechos contemplados en el “Pacto de San José” de 1969. El cotejo se realiza utilizando la producción dada en escenarios naturales de resolución de problemas jurídicos: los tribunales.

Por ello, el texto recoge los estándares internacionales fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en lo atinente al derecho a la vida, detención arbitraria e ilegal, plazo razonable, igualdad y reparación integral; y los examina a la luz de las decisiones de los tribunales de cierre colombianos, buscando revelar su observancia o inobservancia en el ordenamiento interno.

Así, además de aportar en la sistematización de dichos estándares, el libro permite hacer una introspección sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la firma y ratificación de tratados internacionales por parte del Estado colombiano y la materialización de los principios que orientan el derecho de los tratados.

ISBN: 978-958-5539-73-0



9 789585 553973 0

AREANDINA

Fundación Universitaria del Área Andina