

---

# Consejo de Estado *vs.* Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones\*

Helber A. Noguera Sánchez\*\*

*helbernog@hotmail.com*

## Resumen

La jurisprudencia del Consejo de Estado en lo interno y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones tiene similitudes y divergencias. El presente texto recoge puntos clave de análisis y comparación para el mejor entendimiento de la coyuntura frente a la ley de víctimas del conflicto armado a punto de ser sancionada por el presidente de la República.

## Palabras clave

Derechos humanos, indemnización, medidas de satisfacción, garantías de no repetición.

## Abstract

The jurisprudence of the State Council of Colombia on the domestic and the Inter-American Court of Human Rights on reparations has similarities and differences. This text includes key points of comparison for the analysis and better understanding of the situation before the law of armed conflict victims about to be sanctioned by the President of the Republic.

## Key words

Human rights, compensation, satisfaction and guarantees of non repetition.

---

Fecha de recepción del artículo: 20 de octubre de 2010.

Fecha de aprobación del artículo: 13 de noviembre de 2010.

\* Artículo producto de investigación desarrollada como tesis dentro de la maestría en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales, Universidad Santo Tomás.

\*\* Abogado, miembro de una organización no gubernamental de protección y garantía de los derechos humanos, en el plano nacional e internacional. Candidato a magíster en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales, Universidad Santo Tomás.

## Introducción

El presente artículo tiene una relevancia más que coyuntural, por cuanto la discusión política y jurídica acerca de la importancia de la reparación integral a víctimas de violaciones de derechos humanos se encuentra siempre dinámica; tanto en el ordenamiento jurídico interno como en la siempre importante jurisprudencia de organismos y tribunales internacionales de protección y garantía de los derechos humanos. La relevancia del tema se denota incluso en la agenda legislativa del actual gobierno, cuando propone, en el marco de una ley de víctimas, efectos reparadores y medidas administrativas con el fin de mitigar y garantizar la reparación a aquellos que han sufrido de manera directa los avatares del conflicto armado, y más específicamente de determinados actores del conflicto, sean subversivos, paramilitares o agentes del Estado.

Comoquiera que el objeto de estudio está delimitado a la responsabilidad estatal en violaciones de derechos humanos, únicamente se analizará lo pertinente a los actos cometidos por agentes estatales, por acción u omisión, o en su defecto, por particulares que actuaron con la aquiescencia o colaboración del Estado.

No sobra advertir que el presente artículo constituye un aporte significativo, pues se centra en valorar y determinar los diferentes criterios reparadores, tanto para el Consejo de Estado como órgano de cierre en lo contencioso administrativo, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional de la OEA que juzga a los Estados partes por violaciones de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; y a partir de allí construir propuestas reparadoras en el marco del proyecto de ley de víctimas que se ha tramitado recientemente en el Congreso de la República.

## 1. Problema jurídico y estrategia metodológica utilizada

El problema jurídico planteado en el presente documento consiste en realizar una comparación a la luz del actual proyecto de ley de víctimas de la descripción de los estándares internacionales de reparación integral y los criterios adoptados por la jurisdicción contencioso administrativa en cabeza del Consejo de Estado y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En lo concerniente a la metodología utilizada, se llevo a cabo una exploración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado colombiano y particularmente aquellos fallos que contienen criterios que hacen parte de una línea jurisprudencial reiterada en el marco del sistema interamericano en lo concerniente a las reparaciones a las víctimas. Así mismo, se realizó una búsqueda de la más importante jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, específicamente, acciones de reparación directa que tuvieran como principal aspecto fáctico la violación de los derechos humanos por parte de agentes del Estado, por acción u omisión.

Por último, se realizó un proceso comparativo y analítico de las principales similitudes y divergencias entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Consejo de Estado, siempre con la perspectiva del proyecto de ley de víctimas que se encuentra en proceso de sanción presidencial, para determinar los principales avances y obstáculos en materia de reparaciones de tal propuesta legislativa.

## 2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia

### 2.1 Alcance del derecho a la reparación

El derecho a la reparación integral, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se construye a partir de los tratados internacionales, que hacen parte del bloque de constitucionalidad; de las resoluciones de órganos de protección y garantía de los derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), tanto en sus opiniones consultivas como en los fallos proferidos como consecuencia de los casos contenciosos presentados por la Comisión.

De acuerdo con ese panorama, es tal el marco teórico y normativo del derecho a la reparación integral en el plano de la jurisprudencia de la Corte IDH.

De manera preliminar se deben observar los principales instrumentos internacionales del sistema universal de protección de derechos humanos que contienen disposiciones acerca del derecho a la reparación integral; veamos.

#### 1. Principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad:

Elaborados en el 43º periodo de sesiones (agosto de 1991) y actualizados por la relatora especial Diana Orentlicher, en noviembre de 2004.

Como base consagra en un primer término el requisito del derecho a saber, a la justicia y el derecho a la reparación, las cuales son estrategias indispensables de lucha contra la impuni-

dad de los autores de violaciones a los derechos humanos en situaciones de reconciliación.<sup>1</sup>

De igual manera, este instrumento internacional contiene importantes valoraciones en materia de reparaciones, ya que establece de manera clara que todas las violaciones de los derechos humanos genera un derecho a reparar a las víctimas, sus parientes o compañeros.

En materia de medidas de reparación se plantea que éstas pueden ser tanto de carácter individual, como también colectivas. En el plano de las medidas colectivas se establece: las de carácter simbólico a título de reparación moral, tales como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo la dignidad de las víctimas, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos, todo esto en la idea de considerar el deber de la memoria. En el plano individual, las víctimas, ya sean directas o indirectas, parientes o personas a cargo, deben beneficiarse de un recurso eficaz en el marco de la administración de justicia, al margen de la indemnización justa a que tienen derecho.

<sup>1</sup> Principio 19. Garantías contra la utilización de la reconciliación o el perdón para fomentar la impunidad. No existe reconciliación justa y duradera sin que se satisfaca efectivamente la necesidad de justicia; el perdón es, sin duda, un factor importante de la reconciliación, pero supone, como acto privado, que la víctima o sus derechohabientes conozcan el autor de las violaciones y que esté haya tenido la posibilidad de reconocer los hechos y manifestar su arrepentimiento.

## 2. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder:

Conocida como la *Declaración de la ONU sobre la Justicia para las Víctimas*, la cual fue aprobada en noviembre de 1985, constituye una de las primeras resoluciones que hacen referencia a los derechos de las víctimas al “*acceso al sistema judicial*”. Es un instrumento que promueve el acceso de las víctimas a la justicia durante el proceso judicial, tanto en el plano nacional como en el internacional.

En un segundo término, enmarca una definición de víctima para efectos indemnizatorios y de reparación integral desde lo individual, como también desde lo colectivo.<sup>2</sup>

Como se analizará en profundidad más adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado el tema de las reparaciones no pecuniarias como obligación de los Estados.

## 3. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas intencionales de derechos humanos y de Derecho internacional de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones:

Conocidos como los “Principios de Van Boven/Bassiouni”, fueron adoptados por la Asamblea

<sup>2</sup> “Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

General en 2005. Establecen los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos o de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario a acceder a medidas o un recurso efectivo y obtener reparación y las obligaciones de los Estados en prevenir violaciones, investigar, perseguir y sancionar a los perpetradores, brindar un acceso efectivo a la justicia a las víctimas y otorgar una reparación integral.

En este instrumento se hace directa y especial referencia al derecho de las víctimas a la reparación, enunciado en su numeral 18, donde en caso de no darse la reparación por parte del responsable de la violación o transgresión a la víctima, los Estados deberán “esforzarse” por emplear todos los recursos a su alcance, tendientes a resarcir a las víctimas que hubieren sufridos daños físicos o mentales y a sus familiares.

Frente a las formas de reparación para las víctimas de violaciones del Derecho Internacional Humanitario, debe darse en forma de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Sobre las formas de reparación, el instrumento detalla las medidas reparadoras de cada uno de ellos; veamos:

- La **restitución** siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del Derecho Internacional Humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

- La **indemnización** ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifestadas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, tales como los siguientes:
  - a) El daño físico o mental;
  - b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
  - c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
  - d) Los perjuicios morales;
  - e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.
- La **rehabilitación** ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.
- La **satisfacción** ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:
  - a) Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas;
  - b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
  - c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.
- Las **garantías de no repetición** han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:
  - a) El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
  - b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;
  - c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;
- e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;
- f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;
- g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales;
- h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del Derecho humanitario o las permitan.

Cada una de estas medidas de reparación deben ser vistas en cada caso concreto, cuando corresponda ordenar su cumplimiento y analizando la procedencia de acuerdo con el carácter diferencial de la víctima; entre otros factores, en razón de su raza, religión, sexo, género, condición social o económica, etc.

- Acceso a información pertinente sobre violaciones y mecanismos de reparación

“Las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre

las *causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones*”. (Principios de Van Boven/Bassiouni, 2005).

Esto último es muy relevante, comoquiera que dispone que en el marco del derecho a la reparación integral, el derecho a la verdad constituye *per se* reparación y tiene efectos reparadores; se reitera haciendo un estudio juicioso del caso en concreto, de acuerdo con la violación o vulneración de los derechos y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron. Por otra parte, el derecho a la verdad, bajo otras miradas ha sido determinado como el derecho a la memoria, tanto en el plano colectivo como en el individual. A partir de allí se rescata la verdadera historia de lo sucedido y no se olvida el destino de las víctimas, su lucha y resistencia.

#### **4. Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos:**

Aprobada mediante resolución 5683/2001 por la Asamblea General con base en el informe de la Sexta Comisión de Derecho Internacional, presentándose un proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional sobre hechos ilícitos. Constituye un instrumento en el que por primera vez y de manera histórica se acepta la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, aplicándose en todas las áreas del Derecho y en nuestro caso, en temas de responsabilidad estatal.

#### **5. Lineamientos principales para una política integral de reparaciones:**

Documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fechado 19 de febrero

de 2008, reitera la jurisprudencia de la Corte IDH y especifica los lineamientos de reparaciones expuestos en su *Pronunciamiento sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la República de Colombia* de agosto de 2006 y su *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz* de octubre de 2007.

De tal resolución es importante señalar que la CIDH determina los criterios mínimos que debe tener el Estado colombiano en particular, para determinar una política general de reparaciones; tales estándares internacionales, además de que deben ser incorporados a la normatividad en lo interno, deben ser apropiados por los operadores judiciales que en últimas materializan la reparación a favor de las víctimas.

Respecto a los tratados internacionales de protección de derechos humanos, que en el caso colombiano hacen parte de la Constitución Nacional, toda vez que se incorporan a través del bloque de constitucionalidad, el más importante y que se presenta como fuente del Derecho interamericano de protección de derechos humanos es la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH).

La CADH, o como también se conoce, Pacto de San José, fue suscrita entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969 por varios Estados, incluido el colombiano, ratificada el 28 de mayo de 1973 y depositada el 31 de julio del mismo año.

Del artículo 63 del citado instrumento se pueden hacer varias precisiones. El derecho a la reparación integral establecido en la convención determina con claridad que debe haber una violación a un derecho protegido por la convención para que se determine que la parte lesionada deba ser reparada. De igual manera, deben ser reparadas las consecuencias que se derivaron de la vulneración a los derechos. Y

por último, dispone la obligación del pago de una indemnización justa a la parte lesionada.

La Corte IDH a través de su jurisprudencia ha realizado ingentes esfuerzos para explicar, ampliar, reforzar y enmarcar las consecuencias, conceptualizaciones y determinaciones de la obligación de los Estados a reparar integralmente a las víctimas de graves violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos o el Derecho Internacional Humanitario. (Caso Caesar, 2007).

Tal es el ámbito de aplicación del derecho a la reparación integral en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH; en primera medida busca la restitución integral o el restablecimiento de la situación anterior al hecho violatorio de los derechos humanos. En caso de que ello no sea posible, como en la mayoría de los casos; dispone que se reparen las consecuencias que el hecho generador de la infracción produjo y se haga efectivo el pago de una compensación por los daños ocasionados. Así mismo, debe asegurarse que no se repita el hecho (garantía de no repetición) y que deben desaparecer las situaciones que lo generan. Se debe aclarar que en ningún caso puede el Estado alegar que en razón de disposiciones de orden normativo de carácter interno, se sustrae de la obligación de reparar integralmente a las víctimas.

## 2.2 De la parte lesionada

En el sistema interamericano de protección del Derecho internacional de derechos humanos, el concepto de víctima comprende tanto a las víctimas directas de las violaciones de los derechos humanos ocurridas, como a los familiares que han sido afectados con ellas.

En el primer escenario, las violaciones de los derechos humanos no única y exclusivamente se refieren a los hechos principales del caso, sino

también a los hechos derivados que hayan provocado violaciones adicionales a los derechos humanos, de manera que será víctima directa aquella persona afectada en cualquiera de los dos supuestos. En el segundo, la determinación del núcleo familiar pasa por el reconocimiento de prácticas culturales (p. ej., grupos étnicos) o incluso, lazos afectivos particulares (p. ej., hijos de crianza), que pueden ampliar el concepto tradicional de familia.

De otro lado, la parte lesionada también puede ser una comunidad, es decir, una víctima colectiva. Por ejemplo, en la sentencia de Germán Escué se hizo énfasis en que la parte lesionada podía ser la comunidad indígena a la cual él pertenecía; sin embargo, en el caso no se reconoció por falta de solicitud explícita.

La parte lesionada se identifica en torno a los derechos violados. Según la Corte la parte lesionada es *“toda persona en cuyo perjuicio se haya violado un derecho o libertad consagrado en la Convención”*.

En principio corresponde a la parte interesada identificar a los integrantes de la parte lesionada. Sin embargo, en casos complejos (masacres, desplazamientos) la Corte amplía este parámetro y reconoce reparaciones para quienes sean identificados posteriormente o dispone reparaciones generales para los grupos afectados sin la identificación total de la parte lesionada; por ejemplo, en el caso de la masacre de Mapiripán así lo hizo.

La flexibilidad para determinar quiénes son parte lesionada, depende en la mayoría de los casos del reconocimiento previo de responsabilidad por parte del Estado, pues esto le da mayor libertad a la Corte IDH en su actuación al respecto.

En los casos donde no son identificados en su totalidad los integrantes de la parte lesionada, la Corte ha establecido que la reparación internacional no es un obstáculo para que los afectados no individualizados o identificados acudan ante autoridades nacionales.

### 2.3 Medidas de satisfacción y garantías de no repetición

Las medidas de satisfacción son reconocidas únicamente por la Corte IDH, pues en el ámbito interno éstas no tienen lugar. Su objetivo consiste en restablecer la dignidad de las víctimas y generar las condiciones necesarias para evitar que las violaciones de derechos humanos declaradas en cada caso, se repitan. Dentro de las principales medidas de satisfacción se encuentran:

- Investigar los hechos, identificar, juzgar y sancionar a los responsables.

Se trata de una medida encaminada tanto a garantizar el derecho a la verdad de las víctimas, a través de la identificación de los responsables y la determinación de los hechos que generaron los perjuicios, como de una medida para garantizar el acceso efectivo de las víctimas a la justicia.

Adicionalmente, dentro de las órdenes de investigar y sancionar, la Corte ha incluido medidas para combatir la impunidad; al respecto, es dicente lo señalado en el caso de La Rochela, caso en el que la Corte ordenó a los funcionarios judiciales que en el momento de decidir la prescripción de la acción penal valorar si la conducta está relacionada con graves violaciones de derechos humanos, porque de ser así, no operaría esa figura, dada la *“inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento*



*de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”.* (La Rochela, 2008).

Dicha admisibilidad fue declarada en el caso de la masacre de Mapiripán de la siguiente manera:

*304. Sobre el particular, la Corte reitera su jurisprudencia constante<sup>3</sup> en el sentido de que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos – como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones. El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera*

*adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse (supra párr. 297). (Mapiripán, 2005).*

Para reabrir los procesos en donde se investiga la responsabilidad penal y disciplinaria del caso, la Corte acude a la figura de la “cosa juzgada fraudulenta” bajo el entendido de que las investigaciones se hicieron violando el debido proceso y, por tanto, no se puede predicar respecto de ellas la cosa juzgada.

Identificar a las víctimas de los hechos. Esta medida tiene el propósito de establecer quiénes han sido afectados por una determinada violación de derechos humanos. Por ejemplo, en la sentencia de Mapiripán, la Corte ordenó al Estado que “*individualice e identifique las víctimas ejecutadas y desaparecidas, así como sus familiares*”.

Para lograr este objetivo el Estado debía valerse de un medio masivo de comunicación e informar que está intentando identificar a las víctimas directas y sus familiares.

- Mecanismo colectivo de seguimiento para verificar el cumplimiento de las órdenes de la Corte. Esta medida está encaminada a la creación de una comisión de seguimiento sobre las órdenes de la Corte IDH, donde principalmente se garantice el derecho a la participación de las víctimas sobrevivientes y sus familiares. En el caso de Mapiripán se acudió a esta medida, y a dicha comisión se le encomendaron las siguientes funciones:

- i. *dar seguimiento a los procesos contencioso administrativos relacionados con los hechos de Mapiripán, para que se resuelva lo pertinente en los términos de la presente Sentencia;*

<sup>3</sup> Cfr. Caso de la comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 206; Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 172; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 175; Caso 19 Comerciantes, supra nota 190, párr. 262; Caso Molina Theissen. Reparaciones. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párrs. 83 a 84; Caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párrs. 276 a 277; Caso Bulacio, supra nota 193, párr. 116; Caso del Caracazo. Reparaciones. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 119; Caso Trujillo Oroza. Reparaciones. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 106; Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 15; Caso Barrios Altos, supra nota 246, párr. 41; Caso Castillo Páez. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 105, y Caso Loayza Tamayo. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42 párr. 168.

- ii. *velar porque se haga efectivo el pago, en el plazo de un año, de las indemnizaciones y compensaciones estipuladas a favor de los familiares de las víctimas (supra párrs. 259, 274, 278, 288 y 290);*
  - iii. *dar seguimiento a las acciones estatales para la búsqueda, individualización e identificación de las víctimas y sus familiares y velar porque se haga efectivo el pago, en el plazo de un año después de que hayan sido notificadas, de las indemnizaciones y compensaciones que correspondan a familiares de víctimas que se vayan identificando (supra párrs. 288 y 290). Además, deberá llevar un registro de los familiares que se vayan identificando, con quienes se mantendrá en contacto continuo para asegurarse que no sean objeto de amenazas, más aún después de que hayan recibido las indemnizaciones correspondientes;*
  - iv. *realizar las diligencias necesarias para que se haga efectivo el tratamiento debido a los familiares de las víctimas (infra párr. 312); y*
  - v. *coordinar las acciones necesarias para que los familiares de las víctimas, así como otros ex pobladores de Mapiripán, que se hayan visto desplazados, puedan regresar en condiciones de seguridad a Mapiripán, en caso de que así lo deseen (infra párr. 313). (Mapiripán, 2005).*
- Desarrollar programas formativos en derechos humanos para funcionarios públicos (cuerpos armados y organismos de seguridad). Como mecanismo preventivo, la Corte establece este tipo de medidas para formar en derechos humanos a funcionarios públicos. En el caso de La Rochela, la Corte ordenó un programa *permanente* de educación en derechos humanos dentro de las Fuerzas Armadas colombianas.
  - También se han ordenado programas de difusión de la jurisprudencia del SIDH sobre la jurisdicción penal militar, particularmente en lo relativo a sus límites; ello se materializó en el caso Gutiérrez Soler. En el caso de Mapiripán, se ordenó un programa de educación en derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario específicamente, para miembros de la fuerza pública. (Gutiérrez Soler, 2007).
  - Llevar a cabo la publicación y traducción de la sentencia. Como mecanismo para garantizar una labor de difusión en materia de derechos humanos a cargo del Estado, la Corte ordena publicar un extracto de la sentencia que contiene las partes más relevantes del caso. Igualmente, con el fin de garantizar que el contenido de los fallos sea comprensible para todas las comunidades, la Corte ordena la traducción a lenguas étnicas cuando esto resulta procedente; por ejemplo, en el caso Escué se ordenó traducir los párrafos publicables a la lengua Nasa Yute. (Escué Zapata, 2008).
  - *Implementar protocolos internacionales.* La Corte también ha dispuesto el cumplimiento de normas y estándares del Derecho Internacional de los derechos humanos como instrumento para garantizar su efectiva protección. Por ejemplo, en el caso Gutiérrez Soler se ordenó implementar el manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, “*el Protocolo de Estambul*”.
  - Fortalecer los controles en los centros de detención. Cuando se trata de abusos de autoridad en centros penitenciarios, la Corte ha ordenado el fortalecimiento de los

controles ejercidos por las autoridades para garantizar el buen funcionamiento de estos lugares. En el caso de Gutiérrez Soler se ordenó esta medida, incluyendo la valoración psicológica permanente de los funcionarios que trabajan en las cárceles y la realización de exámenes médicos a las personas privadas de la libertad una vez ingresan a los centros, como mecanismo para detectar posteriores torturas.

Otras medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto son:

- Construir viviendas como medio para restablecer derechos.
  - Elaborar placas conmemorativas o monumentos en honor a las víctimas.
  - Crear un fondo de desarrollo comunitario para obras o servicios de interés colectivo
  - Adoptar medidas para garantizar educación superior de hij@s de víctimas – becas- (Escué Zapata, párr. 169, 2008).
  - Crear cátedras universitarias en honor a las víctimas (Escué Zapata, párr. 178, 2008).
  - Iniciar un programa de protección para operadores de justicia, testigos, víctimas y familiares (La Rochela, párr. 296 y 297, 2008).
  - Adoptar las medidas necesarias para la efectiva aplicación de la jurisprudencia interamericana respecto del fuero militar.
  - Garantizar la seguridad de personas desplazadas que deseen retornar (Mapiripán, párr. 313, 2005).
  - Prestar atención médica y psicológica a las familias.
  - Garantizar la vida e integridad de las familias mediante programas de protección.
- Otorgar condiciones para el retorno en casos de desplazamiento.
  - Presentar disculpas públicas y reconocimiento de responsabilidad internacional.

Las medidas solicitadas para reparar el daño inmaterial deben tener conexidad con los hechos discutidos en el caso, de lo contrario la Corte no las ordena.

En algunos casos pueden existir acuerdos parciales de reparación pero esto no obsta para que la Corte ordene medidas adicionales de satisfacción.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que la Comisión de Derechos Humanos contempla otro tipo de medidas de reparación como la cesación de la violación que comprende acciones legislativas, judiciales y ejecutivas para terminar con la conducta generadora de hechos semejantes. También desarrolla la restauración de la situación en el momento anterior a la ocurrencia de los hechos cuando esto es posible (CIDH, 2005).

## 2.4 Indemnizaciones

*El daño material se refiere al detrimento patrimonial sufrido por las víctimas como consecuencia de los hechos alegados, es “la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso sub judice”.*

*El daño material tiene tres componentes: el lucro cesante, el daño emergente y las costas y gastos de representación.*

### Lucro cesante

El lucro cesante son los ingresos dejados de percibir por las víctimas y su determinación

depende del nivel educativo y el salario que cada una tenía para el momento de los hechos. Una vez sea identificado el ingreso de la víctima, se actualiza hasta el momento de la presentación del caso para solicitar la respectiva indemnización. Al monto actuarial se disminuye el 25% que la víctima hubiera destinado para sus gastos personales.

Cuando no es claro o no está probado el monto de los ingresos percibidos, se aplica la presunción de un ingreso mínimo que corresponde al salario mensual reconocido legalmente a nivel interno. Por ejemplo, en el caso de Mapiripán, ante la ausencia de pruebas documentales para acreditar la actividad laboral de las víctimas y dado el desplazamiento forzado de la población, la Corte fijó en equidad un monto estándar para determinar el daño material. La fijación de la cifra en equidad partió de algunos criterios observados por la Corte, como *“el salario mínimo vigente en Colombia, la expectativa de vida en Colombia en 1997, las circunstancias del caso y, en los casos en que conste, la edad de las víctimas y la actividad que realizaban”*. (Mapiripán, 2005).

Además, si el Estado alega la carencia de ingresos de las víctimas, es a él a quien le corresponde probarlo, de lo contrario la presunción de ingresos se mantiene.

Otra presunción se refiere a que los adultos con familia destinan la mayor parte de sus ingresos a la manutención de ésta y de allí que los destinatarios de las indemnizaciones sean sus integrantes.

La indemnización para la víctima directa corresponde a aquellos ingresos que habría percibido durante su vida probable la víctima fallecida. Ese monto corresponde al patrimonio de la víctima fallecida pero se entrega a sus familiares.

Los parámetros de liquidación en casos de ejecuciones o desapariciones son: la edad de la víctima y la expectativa de vida en el país de origen a la fecha de los hechos y el ingreso anual en dólares actualizado al momento de la liquidación:

Fórmula: Ingreso base X años probables de vida.

Cuando se trata de menores de edad la probabilidad de vida se cuenta desde los 18 años.

Frente a casos donde se ha reconocido indemnizaciones en lo contencioso administrativo la Corte mantiene la competencia para indemnizar por cuanto *“la forma de calcular y distribuir la indemnización por pérdida de ingresos en dichos procesos a nivel interno es diferente a la forma como lo hace este Tribunal”*. (Manuel Cepeda Vargas, 2010).

Cuando se han reconocido indemnizaciones a nivel interno, la Corte faculta al Estado para que descunte el monto pagado del ordenado por ella.

Adicionalmente, existe la posibilidad de solicitar el reconocimiento de un daño patrimonial familiar como en el caso de Wilson Gutiérrez Soler, donde las circunstancias del mismo obligaron a los miembros de la familia a desplazarse varias veces afectando sensiblemente su aspecto económico, por lo que se ordenó la indemnización por este concepto, pues *“es evidente que el exilio, los traslados de vivienda, los cambios de trabajo, así como las otras manifestaciones de la grave inestabilidad a la que la familia Gutiérrez Soler se ha visto sujeta desde 1994, han impactado seriamente el patrimonio familiar”*. (Gutiérrez Soler, 2007).

### **Daño emergente**

Este tipo de daño se refiere a los gastos en que han incurridos los afectados y que no se habrían generado en ausencia de los hechos alegados. Incluye los gastos médicos, funerarios, entre otros.

Por lo general, los gastos correspondientes deben ser probados pero en el caso de La Rochela la Corte ordenó el pago de una cifra en equidad para cada una de las víctimas directas por concepto de daño emergente, cifra que debe ser entregada a los familiares en el siguiente orden excluyente: al *“cónyuge o compañero o compañera; si no los hay será entregada a los padres; y en su ausencia, a los hijos, y si no los hay se entregará a los hermanos de las víctimas”*. (La Rochela, 2008).

### **Costas y gastos**

Este componente del daño material abarca los pagos realizados para acceder a la justicia nacional e internacional. Son los gastos cubiertos por los familiares de las víctimas o sus representantes con ocasión de la participación en procesos judiciales. Por regla general deben ser probados y se entregan a los representantes y coadyudantes, en cifras estimativas entre US\$ 20.000 a los primeros y US\$ 5.000 a los segundos.

Sin embargo, esta regla general ha tenido modificaciones en casos como el de Germán Escué y La Rochela. En la sentencia de Escué la Corte ordenó el pago de costas a nombre de una de las víctimas para que ésta entregue a familiares y representantes el monto que corresponda, según los gastos en que incurrió cada parte, y en la sentencia de La Rochela se aplicó la presunción de haber incurrido en este tipo de gastos aun en ausencia de prueba que los acredite.

La Corte entiende que el daño inmaterial comprende *“los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima”* (Gelman, 2011). Este daño se presume y, por tanto, no requiere prueba que lo demuestre. El Estado podría desvirtuarlo pero le corresponde la carga de la prueba.

Además, la Corte establece que este daño no siendo susceptible de reparación integral, sólo puede ser objeto de *compensación* por dos vías: una, el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes y servicios y dos, la realización de actos con repercusión pública, cuyo efecto sea reconocer la dignidad humana de las víctimas y evitar que hechos semejantes se repitan.

El daño inmaterial se indemniza tanto a la víctima directa como a sus familiares. En el caso de Escué, por ejemplo, se ordenó el pago de US\$ 50.000 a él y US\$ 20.000 a cada uno de sus familiares. Cuando la víctima directa ha fallecido, la indemnización que ha sido reconocida se entrega a sus familiares según el orden sucesoral que rige en el Derecho interno.

La definición del monto de indemnización por daño inmaterial depende de las circunstancias del caso y se aplican igualmente criterios de equidad. El daño inmaterial para menores de edad es mayor. En general se da entre US\$ 30.000 y 80.000 para adultos y entre US\$ 5000 y 10.000 adicionales para niños. Estos montos asignados a la víctima directa se distribuyen en línea sucesoral cuando se trata de ejecuciones o desapariciones.

A los familiares considerados como parte lesionada se les indemniza el daño inmaterial tanto

por la afectación provocada con la violación de los derechos humanos de sus parientes, como por las propias. Se dan generalmente entre US\$ 10.000 y 50.000 a padres, hijos, pareja y US\$ 1500 a 8.500 para herman@s. En caso de niñ@s se dan entre US\$ 2000 y 5.000 adicionales por su condición de vulnerabilidad.

Hay otro tipo de indemnizaciones por daño inmaterial, dependiendo de los hechos. Por ejemplo, en Ituango se pagó además de lo anteriormente descrito, la suma de US\$ 4000 a quienes fueron obligados a arrear el ganado, US\$ 3500 a quienes perdieron ese ganado, US\$ 6000 a quienes perdieron su vivienda, etc.

El deterioro de las condiciones de vida de las familias afectadas es otro elemento de juicio que valora la Corte a la hora de determinar el daño inmaterial.

El daño al proyecto de vida que se entiende como la obstrucción en las esferas física, laboral, personal, familiar y social de la víctima por causa de los hechos y que genera un daño irreparable. En el caso Gutiérrez Soler, la Corte IDH declaró la existencia de este daño pero no lo cuantificó económicamente, pues entendió que la indemnización prevista para los otros daños contribuía a compensarlo.

En la sentencia de La Rochela, la Corte no ordenó el pago de perjuicios morales porque internamente ya se había reconocido la respectiva indemnización y se había renunciado a las pretensiones por este concepto ante la Corte (La Rochela, párrs. 254 y 266, 2008). No obstante, cuando la reparación no ha sido adecuada, esto se alega y la Corte puede reconocer una indemnización adicional. Por ejemplo, en este mismo caso en el ámbito interno se pagó una indemnización menor a las compañeras permanentes por no estar casadas y la Corte

reconoció una indemnización adicional para ellas.

Al margen de lo anterior, no sobra advertir que dentro de la tipología de daños inmateriales que deben ser reparados se encuentra el “*reconocimiento del daño al proyecto de Vida*” identificado inicialmente con el daño a la vida de relación, en el caso de la legislación colombiana.

## 2. Criterios reparativos en los fallos del Consejo de Estado de Colombia

### 2.1 La acción de reparación directa frente a la vulneración de los derechos humanos

En el ámbito interno el Consejo de Estado estudia la responsabilidad estatal con base en causales taxativas que por regla general (salvo recientes logros) no incluyen la vulneración de derechos humanos. El C.C.A., prevé la acción de reparación directa dentro de cuyas causales aún no ha sido reconocida la violación de derechos humanos como fundamento para declarar la responsabilidad estatal en la materia.

La Sección Tercera de lo contencioso administrativo sigue tratando estos casos como fallas del servicio, cuando en realidad se trata de graves y flagrantes violaciones de derechos humanos. La falla del servicio es -si se quiere- un error involuntario, un exceso en la ejecución de las funciones estatales pero no un acto deliberadamente enfocado a desconocer los derechos humanos como sucede en los casos de violaciones de este tipo de derechos. De hecho, este debate sobre las precariedades de la acción de reparación directa para tramitar pleitos derivados de la violación de derechos humanos ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, quien ha criticado la ausencia total de parámetros en la jurisprudencia contencioso administrativa encaminados al reconocimiento de la violación de derechos humanos y, por ende, del contenido de los pactos y convenios de derechos humanos (Ituango, 2006).

En suma, la acción de reparación directa prevista por el ordenamiento interno no tiene la potencialidad de satisfacer los derechos de las víctimas por cuanto su enfoque parte de un supuesto distinto a las obligaciones estatales frente a los derechos humanos y por el contrario, se limita a verificar la ocurrencia de un daño imputable al Estado, independientemente de si los hechos constituyen o no violaciones de derechos humanos.

Las deficiencias descritas sobre la acción de reparación representan una obstrucción para el acceso a la justicia no sólo porque el mecanismo tiene un alcance limitado sino porque además, en la práctica es ineficiente e inadecuado tanto por el retardo excesivo en el trámite de los procesos como por la carga probatoria, pues ésta corresponde exclusivamente a las víctimas y no al Estado, quien se desentiende por completo de su responsabilidad para determinar si las reclamaciones elevadas por sus ciudadanos son o no ciertas.

### 2.1.1 Sobre el concepto de víctima

A diferencia de los criterios descritos en el acápite de los estándares utilizados por la Corte Interamericana, a nivel interno el parentesco con la víctima es el principal elemento de juicio para identificar a quienes han sido afectados con los hechos en discusión. En algunos casos los hij@s de crianza son reconocidos, pero la carga de la prueba corresponde a los demandantes.

La prueba que exigen los operadores judiciales en los procesos contencioso administrativos en

lo concerniente a quien o quienes se consideran víctimas de acuerdo con el parentesco con la víctima directa es el registro civil de nacimiento. No obstante lo anterior, además de los hijos, padres o hermanos, para efectos de acreditar la condición de cónyuge o compañero/a permanente el Consejo de Estado ha manifestado:

*“(...) En efecto, resulta razonable pensar que si se convive, por más de 20 años, con una persona a la que considera un hijo más, sin importar la existencia de vínculos de sangre, su muerte causará, tanto a los que se consideran padres como a los que han convivido con él como hermanos, un profundo dolor que permite considerar demostrado el daño moral (...)” (Consejo de Estado, rad. 14902, 2004).*

### 2.1.2 Perjuicios morales y daño en la vida en relación

El Consejo de Estado reconoce dos tipos de daños extrapatrimoniales: el daño moral y el daño en la vida en relación, siendo éste último, fruto de una evolución jurisprudencial. La indemnización por daño moral se entiende como satisfactoria y no reparatoria. En algunos casos se ha aplicado la presunción de daño moral pero esta no es una práctica constante en la jurisdicción contenciosa. El daño a la vida de relación era el viejo perjuicio fisiológico sufrido por la víctima, pero ahora se amplió a la alteración de las condiciones de vida de ésta y de sus padres, hijos y otros familiares que hayan visto trastornado su entorno por causa de los hechos. Este daño se debe probar.

La indemnización por perjuicios morales subjetivos, llamada también *pretium doloris*, busca remediar las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo. Es decir, los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de las víctimas y sus familiares, y los aspectos emocionales, psicológicos o afectivos de la per-

sona así como los provenientes del dolor físico producidos por una lesión. (Consejo de Estado, rad. 11892, 2000).

Respecto a la forma de tasación de los perjuicios morales, el Consejo de Estado ha dicho que el juez administrativo es autónomo para decidir su monto, acogiendo un criterio distinto a años anteriores, en que se seguían estrictamente los parámetros establecidos por el Código Penal: “visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral”. (Consejo de Estado, rad. 03160, 2001).

Subsiguientemente expresó:

“Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que *pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia*”. (Consejo de Estado, rad. 03160, 2001).

En lo concerniente a los daños en la vida en relación, se dice que un hecho produce un

daño a la vida en relación cuando con ocasión a él una persona ve afectada su forma de vida, la relación con su entorno, las personas y las cosas que lo rodean.

El daño a la vida en relación no se refiere exclusivamente a la imposibilidad de realizar actividades placenteras, también se trata de la imposibilidad o dificultad de realizar actividades simplemente rutinarias. No sólo se trata de la alteración de la vida social, sino también de la alteración de la relación de las personas con las cosas del mundo.

A esta conclusión ha llegado el Consejo de Estado después de entender que el daño extrapatrimonial no sólo se refiere al dolor o los sufrimientos que experimenta una persona con ocasión de un hecho dañino, sino también el que percibe por no relacionarse, por causa del daño, de la misma forma en que lo hacía antes de él.

El daño a la vida en relación no tiene como supuesto único la existencia de una lesión o afectación a la salud y puede experimentarse por causas diferentes a éstas. Es así que “se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física”. (Navia Arroyo).

Finalmente, este daño es susceptible de ser sufrido por la víctima directa y por personas cercanas a ella, como sus familiares más cercanos. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido: “*este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido*



*por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que -además del perjuicio patrimonial y moral- puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles”.* (Navia Arroyo).

### 2.1.3 Del lucro cesante y daño emergente

En lo concerniente al lucro cesante, en el nivel interno se refiere al detrimento patrimonial sufrido por las víctimas como consecuencias de los hechos, según los ingresos percibidos por cada una. No obstante los estudios y el nivel profesional no son tenidos en cuenta en el momento de determinar el ingreso base de liquidación. Cuando se trata de casos sobre homicidios y desapariciones, la liquidación se realiza a partir del ingreso base de la víctima y la expectativa de vida según tablas del DANE.

Dentro del lucro cesante, se liquidan dos tipos de indemnizaciones: *la debida y la futura*. En la primera se hace una indemnización con un ingreso base de liquidación (ingresos de la víctima) desde la fecha de los hechos hasta la presentación de la demanda, conciliación o sentencia, dependiendo del caso. En la segunda, se liquida desde la sentencia o aprobación de conciliación hasta la vida probable del cónyuge o compañer@ y para los hijos hasta los 18 o 25 años de edad, dependiendo

de si estudian o no. Si se demuestra que la víctima mantenía económicamente a otros familiares podría hacerse el mismo ejercicio por el término de la probabilidad de vida.

El ingreso base de liquidación para hacer el respectivo cálculo se actualiza al momento de presentar la demanda o de cancelar las indemnizaciones (dependiendo del caso) y se le resta el 25% porque este sería el monto empleado por la víctima para su propia manutención.

Estos criterios son aplicables en casos de ejecución o desaparición, pues en los demás, la liquidación cambia. En casos, por ejemplo, de detenciones se tiene en cuenta el tiempo de privación de libertad y el ingreso de la víctima. En otro tipo de afectaciones hay que demostrar específicamente cuáles fueron las pérdidas económicas.

En la jurisdicción contencioso administrativa no se aplica ningún criterio de equidad. La indemnización por lucro cesante es absolutamente rogada y su reconocimiento no se obtiene cuando falta alguno de los elementos probatorios exigidos por la justicia (prueba de ingresos, relación de pérdidas, etc.)

Tratándose de daño emergente tenemos que también son las cifras de dinero que han debido destinar los afectados para sufragar los gastos generados por los hechos y que no habrían salido de su patrimonio en ausencia de los mismos, pero la prueba de esta indemnización es formal y no hay presunciones.

Las costas y gastos son excepcionales y en general son una condena impuesta a la parte actora cuando se considera que ha desgastado la justicia con su actuación. No es una indemnización a cargo del Estado cuando se demuestra su responsabilidad.

### 3. Contrastes que se oponen o complementan

#### 3.1 Divergencias y discordancias

Los criterios y estándares expuestos demuestran las divergencias y convergencias de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos (SIDH) y los fallos del Consejo de Estado, órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativa en lo interno.

Del ejercicio realizado se pueden concluir varias cosas, que a la postre pueden derivar en propuestas de carácter práctico desde los proyectos de ley de reparación –administrativa y judicial- que intente el gobierno nacional, en el marco de una ley de víctimas.

Frente al alcance del derecho a la reparación integral es evidente que el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos concede y garantiza de manera amplia y algo desarrollada un alcance mayor del derecho a obtener reparaciones; en tal criterio se estima que las graves violaciones de los derechos humanos deben ser reparadas en su justa medida a la violación. Mientras tanto, como se vio supra, la acción de reparación directa en lo contencioso administrativo no es el recurso idóneo y efectivo para demandar al Estado por graves violaciones de los derechos humanos; y en esa medida, no se establece que a partir de tal acción se pueda establecer la responsabilidad del Estado por tales hechos, únicamente por fallas en el servicio, al margen de la grave responsabilidad de servidores públicos en su acción u omisión.

En lo concerniente a lo que se entiende como víctima o parte lesionada, se puede concluir que en los sistemas procesales se exige a la parte demandante que aporte prueba sufi-

ciente para determinar la situación de víctima, por cualquier medio probatorio, al margen de que tal exigencia es en mayor grado en el nivel interno.

Respecto del daño, fue claro que los perjuicios materiales tanto en el Sistema Interamericano como en la normatividad interna se dividen en lucro cesante y daño emergente, y a partir de lo probado en el proceso se determina la cuantía que debe pagar el Estado cuando es hallado responsable por las violaciones de los derechos humanos. Diferencia radical es el ítem de las costas del proceso; por cuanto es excepción que se condene en costas en el nivel interno, a contrario sensu en el Sistema Interamericano, donde la regla general es condenar en costas al Estado responsable internacionalmente de las graves violaciones de los derechos humanos contenidos en la Convención.

En lo concerniente a los perjuicios inmateriales, se tienen varias características, que en principio deber ser complementadas en cada uno de los sistemas de protección. Conceptos como perjuicios morales, daño en la vida en relación, el daño al proyecto de vida, que comoquiera que tienen fuentes, causas y consecuencias disímiles, pueden ser apropiadas en cada uno de los estándares, apropiándose del principio *pro homine*, para dotar a la víctima de mayores mecanismos de protección dada la gravedad de las violaciones de los derechos humanos que padeció.

De igual manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado debe apropiarse y aplicar con efectos reparadores, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, ya que como se dijo anteriormente, la acción de reparación directa no está destinada para juzgar las graves violaciones de los derechos humanos de responsabilidad del Estado a través de sus agentes, por acción u omisión; no es un recurso efectivo o idóneo.

### 3.2 Matices en el proyecto de ley de víctimas

Comoquiera que el actual gobierno nacional radicara el proyecto de ley 107 de 2010, llamada ley de víctimas, por medio de la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a víctimas de violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario y se establecen normas transicionales para la restitución de tierras, es necesario determinar y analizar los principales puntos de la ley y concatenar con lo planteado anteriormente sobre los estándares y criterios de reparación integral adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo de Estado.

#### Sobre el reconocimiento de la responsabilidad estatal

De acuerdo con la Convención Americana de Derechos humanos, los Estados partes deben velar por los derechos contenidos en el instrumento por dos vías; de garantía y protección. Por tanto, el Estado no sólo es responsable por las violaciones cometidas por los agentes estatales o sus instituciones; de igual manera por las violaciones realizadas por particulares cuando el Estado incumple su deber de garantía.

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por una violación a su obligación de protección o garantía tiene una doble importancia. Por un lado, se genera la obligación jurídica de reparar integralmente; por el otro, constituye *per se* una medida de satisfacción, al tenor de lo expuesto supra.

Muchas de las víctimas, a pesar de que aceptan algunas indemnizaciones por reparación, consideran que más importante que ello es que el Estado colombiano, o los agentes que hicieron los actos violatorios, acepten su responsabilidad

y a partir de allí pidan perdón por los actos cometidos; tal es la relevancia del reconocimiento de responsabilidad estatal, sea por su deber de protección, de garantía; por acción u omisión.

### 3.3 Asistencia humanitaria y servicios sociales: no tiene efectos reparadores, sólo es una respuesta a la emergencia

La asistencia humanitaria tiene tanto fuentes jurídicas y fácticas como consecuencias disímiles a la reparación integral y por tanto, nunca deben ser equiparadas como iguales o que en su defecto la una subsuma a la otra.

La asistencia humanitaria comprende todas las medidas que el Estado debe adoptar para evitar que esta situación de vulnerabilidad resulte en efectivas violaciones de los derechos que agraven aún más la situación de las víctimas. Un ejemplo de estas valiosas medidas se encuentra en el artículo 15 de la ley 387 de 1997 que dispone que el Gobierno Nacional adoptará las medidas de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas. Es evidente que la asistencia humanitaria tiene un carácter temporal, urgente y provisional.

Por ello la asistencia humanitaria no está únicamente ligada a violaciones de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario; también y en muchas ocasiones, el gobierno nacional, los departamentales o municipales, tienen partidas presupuestales destinadas a mitigar de manera provisional las necesidades de poblaciones vulnerables en razón de desastres naturales inesperados, entre otros.

Mientras tanto, la reparación busca atender las consecuencias de una violación de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario para las víctimas. Los servicios sociales son prestaciones en cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales, particularmente destinados a personas que se hallan en situación de pobreza o desamparo, pero que no encuentran su origen en la violación de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario sino en la estructura jurídico-política del Estado Social de Derecho plasmado en la Constitución de 1991. Los servicios sociales que por deber constitucional debe prestar el Estado, por ejemplo, se materializan en la construcción de escuelas, acueductos, alcantarillados, vías, etc.

Por tanto, no puede confundirse la situación de víctima frente a la del ciudadano; por cuanto si se establece que constituye reparación la ayuda humanitaria o la asistencia social, se le priva al ciudadano del común del acceso a las prestaciones sociales que debe prestar el Estado; en la práctica se obliga al ciudadano que debe constituirse como víctima de violaciones de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario para que pueda acceder a los servicios que la Constitución le dota sin importar su calidad o vulneración.

Un proyecto de medidas de atención y reparación para las víctimas en algunos apartes confunde, mezcla y embrolla tales conceptualizaciones, desviándose de lo que no sólo la Corte Constitucional, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH ha manifestado al respecto.

### **Prohibición de discriminar**

Comoquiera que se evidenciara en líneas anteriores que se encuentra prohibida cualquier

clase de discriminación en materia de derechos humanos o Derecho Internacional Humanitario, no puede el proyecto de ley discriminar determinadas víctimas, de acuerdo con su condición o la calidad del actor generador de la violación.

Los principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho a obtener reparaciones indican que deben aplicarse sin excepción “*las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo.*” Las víctimas adquieren el derecho a la reparación por la mera violación sufrida y con independencia de sus condiciones personales y de la calidad del victimario. Por tanto, miembros de grupos armados al margen de la ley o sus familiares que no participan de las hostilidades adquieren un derecho a la reparación cuando sufren daños por infracciones al derecho humanitario.

Es menester recordar que bajo tal argumento los casos –reiterados, frecuentes, generalizados y sistemáticos– de ejecuciones extrajudiciales por parte de agentes estatales contra la población civil provocaría consecuencias peligrosas, por cuanto los familiares de aquellos ejecutados no podrían, en el amparo de la presente ley, acceder al derecho a la reparación integral, por considerarse, hasta que se culmine el proceso judicial que dé cuenta de la responsabilidad penal de los servidores públicos, familiares de miembros de grupos armados al margen de la ley.

### **Referencias**

Beristaín, Carlos (2008). Diálogos sobre la reparación, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), (s.a.), Editorial Ibañez.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (19 de febrero de 2008). Lineamientos principales para una política integral de reparaciones, recuperado **1º de junio de 2011, de** <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Lineamientos%20principales%20para%20una%20pol%20C3%ADtica%20integral%20de%20reparaciones.pdf>

Consejo de Estado (14 de julio de 2004). C.P. Alier Eduardo Hernández, Enríquez, rad. 14902.

\_\_\_\_\_. (13 de abril de 2000). C.P. Ricardo Hoyos Duque, rad. 11892.

\_\_\_\_\_. (s.f.) C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, rad. 03160.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago.

\_\_\_\_\_. (2005). Caso Huilca Tecse Vs. Perú.

\_\_\_\_\_. (2005). Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador.

\_\_\_\_\_. (2005). Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador.

\_\_\_\_\_. (2005). Caso YATAMA Vs. Nicaragua.

\_\_\_\_\_. (2005). Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala.

\_\_\_\_\_. (2008). Caso La Rochela Vs Colombia.

\_\_\_\_\_. (2005). Caso Mapiripán Vs. Colombia.

\_\_\_\_\_. (2007). Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia.

\_\_\_\_\_. (2008). Caso Escué Zapata Vs. Colombia.

\_\_\_\_\_. (2010). Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia.

\_\_\_\_\_. (2011). Caso Gelman Vs. Uruguay.

\_\_\_\_\_. (2006). Caso masacres de Ituango Vs. Colombia.

Díaz Gómez, Catalina (2009) Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia).

Equipo Nizkor (8 de febrero de 2005). Principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, Organización de Naciones Unidas, recuperado el 1º de junio de 2011, de <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>

Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, ILSA (2007). *El derecho de las víctimas a la reparación integral. Balance y perspectivas.*

Naciones Unidas (28 de febrero de 1997). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Consejo Económico y Social. Sexto período de sesiones, Organización de Naciones Unidas, recuperado el 1º de junio de 2011, de <http://www.uncjin.org/Documents/6comm/16s.pdf>

Naciones Unidas (16 de diciembre de 2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho

de las víctimas de violaciones a las normas intencionales de derechos humanos y de derecho internacional de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, recuperado el 1º de junio de

2011, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>

Navia, Felipe. “Ensayo sobre la evolución del daño moral al daño fisiológico”, tesis de maestría, Universidad Javeriana, sin publicar.