

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.LA
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR
HECHOS DE TERCEROS Y SU INFLUENCIA EN LAS DECISIONES DE LA
JUSTICIA INTERNA**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO MELO
DIANA MARIA ROSERO MARTÍNEZ**

**Tesis de Grado para optar al título de
Abogado**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
PASTO,
2009**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.LA
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR
HECHOS DE TERCEROS Y SU INFLUENCIA EN LAS DECISIONES DE LA
JUSTICIA INTERNA**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO MELO
DIANA MARIA ROSERO MARTINEZ**

**Tesis de Grado para optar al título de
Abogado**

**IVAN FERNANDO ZARAMA CONCHA
Docente Asesor**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
PASTO,
2009**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son responsabilidad exclusiva del autor”.

Artículo 1 del Acuerdo No. 324 del 11 de Octubre de 1996, emanado por el Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño

NOTA DE ACEPTACION

FIRMA JURADO

FIRMA JURADO

A nuestros padres, por ellos
y para ellos todos nuestros esfuerzos

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	11
1 LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA COLOMBIANA	13
1.1 APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA	13
1.2 REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	16
1.2.1 El Daño Antijurídico	16
1.2.2 La Imputabilidad	18
1.3 TITULOS JURIDICOS DE IMPUTACIÓN	20
1.3.1 La Falla del Servicio	20
1.3.2 El Riesgo Excepcional	23
1.3.3 El Daño Especial	27
1.4 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL A LOS TITULOS JURIDICOS DE IMPUTACIÓN POR HECHOS DE TERCEROS	29
1.4.1 Condenas al Estado por Falla del Servicio	30
1.4.2 Condenas al Estado por Riesgo Excepcional	32
1.4.3 Condenas al Estado por Daño Especial	33
1.5 EL CONCEPTO DE VÍCTIMA	34
1.6 PERJUICIOS Y REPARACIONES	40
2 LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO	44
2.1 DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL	45
2.2 CLASES DE RESPONSABILIDAD	49
2.2.1 Responsabilidad Directa	49
2.2.2 Responsabilidad Indirecta	50
2.3 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO	51
2.3.1 Teoría Subjetiva	51
2.1.1 Teoría Objetiva	52
2.4 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO	53
2.4.1 El Hecho Internacionalmente Ilícito	53
2.4.2 Imputabilidad del Hecho al Estado	53
2.4.3 El Daño o Perjuicio	54
2.5 LA REPARACION COMO DEBER DEL ESTADO INFRACTOR	54
2.5.1 Clases de Reparación	55

3	LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	57
3.1	FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PARA LA CORTE INTERAMERICANA	59
3.2	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS DE TERCEROS	63
3.2.1	Ausencia de Prevención Razonable	65
3.2.2	Posición de Garante en Virtud de Competencias Institucionales	68
3.2.3	Posición de Garante en Virtud de Injerencia	70
3.3	EL CONCEPTO DE VICTIMA PARA LA CORIDH	72
3.3.1	¿Quiénes pueden ser víctimas?	73
3.3.2	Ampliación del concepto de víctima	74
3.4	PERJUICIOS Y REPARACIONES	75
4	LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LA CORIDH EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA COLOMBIA	80
4.1	LA REALIDAD DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA	81
4.2	LA INDEMNIZACION A LAS VICTIMAS DE VIOLACION DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA LEY 288 DE 1996	84
4.3	LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA COMO PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	87
4.3.1	Requisitos para que opere el bloque	89
4.3.2	Conceptos del bloque de constitucionalidad en <i>stricto y lato sensu</i>	90
4.3.3	Doctrina y jurisprudencia de Organismos Internacionales frente al Bloque de Constitucionalidad.	91
4.3.4	El Principio de Favorabilidad	94
4.3.5	Valoración del bloque de constitucionalidad en Colombia.	95
4.4	LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA COMO PRECEDENTE JUDICIAL	97
4.4.1	El Precedente judicial	98
4.4.2	El precedente judicial y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	101
5.	CONCLUSIONES	105
6.	RECOMENDACIONES	107
7.	BIBLIOGRAFIA	108

GLOSARIO

Corte Interamericana de Derechos Humanos, responsabilidad del Estado, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, falla del servicio, riesgo excepcional, daño especial, Imputabilidad, daño antijurídico, víctimas, reparación integral, derechos humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, obligaciones de respeto y garantía, posición de garante, debida diligencia, bloque de constitucionalidad, *lato sensu*, *stricto sensu*, principio de favorabilidad, principio *pro homine* precedente judicial.

RESUMEN

El régimen de responsabilidad extracontractual del Estado por hechos de terceros en Colombia, no funciona en estricto sentido como garante de los derechos humanos, lo que ha generado que en los últimos años Colombia haya sido fuertemente condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo anterior se hace necesario generar una acción de Estado, tendiente a garantizar el goce y ejercicio pleno de éstos derechos, con miras a que Colombia deje de ver comprometida su responsabilidad internacional. Para esto es necesario que la justicia administrativa interna tenga en cuenta los criterios de responsabilidad asumidos por el Tribunal Interamericano, que por un lado hacen parte del Bloque de Constitucionalidad *Stricto Sensu*, pero que además son precedente judicial, constituyendo un criterio hermenéutico relevante de interpretación para los jueces colombianos, que no puede ser desconocido en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad (*principio pro homine*) en materia de derechos humanos.

ABSTRACT

In Colombia, the development about the concept of state's extra contractual responsibility by acts of thirds, does not work strictly such as a supporter of Human Rights, which has generated strong sentences from the " Inter American Human Rights Court" against Colombia in the last years.

Because of that, is necessary to generate a state's action, moving into guarantee the full exercising and possession of these rights, tending to stop the constant declaratory of international responsibility against Colombia. Therefore, it is necessary that the internal administrative justice adapts the discernment of responsibility applied for the Interamerican Tribunal, which not only makes part of the "Constitutional Block Stricto Sensu", but is included by the judicial precedent as well, representing a relevant hermeneutic criterion of interpretation for the colombian judges. Finally, this articulation of domestic and international concepts of state responsibility cannot be unknown due to the application of the "favourability principle" (pro homine principle) which obligates the state to obey and respect.

INTRODUCCION

En la actualidad el fenómeno de la globalización del derecho, y más específicamente del derecho internacional de los derechos humanos, ha ido creando la conciencia mundial del respeto hacia los mismos, por encima de las costumbres o las leyes nacionales. El debate ha sido propiciado en gran medida por organismos internacionales de protección de derechos humanos, que debido a los altos índices de violación a tales derechos que todavía se presentan, han desarrollado un marco normativo que permite la salvaguarda de éstos.

Ejemplo claro de lo anterior es la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que presenta grandes innovaciones en procura del respeto y garantía de los derechos contenidos en el Pacto de San José.

Concretamente en el caso colombiano, las sentencias contra el Estado por violaciones a los derechos humanos proferidas por el Tribunal Interamericano no se han hecho esperar, siendo el común denominador que las violaciones son producto de hechos desplegados por terceros, lo que ha traído consigo, el cuestionamiento acerca de si los recursos internos son o no los adecuados para la protección de los derechos humanos, y que medidas deben tomarse para evitar que el Estado siga siendo condenado internacionalmente.

Es por esta razón que el presente trabajo analiza la convergencia entre el sistema colombiano de responsabilidad del Estado por hechos de terceros, y el que se ha venido aplicando en el sistema interamericano de derechos humanos, que es ampliamente garantista, a fin de establecer que tan vinculante es la jurisprudencia de la Corte Interamericana para las decisiones de la justicia administrativa interna, en procura de que el Estado Colombiano deje de ver comprometida su responsabilidad internacional.

En este entendido partimos del hecho de que si bien es cierto que el Estado adquiere un compromiso respecto del cumplimiento y la efectividad de la Carta de derechos que en su Constitución Política consagra y en los tratados ratifica, y que las decisiones judiciales fundamentadas en ellos tienen carácter constitucional, no es menos cierto que éstas son tan vinculantes y obligatorias como lo sería cualquier decisión tomada por un tribunal internacional de competencia reconocida por Colombia.

Para esto, en primera medida partimos de la estructura y funcionamiento del régimen de responsabilidad estatal interno, cuando los daños causados a particulares son consecuencia de hechos de terceros, para compararlo con los postulados asumidos por la Corte Interamericana, concretamente frente a tres elementos: el régimen de responsabilidad propiamente dicho, el concepto de

víctima y las reparaciones, encontrando en esto las principales divergencias entre uno y otro sistema.

Teniendo como base lo anterior, es decir, las diferentes maneras en que surge responsabilidad del Estado tanto nacional como internacionalmente, y la protección a los seres humanos como eje fundamental de dichos sistemas, pasamos al estudio de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la justicia administrativa colombiana, pues si bien es cierto que Colombia ha tomado ciertas medidas en procura de que los derechos violados sean debidamente reparados, aún se presentan inconvenientes que generan indudablemente, la falta de credibilidad en el sistema interno, y consecuentemente, la declaratoria de responsabilidad del Estado en instancias internacionales.

1. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA COLOMBIANA

1.1 APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado en Colombia sufrió significativas modificaciones tras la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, y la consagración expresa de una cláusula general de responsabilidad del Estado que la misma establece en su artículo 90.

Al respecto, cabe señalar que el período que antecedió la expedición de la Carta Política de 1991, se caracterizó por la inexistencia de una disposición normativa sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, razón por la cual éste tema tuvo un desarrollo eminentemente jurisprudencial, basado en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886 que establecía lo siguiente:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los Particulares.”

Con lo anterior, los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano tratados por la jurisprudencia eran: la falla del servicio probada, la falla del servicio presunta y los regímenes no condicionados a la falla o falta del servicio de la administración, siendo constante el predominio de la responsabilidad estatal derivada de la aplicación de la teoría de la falla del servicio, gracias al amplio desarrollo que de ésta realizó el Consejo de Estado desde 1964¹, y que, se reitera, tuvo su principal sustento en el precepto constitucional que establecía las funciones y obligaciones estatales frente a los administrados².

Respecto a los regímenes de responsabilidad sin falla, es decir, aquellos en que se deduce responsabilidad del Estado sin que medie una actitud reprochable de éste³, su aplicación fue limitada, pues se entendía que éstos eran excepcionales y supeditados a la inaplicabilidad de la falla del servicio. El Consejo de Estado en el período referido, desarrolló cuatro regímenes sin falla a saber: El riesgo excepcional para determinar la responsabilidad objetiva del Estado en casos de

¹ El Decreto 528 de 1964 atribuyó al Consejo de Estado la competencia para conocer los asuntos que tuvieran como origen una actuación de la Administración

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 1967. C.P: Carlos Portocarrero Mutis. Citada por: HENAO PEREZ, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Libro I. Jornadas Colombo – Venezolanas de Derecho Público. Pág. 749.

³ Ibíd. Pág. 760.

redes de conducción de energía⁴, la responsabilidad por perjuicios ocasionados por la ocupación de inmuebles por trabajos públicos, la responsabilidad derivada del almacenaje de mercancías en bodegas oficiales y la originada por el daño especial⁵.

A diferencia de lo que ocurría antes de 1991, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, la justicia administrativa encontró en el artículo 90 un soporte para sustentar sus decisiones respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado. El artículo en mención establece:

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

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

El inciso primero de ésta norma trajo consigo cambios sustanciales frente al tema que nos ocupa. En primer lugar, es de resaltar que por primera vez, se consagra constitucionalmente en Colombia el principio general de responsabilidad patrimonial de la administración, sin necesidad de derivarlo de otros principios legales.

Sin embargo, no hay duda que el aporte más importante de éste precepto constitucional radica en fundamentar la responsabilidad del Estado en el daño antijurídico, apartándola del elemento subjetivo, así como la consagración expresa de la imputabilidad como requisito básico para condenar al Estado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que cause.

La importancia del artículo arriba citado, por los cambios que introdujo en la materia, se confirma en sentencia con ponencia del Dr. Hernández Enríquez al establecer:

“De otra parte, no puede olvidarse que, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el derecho colombiano cuenta con una norma de responsabilidad del Estado, a cuyo mandato debe atenerse el fallador. No parece prudente en esas circunstancias, recurrir indiscriminadamente a las teorías que, con criterios de agrupación casuística, elaboró la jurisprudencia anterior a la nueva Carta Política. Debe buscarse en la nueva norma un sustento común de la responsabilidad administrativa, para lo cual es

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de febrero de 1984. C.P: Eduardo Suescún. Expediente No. 2744

⁵ HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano. Conferencia dictada en el Seminario Internacional “Jurisdicción Contencioso Administrativo y Responsabilidad del Estado”. Bogotá: Consejo de Estado, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Embajada de Francia, Noviembre de 2000.

necesario precisar el alcance de sus elementos, la imputabilidad y el daño antijurídico”⁶.

Por lo anterior han surgido diferentes criterios y teorías respecto al régimen de responsabilidad que el artículo bajo estudio consagra, ya que unos opinan que no ha variado en nada el régimen y sigue prevaleciendo el criterio subjetivo al momento de atribuir responsabilidad al Estado; otros por su parte sostienen que lo que se ha establecido es una responsabilidad objetiva del Estado Colombiano, mientras que otro grupo afirma que aunque no se puede hablar de una responsabilidad totalmente objetiva sí se presenta con este artículo 90 una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad, es decir, que ya no se tiene como régimen común de responsabilidad el de la falla probada del servicio, sino que el régimen común ahora de responsabilidad es el de aquellos sistemas objetivos, sin falta o sin culpa⁷.

Al respecto, se destaca que en un principio el Consejo de Estado entendió que la disposición del artículo 90 superior establecía un régimen de responsabilidad objetivo, esto se corrobora con lo afirmado por ésta Corporación en sentencia con ponencia del Dr. Uribe Acosta del año de 1991 donde se dijo:

“Debe recordarse que a la luz de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, el Estado debe responder “...Patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del Constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacía la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la Administración, el daño sufrido por el particular.

No hay duda de que a partir del texto constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo objetiva, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actividad administrativa lícita”⁸.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2000. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente No. 11878

⁷ IRISARRI BOADA, Catalina. El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. (Trabajo de Grado). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2000. Págs. 61 y 62.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 1991. C.P: Julio Cesar Uribe Acosta. Expediente No. 6789

Sin embargo, y pese a haberse adoptado en primera medida una posición objetiva de la responsabilidad estatal, para 1993 esta tendencia inicial fue reevaluada por el Consejo de Estado, al manifestarse que pese a la influencia objetiva que daba este artículo, la responsabilidad seguía siendo subjetiva⁹.

1.2 REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Como se explicó anteriormente, del principio consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política se desprenden dos elementos o requisitos que deben observarse para que se configure la responsabilidad del Estado y por tanto sea dable imponer una condena al mismo, esto es, la existencia de un daño antijurídico y que dicho daño sea imputable a una persona de derecho público; elementos que deben ser analizados para determinar cuáles son los criterios que utiliza la justicia administrativa Colombiana para atribuir responsabilidad al Estado, cuando los daños son producto de actuaciones realizadas por terceros ajenos a éste.

1.2.1 El Daño Antijurídico

Como se ha dicho, éste concepto, tras su incorporación en la Constitución Política de 1991, modificó la noción de la responsabilidad extracontractual del Estado, pues ésta entra a determinarse en razón de la existencia de un daño, dejando de lado el aspecto subjetivo relacionado con la culpa de quien lo ocasione. Este factor resulta determinante no solo para establecer la responsabilidad, sino también para indemnizar los perjuicios sufridos por las víctimas.

Pese a lo anterior, la culpa sigue siendo relevante, entre otras cosas, para saber si es posible que el Estado repita contra el servidor público, es decir que dirija una acción en su contra para que retribuya lo que por su culpa o dolo se debió pagar por concepto de indemnización. Así lo afirma el Doctor William René Parra Gutiérrez:

“Por este motivo la doctrina ha dicho que nos hallamos frente a un tipo de responsabilidad patrimonial objetiva, pues se mira es al ciudadano y no el tipo comportamental de la administración (...) Por eso excluimos el culpabilísimo administrativo, para concluir la responsabilidad sin perjuicio de que al interior de la administración pública se efectúen juicios de valor sobre el dolo o la culpa grave del funcionario que promovió el daño, entre otras cosas para que

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 julio de 1993. C.P: Juan de Dios Monetes. Expediente No. 8163

se concluya en su responsabilidad al revertir al Estado, lo que a éste le haya tocado pagar por concepto de indemnización”¹⁰.

De tal suerte, el régimen común de responsabilidad pierde su carácter eminentemente subjetivo, dando cabida a lo que cierto sector de la doctrina ha denominado: la objetivización de la responsabilidad estatal.

La Doctrina le ha atribuido algunas características o requisitos al daño para que éste pueda configurarse como tal y consecuentemente pueda dar origen a la responsabilidad del Estado. Principalmente se mencionan tres requisitos esenciales a saber:¹¹ Primero, es necesario que el daño que presuntamente ha acaecido, se le adjudique a una persona determinada como perjudicado o víctima, sea esta jurídica, natural o incluso a un colectivo de personas, pero que sean estas siempre determinadas; Segundo, debe ser cierto, es decir que debe demostrarse que efectivamente el daño ocurrió, señalando las circunstancias de modo, tiempo y lugar que dieron origen al mismo, aun cuando no se lo ha podido cuantificar; y tercero, el perjuicio debe ocasionarse a un bien jurídicamente tutelado, para que pueda pretenderse su reparación.

A lo anterior es posible agregar un cuarto elemento que hace relación a que el daño aun no haya sido reparado integralmente, pues una vez que el Estado indemnice a la persona perjudicada desaparece su responsabilidad.

En cuanto a la antijuridicidad del daño, la doctrina española, fue la primera en desarrollar este concepto. El profesor García de Enterría al elaborar un proyecto de ley de expropiación forzosa para España, toca este tema manifestándose acerca del perjuicio antijurídico como aquel “que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud (...) todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto (a una Administración en nuestro caso) será una lesión, un perjuicio injusto, que por la propia virtualidad de esa última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil”¹².

En atención a esto, existirán casos en los que evidentemente se produzca un daño, pero que este no sea antijurídico, por tal razón es preciso diferenciar en qué medida un daño resulta antijurídico o no. La Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996 explicó claramente la manera de determinar si el daño ocasionado es o no antijurídico de la siguiente manera:

¹⁰ PARRA GUTIERREZ, William René. Responsabilidad Patrimonial Estatal. Daño Antijurídico. Grupo Editorial Pretextos. Universidad Autónoma. 2003.

¹¹ BUSTOS ZALAMEA, Miguel Antonio. MOSQUERA MOLINA, Jorge Vladimir. Responsabilidad del Estado por Derrames en la Actividad Petrolera. (Trabajo de Grado). Pontificia Universidad Javeriana. 2003.

¹² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. Madrid: Editorial Civitas, 2006.

“La fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del actor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual este se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño que pueden contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”.

Entonces el Estado únicamente responderá por los daños antijurídicos que cause y en tal sentido, será antijurídico aquel daño que, quien lo sufre no está obligado a soportar.

Según la doctrina del profesor Martín Bermúdez¹³, existen dos eventos en los que la víctima está obligada a soportar el daño. Primero, cuando existe una causa que obliga al perjudicado a recibir el daño, como las establecidas en la ley; la legítima defensa, el consentimiento de la víctima o los casos en los que no se afecta un bien legítimamente protegido; El segundo evento hace relación a aquellas circunstancias en las que el daño no excede las cargas comunes que implica vivir en sociedad.

El Consejo de Estado desarrolla en su jurisprudencia los criterios según los cuales el Estado no resulta responsable, a pesar de acreditarse la existencia de un daño porque o bien la víctima, en razón de las circunstancias particulares del caso, se encontraba obligada a soportar la carga, o bien porque el daño generado no es superior al que deban soportar los demás ciudadanos en las mismas circunstancias.

En conclusión, cuando se hace alusión al daño antijurídico, se relaciona a la inexistencia de una justificación prevista por el ordenamiento jurídico para causar un detrimento esencialmente patrimonial a una determinada persona. Así, si el Estado, fruto de su actuar, produce un daño debe responder por éste, y el elemento antijurídico no se predica únicamente de la conducta del agente del Estado, sino que indica el ámbito de los derechos jurídicamente tutelados; cuando uno de ellos resulte vulnerado, se asume que hay un daño antijurídico.

1.2.2 La Imputabilidad

Como ya se ha manifestado, es éste otro de los elementos necesarios para conseguir la declaración de responsabilidad, pues el Estado solo responderá por los daños que le sean tanto jurídica como físicamente atribuibles y lograr así, la indemnización de los perjuicios que su acción u omisión causen.

¹³ BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. Responsabilidad de los Jueces y del Estado. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1998.

La imputabilidad consiste en la atribución jurídica -*imputatio juris*- que del daño se hace a la administración pública, para lo cual es necesario determinar si la actuación de la administración tuvo o no un nexo con el servicio. El Consejo de Estado al respecto ha manifestado:

“Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”¹⁴

Puede decirse por tanto, que la imputación es atribuir el daño padecido por la víctima al Estado, convirtiéndose por tanto en una condición *sine qua non*, para hacer responsable patrimonialmente a éste último.

Con relación a éste requisito, el Consejo de Estado lo establece en un doble nivel, a saber: en primer lugar, un nivel de imputabilidad fáctica y en segundo lugar, un nivel de imputabilidad jurídica.¹⁵

Ésta Corporación al respecto ha manifestado:

“La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas)”¹⁶

El nivel de imputabilidad fáctica corresponde a la existencia de un nexo de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el daño reclamado, nexo que se puede predicar tanto de la acción como de la omisión de las autoridades en el cumplimiento de las funciones públicas asignadas por la ley o por la Constitución.

Frente al tema que nos ocupa, esto es, el de responsabilidad estatal por hechos de terceros, es de resaltar que el Consejo de Estado ha dedicado gran parte de sus fallos al análisis de la causalidad por omisión y ha dicho que en estos eventos normalmente el daño lo causa un particular, y siendo así, existiría en principio, una

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de septiembre de 1999. C.P: Ricardo Hoyos Duque. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXIX. No.338. Pág. 251.

¹⁵ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Op. Cit. Pág. 10

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de septiembre de 1999. C.P: Ricardo Hoyos Duque. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Op. Cit.

causal de exoneración de responsabilidad. Sin embargo el Estado puede resultar comprometido cuando quiera que ha omitido el cumplimiento de un deber y, siempre y cuando, se estime que de haberse cumplido el deber omitido el proceso de causación del daño pudo haberse interrumpido¹⁷.

Por su parte, el nivel de imputación jurídica hace referencia a la necesidad de aplicar títulos jurídicos de imputación al caso concreto, es decir, las razones jurídicas por las cuales se está en la obligación de resarcir el daño.

1.3 TÍTULOS JURIDICOS DE IMPUTACIÓN

Si bien a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, los criterios de responsabilidad del Estado sufrieron algunas modificaciones, principalmente por entender que el daño antijurídico es el fundamento de la responsabilidad, esto no significa que deba desecharse del todo los criterios utilizados con anterioridad, mas aun si se tiene en cuenta que se han seguido aplicando los mismos títulos jurídicos de imputación que daban fundamento a la responsabilidad antes de 1991.

El estudio de los títulos jurídicos de imputación permite tener una visión clara sobre los casos en los cuales se puede esperar razonablemente que el Estado responda por los daños antijurídicos que ha causado, mas aun si se parte del hecho de que toda actividad desarrollada por el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, pues en el desarrollo de sus funciones es posible causar perjuicios a los administrados.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el tema central del presente trabajo es la responsabilidad del Estado por hechos de terceros, basta con estudiar el concepto y características de los títulos de imputación que en estos casos ha utilizado el Consejo de Estado, esto es: la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.

1.3.1 La Falla del Servicio

La teoría subjetiva de responsabilidad estatal o falla del servicio, se fundamenta en la consideración de que al Estado le corresponde como función esencial, prestar a la comunidad los servicios públicos para satisfacer las necesidades más importantes de ésta, por tanto cualquier daño ocasionado por irregularidades o deficiencias en los servicios debe ser reparado.

Según Ricardo Hoyos Duque, la responsabilidad “no depende de la falta del agente. Puede surgir en forma suficiente, por la mala conducción del servicio o funcionamiento defectuoso que causa el daño, apreciado objetivamente, según las

¹⁷ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alíer Eduardo. Op. Cit. Pág. 11

circunstancias del hecho. Se requiere una falta del servicio, esto es un hecho antijurídico que causa agravio a los administrados. Esta es diferente del mero hecho del servicio, que se acerca más a la Teoría del Riesgo”¹⁸.

Como ya se ha dicho, si bien la naturaleza del régimen de responsabilidad en Colombia a partir de 1991 tiene como eje central el daño antijurídico, ello no significa que la teoría de la falla del servicio haya perdido importancia, más aún si partimos del hecho que éste, sigue siendo el título más utilizado para condenar al Estado en materia extracontractual. Lo anterior ha sido reiterado por el Consejo de Estado, al manifestar que la consagración del concepto de daño antijurídico no implica la objetivización de la responsabilidad estatal, ni tampoco la caída en desuso de la teoría de la falla del servicio, sino que, por el contrario, amplía el campo de aplicación de esta última.¹⁹

La aplicación de ésta teoría de origen francés, tiene su justificación en la necesidad de explicar que la responsabilidad estatal tiene un fundamento diferente a la responsabilidad civil, toda vez que la indemnización a la que está obligada la administración al ser condenada, no depende de si el empleado que causó el daño era identificado o no, sino que por el contrario, basta con demostrar la falencia de la administración, esto es que hubo una falta, falla o retardo injustificado.

De lo anterior se desprende que la falla del servicio es anónima, pues se reitera, no se detiene en el análisis del funcionario que actuó, sino en la función misma, pues es ésta la que representa el servicio público que debe satisfacer la administración.

Para el Consejo de Estado, la falla del servicio se presenta cuando la administración actúa de forma irregular y culposa, es decir, que la demostración de una acción u omisión constitutiva de la falla del servicio imputable a una entidad oficial, determina si el asunto se maneja por el sistema de la falla del servicio probada²⁰.

Ésta Corporación también la ha definido como aquella que se presenta cuando el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente, o mejor aún, cuando se viola por parte de la administración el contenido obligacional a su cargo.

¹⁸ HOYOS DUQUE, Ricardo. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.. Bogotá: Temis, 1984. Pág. 41

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 1993. C.P: Carlos Betancourt Jaramillo. Expediente No. 7429.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 julio de 1993. C.P: Juan de Dios Monetes. Op. cit.

Ahora bien, los presupuestos o requisitos para que se configure la responsabilidad del Estado por falla son: la ocurrencia del hecho, el daño o perjuicio sufrido por la víctima, y finalmente, el nexo de causalidad entre los dos requisitos anteriores²¹.

a) El hecho dañoso o falla del servicio

Respecto al primero de los elementos arriba referidos, es decir la ocurrencia del hecho dañoso, éste se ha entendido como la falla del servicio de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia total del servicio, causado como se expuso anteriormente, por la violación del contenido obligacional a cargo del Estado, contenido obligacional que acogiendo los criterios del Consejo de Estado, se puede derivar de textos específicos como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también de deberes específicos impuestos a los funcionarios y el Estado, o de la función genérica que tiene el Estado, consagrada en la Constitución Política en el artículo segundo, el cual en su segundo inciso establece que las autoridades de la república está instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares²².

Este elemento es fundamental para la declaración de responsabilidad, por lo cual, el afectado debe probar la ocurrencia de dicha falla para conseguir una indemnización. Al respecto, la jurisprudencia ha entendido, que el actor debe probar no solo que se produjo un hecho dañoso, sino también, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrió. Así lo ha entendido el Consejo de Estado al decir:

“El afectado al momento de pretender una indemnización, debe probar la ocurrencia de dicha falla, pues en caso de que no lo haga, sus pretensiones serán desechadas y no logrará la indemnización. Debe por tanto probarse las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se suponen fueron la causa del perjuicio, es decir, el demandante no sólo debe probar cómo se produjeron los hechos que supone constitutivos de la falla, sino cuándo y dónde ocurrieron ellos”²³.

b) El Daño Antijurídico

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 1990. C.P: José Antonio de Irizarri. Expediente No. 3510.

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2000. C.P: Alier Hernández Enríquez. Expediente No. 5887

²³ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 16 de Septiembre de 1999. C.P: Ricardo Hoyos Duque. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXIX. Número 338. Pág.251.

Frente al segundo requisito, esto es, el daño o perjuicio sufrido por la víctima, implica la lesión a un bien protegido por el derecho, consistiendo en un menoscabo al patrimonio del afectado, o en las lesiones que afectan sus bienes extra patrimoniales y que pueden consistir ya sea en el daño moral o en daños fisiológicos, resaltando que como ya se expuso, éste daño debe reunir las características generales del daño indemnizable, esto es, que sea cierto, determinado o determinable.

c) Nexos de causalidad

Finalmente para la configuración de la falla se requiere la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido, es decir, entre la falla de la administración y el daño, sin lo cual, aún demostrada la falla del servicio no habría lugar a indemnización, pues la lesión debe ser consecuencia directa del hecho que se endilga al Estado²⁴.

Vale la pena resaltar que la teoría inicial de la falla del servicio tuvo una importante variante: la falla presunta del servicio. Esta teoría surgió para aligerar la carga probatoria del particular, en los casos en que era muy difícil probar la falla de la administración. En este entendido, al particular le bastaba con probar el daño, la acción de la administración y el nexo causal, presumiéndose la falla del ente público. Siendo así, era éste el encargado de desvirtuar dicha presunción, bien sea demostrando ausencia de la falla o una causal eximente de responsabilidad.

Frente a la falla del servicio, es de resaltar que actualmente, éste sigue siendo el régimen común para atribuir responsabilidad extracontractual al Estado por sus actuaciones irregulares, en consecuencia, al momento de estudiar cada caso concreto, el juzgador debe analizar en primer lugar, si es dable aplicar el título de responsabilidad subjetivo, si la respuesta es negativa, solo entonces, será posible acudir a los regímenes objetivos, que en todo caso resultan subsidiarios y excepcionales.

1.3.2 El Riesgo Excepcional

Como la falla del servicio no siempre fue suficiente para determinar la responsabilidad administrativa por el daño ocasionado a una persona, tanto la doctrina como la jurisprudencia crearon una teoría en la cual el concepto de falla del servicio no se tiene en cuenta. Se trata de un régimen que también supone la existencia de un hecho y del perjuicio causado por éste pero que hace irrelevante la tipificación de la falla del servicio. Este régimen trata de complementar la teoría subjetiva de la responsabilidad.

²⁴ PÉREZ SINITABÉ, Luís Humberto. Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial Leyer, 2002. Pág. 22

La teoría del riesgo excepcional es una de aquellas que evidencia la tendencia objetivizante de la responsabilidad estatal a partir de 1991. Éste régimen al igual que el daño especial se consagra para aquellos eventos en los cuales el Estado compromete su responsabilidad sin que medie una actitud reprochable de éste. Hablamos entonces, de una actividad lícita de la administración, de la cual, pese a no constituirse un funcionamiento tardío, ineficiente o inexistente, se deriva la causación de un daño a un miembro de la colectividad.

Estas teorías tienen su fundamento en el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de nuestra Constitución Política y en el principio de derecho público según el cual, el individuo no tiene el deber jurídico de soportar cargas especiales en pro del beneficio común. En este entendido, lo que se pretende, es que exista un equilibrio en las cargas públicas soportadas por los particulares, de tal manera que el Estado responda por los perjuicios que se causen a una persona en lo patrimonial o personal, cuando en el desarrollo de sus actividades lícitas, genere un riesgo anormal que rebosa las cargas que como administrado debe tolerar.

El Consejo de Estado aplicó por primera vez esta teoría en 1984, donde se acepta explícitamente dar a los casos de redes de conducción de energía un tratamiento de responsabilidad objetiva, considerando que existen casos especiales en donde la colectividad se ve sometida a riesgos de naturaleza excepcional en virtud de la prestación de algunos servicios públicos, en especial aquellos que involucran actividades peligrosas.²⁵

Posteriormente, en 1989, se estableció que el Estado es responsable cuando en desarrollo de una obra o de la prestación de un servicio público, utiliza medios que representan un riesgo excesivo para los administrados, y que supera los límites de lo que deben soportar normalmente como contrapartida por los beneficios que recibirán de la ejecución de la obra o prestación del servicio.²⁶

En la misma sentencia, el Consejo de Estado definió claramente ésta teoría en los siguientes términos:

“Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de febrero de 1984. C.P: Eduardo Suescún. Expediente No. 2744.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989. C.P: Antonio José de Irisarri. Expediente No. 4655

contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”.

“Tiénesse entonces que, según esta concepción, siempre que la actividad generadora del riesgo se cumple en provecho de la colectividad, las cargas que de aquellas pueden derivarse, no deben gravar mas a unos ciudadanos que a otros. No sería lógico al efecto, que al tiempo que la administración se lucra de un servicio público, se empobrezca paralelamente a un administrado. Es la aplicación del aforismo - *ubi emolumentum ibi onus esse debet* -, según el cual, cualquiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de éstos derivan. En otras palabras, es el precio que fatalmente debe pagar el Estado frente a la modernización de los servicios a su cargo y que se traduce en una protección especial y excepcional del patrimonio lesionado”²⁷.

De lo anterior, se derivan los requisitos que deben cumplirse para la configuración de éste régimen de responsabilidad, a saber:

- a) El ejercicio de una actividad riesgosa o potencialmente peligrosa

La actividad peligrosa puede ser definida como aquella que, una vez desplegada su estructura o compartimiento, genera más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo, un hombre común y corriente²⁸.

De acuerdo con lo anterior, nos encontramos frente a una actividad peligrosa cuando una persona natural o jurídica, genera mayor posibilidad de causar un daño a los ciudadanos, a quienes no les corresponde soportar dicho perjuicio.

En sentencia del 13 de septiembre de 2001, el Consejo de Estado la define como aquella que genera la inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos. Hablamos entonces de una actividad que genera tal desequilibrio, que pone a los ciudadanos en situación de inminente peligro de sufrir un daño²⁹.

Lo anterior encuentra justificación en el postulado que sostiene que si la actividad está catalogada como peligrosa, la línea de la tolerancia tiene que bajar frente a

²⁷ Ídem.

²⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad Civil. Tomo1. Numero 143 Bogotá: Editorial Temis, 1999. Citado por: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y RAMIREZ GÓMEZ, Andrés Armando. El Concepto de Actividad Peligrosa en el Derecho Administrativo Colombiano. Opinión Jurídica, Universidad de Medellín. Volumen 5. Número 009. Medellín, 2006. Pág. 108.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001. C.P: Jesús María Carrillo. Expediente No. 12.487.

las precauciones que deben ser tomadas, esto es, a mayor riesgo en el desempeño de una tarea, mayores cuidados han de procurarse³⁰.

b) El daño antijurídico

El riesgo creado por la administración en los términos arriba referidos, debe materializarse en un daño antijurídico e indemnizable. En este sentido, lo que hace que el daño sea antijurídico no es solamente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas, sino que además, involucra el riesgo creado por la actividad peligrosa, pues es evidente, que éste régimen se estableció para condenar al Estado en los casos especiales en los que tal rompimiento se deriva del riesgo excepcional creado por el Estado y que finalmente se materializa.

De la misma manera, se tiene que dichas actividades denominadas riesgosas, por lo general representan un provecho económico para quienes las asumen, lo que deviene en que si se obtiene ganancia económica poniendo en riesgo a la población, es apenas lógico que sea quien se beneficia de esta puesta en peligro del conglomerado, quien deba asumir el riesgo cuando el siniestro efectivamente se presenta. Es a esto a lo que se le ha llamado, *ubi emolumentu, ubi onus*³¹.

c) Relación de causalidad entre el daño y la actividad

Para condenar al Estado bajo este régimen, debe probarse que el daño es consecuencia directa del riesgo creado en ejercicio de una actividad lícita de la administración. En este sentido, para exonerarse de responsabilidad, la administración debe desvirtuar el nexo de causalidad, alegando bien sea la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. No se considera eximente de responsabilidad el caso fortuito, pues tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado, éste hace parte de la estructura misma de la actividad peligrosa exigida, de forma que vincula a quien la está ejerciendo, al respecto señaló esta Corporación:

“Y es que la distinción entre la fuerza y el caso fortuito adquiere su mayor interés dentro del marco de la responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. La fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos, al paso que el caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado por cuanto, precisamente, la causa inmediata del daño es imputable de todas maneras a la estructura misma de la cosa o actividad por la cual debe responder el demandado. Si bien la causa desconocida demuestra la

³⁰ COLLAZOS ALARCON, Carlos Jorge. Consideraciones Sobre la Responsabilidad Extracontractual sin Falta de la Administración. Devis Granados y Abogados Asociados. Bogotá. 2008. En: <http://www.devisabogados.com/>

³¹ Ídem.

ocurrencia de culpa del demandado, por no serle exterior, no suprime la imputabilidad del daño”³².

1.3.3 El Daño Especial

Se presenta un daño especial cuando el Estado, en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro del marco de sus competencias, produce con su actuación perjuicios a los administrados, perjuicios que son especiales y anormales, pues implican una carga adicional a la que comúnmente se debe soportar por el hecho de vivir en sociedad. Se fundamenta pues ésta teoría, en la existencia de un equilibrio e igualdad frente a dichas cargas, por tanto en el momento en que, así sea por el obrar legítimo de la administración, se pierda ese principio de igualdad, el Estado debe responder si su actuación es generadora de algún perjuicio.

Siguiendo los postulados del profesor José Fernando Gómez, podemos decir que en la configuración del daño especial, “se acepta la legalidad de la actuación, su regularidad, oportunidad y eficiencia, pero eso no quiere decir que no se reproche la anormalidad y desproporcionalidad de la carga pública que padece el asociado. La teoría del daño especial corresponde a la tesis sobre ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas, en la que con independencia de si se ha cometido o no una determinada falla por parte de la Administración, ésta es llamada a responder cuando se altera ese principio de igualdad frente a las cargas ciudadanas que se supone debe primar y prevalecer en toda actividad social frente al Estado”³³.

Ahora bien, para que surja la responsabilidad del Estado por daño especial, es necesario que concurren tres factores, primero, una actuación u omisión legítima del Estado; segundo, que se produzca en cabeza de un particular un desequilibrio frente a las cargas públicas; y tercero, que entre la actuación estatal y el rompimiento de la igualdad de cargas exista un nexo de causalidad.

a) Actuación u omisión legítima por parte del Estado

Como se manifestó anteriormente, la razón de ser de los regímenes objetivos de responsabilidad, se fundamentan en que la actuación de la administración que genera el daño no es reprochable, esto es, que no admite reparos desde el punto de vista normativo.

Es claro entonces, que para que se configure el daño especial, es indispensable que la administración no haya incurrido en una falla del servicio, pues de lo

³² ³² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989. C.P: Antonio José de Irisarri. Op. Cit.

³³ GÓMEZ POSADA, José Fernando. Teoría y Crítica de La Responsabilidad Por Daños del Estado en Colombia. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2003. Pág. 95.

contrario, sería imperativo analizar el caso desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva.

En otras palabras, la conducta de la administración debe estar ceñida a la legalidad, lo cual excluye cualquier tipo de reproche sobre su comportamiento. Al respecto el Consejo de Estado precisó:

“Aun la actividad estatal absolutamente legítima tanto por la existencia como por la extensión del derecho que ejercita, como por la finalidad al procedimiento determinado legalmente, puede dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado, que es lo que se conoce como responsabilidad sin falta. (...)”

“(...) lo anterior comporta que tal tipo de responsabilidad excluye la derivación de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la Administración, y lógicamente, con mayor razón, las derivadas de las vías de hecho”³⁴.

Finalmente se resalta que, las omisiones estatales también pueden generar el daño especial, siempre que concurren todos los requisitos para ello, incluyendo lógicamente, la licitud de la actitud omisiva del ente público respectivo³⁵.

b) Rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas

Es necesario que para vivir en sociedad, el Estado imponga a sus administrados ciertos sacrificios o restricciones para asegurar su adecuado funcionamiento. Pero no es menos cierto que, en la medida que el Estado funciona para satisfacer las necesidades de toda la colectividad, dichas cargas deben estar repartidas de manera equitativa entre el conglomerado social, de tal manera que no resulten más gravosas para algunas personas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, aun desde antes de de 1991, pues se afirmaba que la alteración a la equidad como principio de derecho era suficiente para sustentar las condenas al Estado por daño especial.

Siendo así, para que se aplique esta teoría, es menester que esa igualdad frente a las cargas públicas sea quebrantada, es decir, que el perjuicio de un particular con ocasión de una actuación administrativa lícita, supere el umbral normal de molestias al que está sometido la generalidad del grupo al que pertenece, generándose un perjuicio sin que éste se vea compensado por un mayor beneficio a su favor.

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1976. C.P: Jorge Valencia Arango. Expediente No. 1482

³⁵ Ídem.

En este entendido, si la carga ha sido impuesta a toda la comunidad, desaparecería el carácter “especial” del daño, pues este implica una desproporción en comparación con el resto de la comunidad, caso en el cual, no habría cabida a la declaratoria de responsabilidad.

c) Nexos de Causalidad

Para imputar responsabilidad al Estado por daño especial, es necesario probar que fue la actitud lícita de la administración la que provocó el perjuicio, y que el mismo sobrepasó las cargas públicas que debía tolerar. Por lo tanto, la administración se exonerará cuando el demandante no logre acreditar que el rompimiento de igualdad frente a las cargas públicas es consecuencia directa de la acción u omisión del ente público, o cuando sea el mismo Estado el que demuestre, tal como ocurre con el riesgo excepcional, que el daño se debió a fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

Finalmente, el Consejo de Estado ha manifestado en diferentes oportunidades que esta teoría es de aplicación excepcional, por lo tanto sólo se aplicará en los eventos en que el caso concreto que se estudia no pueda ser subsumido dentro de los diferentes regímenes de responsabilidad consagrados, siendo que, la aplicación de éste título de imputación no solo es de aplicación subsidiaria frente a la falla del servicio, sino también frente al riesgo excepcional³⁶, pues se aplica a los casos en los cuales el rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas se produce por una situación diferente a la generación de un riesgo excepcional creado lícitamente por el Estado.

1.4 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL A LOS TÍTULOS JURIDICOS DE IMPUTACIÓN POR HECHOS DE TERCEROS

Expuestas las principales características de los títulos de imputación que han servido de sustento para atribuir responsabilidad extracontractual al Estado, es preciso realizar un estudio de la manera como la jurisprudencia del Consejo de Estado ha resuelto las demandas de reparación directa, cuando el daño es producto de una conducta desplegada por terceros ajenos al Estado.

Para esto entraremos a analizar algunas de las sentencias más representativas que sobre el tema ha proferido de ésta Corporación, las cuales han encontrado sustento en los tres regímenes analizados, es decir, en la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.

³⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001. C.P: Daniel Suárez Hernández. Expediente No. 6453

1.4.1 Condenas al Estado por Falla del Servicio

Cuando los hechos son cometidos por terceros, el Consejo de Estado considera que en la mayoría de ocasiones lo que se presenta es una falla del servicio por omisión. En estos eventos lo que se reprocha al Estado es el incumplimiento de los deberes estatales, que de haber sido observados hubieran interrumpido la causación del daño por una conducta desplegada por un particular.

Así por ejemplo, en sentencia del 29 de enero de 2004³⁷, en un caso de contaminación por sida, debido a unas transfusiones en la Clínica Palermo de Bogotá, se decide condenar a la Nación- Ministerio de Salud (Ahora Ministerio de Protección Social) y al Distrito Capital de Bogotá – Secretaría Distrital de Salud, pese a que la sangre provenía de un banco de sangre privado.

Lo anterior se fundamentó en el incumplimiento de las funciones de vigilancia y control a cargo de las entidades demandadas, encuadrando la conducta perfectamente en la teoría de la falla del servicio, mediando en todo caso, la actitud reprochable de la administración.

Siendo así, el Consejo de Estado, si bien reconoce que el hecho dañoso provino de un particular, también considera que la administración tiene una responsabilidad directa en virtud de la inobservancia del contenido obligatorio a su cargo, que para el caso, se concreta en haber permitido el funcionamiento del banco de sangre pese a que nunca se le entregó la licencia sanitaria, omitieron verificar si se realizaban en debida forma las pruebas de VIH antes de entregar los sellos nacionales de calidad de sangre, permitieron que el banco de sangre Alvarado Domínguez obtuviera la sangre de personas que recibían una remuneración pese a que la sangre humana solo puede ser donada y omitieron realizar las visitas periódicas para verificar si se estaban cumpliendo con todas las medidas necesarias para el control de VIH en el país.

Dijo en esa oportunidad el Consejo de Estado:

“Ahora bien, en relación con la posibilidad de imputar las fallas del servicio anteriormente mencionadas al daño sufrido por la señora Colmenares Tovar, observa la Sala que se plantea, en este caso, el tema de la responsabilidad de la administración por omisión, concretamente en relación con el cumplimiento de su obligación de supervisar a los particulares en el ejercicio de determinadas actividades, en desarrollo de las cuales pueden causar perjuicios a otras personas. (...)

A ello alude, precisamente, la determinación de la posibilidad que tenía la administración para evitar el daño. (...) y en todo caso, la responsabilidad de

³⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente No. 18273

la administración no surge, en realidad, por el hecho ajeno, sino por el propio, de modo que no se desconoce el carácter directo de la responsabilidad estatal. (...)

La obligación de indemnizar surge, en este último caso, porque la actuación del tercero no le es ajena a la entidad demandada y no constituye, por lo tanto, una causa extraña que permita su exoneración³⁸.

Como ya se ha dicho, la falla del servicio es el título jurídico por excelencia para imputar responsabilidad al Estado, ésta tendencia se ve reflejada igualmente, al resolver demandas instauradas con motivo de actos terroristas, que dadas las condiciones de la realidad colombiana, constituyen el grueso de condenas al Estado por hechos de terceros.

Siendo así, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, “los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o cuando la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a su protección”³⁹.

Tomando como ejemplo una sentencia del 28 de noviembre de 1994⁴⁰, que resolvió la acción de reparación directa instaurada con motivo de los perjuicios sufridos por el Doctor Emilio Sandoval Huertas en el holocausto del Palacio de Justicia, se decide condenar al Estado por haberse incurrido en una falla del servicio.

Para sustentar ésta teoría, se consideró que las autoridades fueron negligentes al dejar en situación de extrema desprotección a los Magistrados de las Altas Cortes y a sus colaboradores, teniendo en cuenta la grave situación de orden público, las constantes amenazas contra sus vidas, los indicios del M19 de tomarse las instalaciones del Palacio de Justicia y la ausencia de voluntad para rescatar con vida a los rehenes.

En este caso, una vez demostrados los daños, el juez contencioso administrativo, no admitió el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, pues fue la

³⁸ Ídem.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente No. 20511.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de noviembre de 1994. C.P: Daniel Suárez Hernández. Expediente 9955.

actitud reprochable de la administración la que permitió la toma y provocó la muerte de varios rehenes.

1.4.2 Condenas al Estado por Riesgo Excepcional

Otro de los títulos que el Consejo de Estado ha utilizado para condenar al Estado por actos cometidos por terceros es el del riesgo excepcional. El Tribunal se ha servido de ésta teoría para atribuir responsabilidad por actos terroristas, partiendo de la idea de que el acto o conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos a él, sea delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo.

Así por ejemplo, en sentencia del 4 de diciembre de 2006⁴¹, el Consejo de Estado condenó al Estado por la muerte de un odontólogo que se dirigía a su lugar de trabajo, y camino al puesto de salud fue embestido por grupos ilegales ubicados en el puesto de policía del municipio de Santa Rosa del Sur. En esta oportunidad el Alto Tribunal determinó que se configuraba la responsabilidad estatal por cuanto se habían utilizado medios o recursos que colocaban a los particulares o a sus bienes, en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional, que excede las cargas públicas en relación con las ventajas para el Estado. Así manifestó:

“La responsabilidad del Estado por actos terroristas parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos a él, trátase de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo. En el mismo sentido ha determinado la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la Administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. En conclusión, en el caso concreto se demostró que en el Municipio de Santa Rosa del Sur, en el Departamento de Bolívar, se adelantó un combate entre las fuerzas del orden y grupos subversivos, circunstancia que generó un riesgo excepcional para la ciudadanía, en el caso concreto para el médico Freddy del Cristo Gómez Sierra, hecho que, por ende, conforme al criterio jurisprudencial expuesto, da lugar a afirmar que el daño por el cual se demanda indemnización es imputable a la entidad demandada.”

Siendo así, la víctima no tenía porque soportar las consecuencias que se derivaron de una actividad legítima del Estado, pues éste de entrada sabe que el ejercicio de la defensa y seguridad al causar un riesgo latente, puede ser fuente de responsabilidad patrimonial.

⁴¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. C.P: Mauricio Fajardo. Expediente 15571.

En el mismo sentido, en sentencia del 20 de septiembre de 2001⁴², se resuelve un asunto donde se discuten los daños causados no a un particular, sino a un agente de policía, daños que si bien fueron causados por un tercero, generan la responsabilidad del Estado por haber puesto al agente en un riesgo desproporcionado.

En este fallo el Consejo de Estado revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar declara la responsabilidad del Estado, al considerar que la responsabilidad surge como consecuencia del sometimiento del Estado a un riesgo excepcional en cabeza del agente de policía, por cuanto las situaciones de orden público daban para asegurar la inminencia de un ataque al sitio donde estaba ubicado la estación de policía y además porque es deber del Estado dotar a los miembros de la fuerza pública de las municiones necesarias y con calidad, además de la preparación militar idónea para exigir resultados satisfactorios, aspectos que no se cumplieron. Cabe resaltar que si bien los miembros de la fuerza pública se someten a riesgos propios de su trabajo, en donde por regla general el Estado se exime demostrando el hecho de un tercero o fuerza mayor, no puede el Estado dejarlos a su suerte. El Consejo de Estado al respecto manifestó:

“Así las cosas, es claro que Luis Alfonso Gutiérrez Pinilla, en su condición de agente asignado a la subestación mencionada, fue sometido a un riesgo excesivo e innecesario, por causa de una falla en la prestación del servicio de Policía. Si bien los miembros de la Fuerza Pública deben soportar el riesgo de sufrir daños como consecuencia del ejercicio de sus funciones, el cual, por la naturaleza de éstas, asumen al aceptar sus cargos, y al ocurrir, no da lugar al surgimiento de la responsabilidad del Estado –pues, por lo general, se configura una de las causales de exoneración, normalmente hecho de tercero o fuerza mayor–, debe precisarse que ello no autoriza a éste último para abandonarlos a su suerte, imponiéndoles cargas imposibles de cumplir; por el contrario, es su deber dotarlos de los elementos necesarios para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones.”

Se evidencia por tanto que el Consejo de Estado reconoce que la conducta fue desplegada por un tercero, sin embargo, no se exime de responsabilidad a la administración, porque con dicha acción se había concretado un riesgo creado por ésta.

1.4.3 Condenas al Estado por Daño Especial

En primer lugar debe resaltarse que a la entrada en vigencia de la constitución de 1991, la jurisprudencia del Consejo de Estado, se caracterizó porque frente a hechos de terceros, particularmente en cuanto a actos terroristas, el estudio de

⁴² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. C.P: Alier Eduardo Hernández. Expediente 4398.

imputabilidad estaba ceñido a la existencia de falla del servicio o en ausencia de ésta a la de daño especial. Siendo así, fueron muchas las condenas estatales con fundamento en la teoría aquí analizada, pues se entendía que algunos actos realizados por los terroristas en su lucha contra las instituciones estatales, rompían el equilibrio de los particulares frente las cargas públicas.

Lo anterior se mantuvo hasta el año 2000, año en el cual se profirió una sentencia que fortaleció la teoría del riesgo excepcional para resolver esta clase de conflictos⁴³, lo que implicó el debilitamiento de la teoría del daño especial. Siendo así, en la actualidad la jurisprudencia ha sido replanteada, y en materia de actos terroristas, por supuesto, cuando éstos son realizados por terceros, solamente se reconoce indemnización por falla del servicio y por riesgo excepcional⁴⁴.

En este sentido, siguiendo lo manifestado por el Doctor Alier Hernández, tenemos que “en el caso de actos terroristas, no se puede perder de vista, que se trata de daños causados por terceros; lo que ocurre es que el Estado expone, a unas personas más que a otras, a que sean blanco de atentados por una obra o por una actividad suya. (...) Es ese riesgo creado por el Estado, y no la vulneración de la igualdad frente a las cargas públicas, lo que hace que el daño le sea imputable”⁴⁵.

Esta teoría por tanto, en la actualidad únicamente es aplicada a los conscriptos, es decir, a personas que prestan el servicio militar obligatorio. En este sentido el criterio utilizado por el Consejo de Estado es el siguiente: “Normalmente el conscripto presta un servicio forzado, servicio militar forzado, y, eso es una carga pública, solo que la carga pública está definida en la ley por lo menos en materia del tiempo en que el conscripto está obligado a prestar ese servicio, pero en la medida en que, en razón de ese servicio se produzca un daño que desborde completamente la carga pública a que estaba obligada esa persona, entonces allí se produce un fenómeno de un sacrificio especial, de un daño anormal que se debe indemnizar”⁴⁶.

1.5 EL CONCEPTO DE VÍCTIMA

El concepto de víctima se encuentra ampliamente desarrollado por la legislación colombiana, y su postura se refleja en la definición del artículo 5 de la ley 975 de 2005, conocida también como ley de Justicia y Paz. El mencionado artículo reza:

⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 11585.

⁴⁴ HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Op. Cit. Pág. 12.

⁴⁵ HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Evolución jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado por Daños Causados por Actos terroristas. Conferencia dictada en el Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado el 30 de marzo de 2001. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Medellín. No. 11. 2001

⁴⁶ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Novedades Jurisprudenciales de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. Op. Cit. Pág. 12

“Artículo 5°. Definición de víctima. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.”

Esta definición es un poco restringida y establece que la condición de víctima únicamente se desprende del parentesco con el directamente perjudicado cuando no puede serlo este mismo, postura defendida y reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual se modificó con la expedición de dicha ley, retrocediendo en los postulados que previamente había acogido.

Contraria a esta concepción es la de la Corte Constitucional, la cual en sentencia C-370 de 2006 y acogiendo los planteamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que:

“(…) son víctimas o perjudicados, entre otros, las víctimas directas y sus familiares, sin distinguir, al menos para reconocer su condición de víctimas del delito, el grado de relación o parentesco. En este sentido la Corte Interamericana ya ha señalado lo siguiente:

Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables.”

Por otra parte, la doctrina ha tenido una evolución bastante distinta frente a la concepción de víctima, considerando que se concibe como tal a aquella persona sobre quien ha recaído el perjuicio, o quien lo ha soportado sin que haya tenido que hacerlo. Así lo ha definido el Doctor Juan Carlos Henao, quien manifiesta que “el carácter personal del perjuicio se presenta en forma pura. Sólo hay que establecer que el hecho dañino causó un perjuicio a la persona que solicita la indemnización”⁴⁷.

En un principio, la concepción de víctima solamente cobijaba al directamente perjudicado y a aquellas personas que se encontraban con derechos alimentarios derivados del parentesco. Esto obedeciendo a la moral victoriana, según la cual debía demostrarse la situación jurídicamente protegida del reclamante, la cual devenía de la aptitud para reclamar la obligación alimentaria, y que sin la existencia de ésta, no había presencia de nexos jurídicos que le otorgaran posibilidades para reclamar alguna indemnización por su pérdida.

Finalmente se desecha esta posición y se abre campo a una concepción diferente del daño, la cual únicamente se basa en su carácter personal, siendo este el principio exclusivo para dar origen a la responsabilidad cuando la persona que solicita la reparación es quien ha sufrido el perjuicio acreditado⁴⁸.

En tal sentido, según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, acogida por gran parte de doctrinantes colombianos, puede solicitarse una indemnización por la muerte o la invalidez de un tercero, siempre que el demandante pruebe que tal suceso (muerte o invalidez del tercero) le causa un perjuicio personal, aun cuando no existan nexos de parentesco con la víctima⁴⁹.

Dichas inclinaciones eran también compartidas por el Consejo de Estado Colombiano, el cual en sentencia de 1985 manifestó que “la acción para reclamar perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de la sucesión”⁵⁰.

⁴⁷ HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998. Pág. 93.

⁴⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado: Artículo 90 de la Constitución. Bogotá: Editorial Temis, 1997. Pág. 77

⁴⁹ Consejo de Estado Francés, 25 de Enero de 1952, Lassalle- Barrére.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 1985, C.P: Jorge Valencia Arango. Exp. 3253.

Finalmente, el Consejo de Estado Colombiano, explica claramente el carácter personal del daño en sentencia de 19 de junio de 1980 manifestando:

“El derecho a la indemnización de quien sufre una ‘alteración material de una situación favorable’ (que en esto consiste el daño) se deriva, no del hecho de que la víctima tenga una situación ‘jurídicamente protegida’, en el sentido de que el bien afectado esté protegido por una norma, sino de la existencia de un hecho ilícito del autor, de su comisión por culpa o dolo, de la certidumbre del perjuicio y de la relación de causalidad entre éste y el hecho. En esto consistirá, pues, ‘la lesión de un derecho suyo’ de que habla el Art. 67 del anterior Código Contencioso Administrativo, y que el 85 del actual (decreto 01 de 1984) contempla en los mismos términos, sólo que este último agregó que la finalidad de su pretensión puede ser el restablecimiento en su derecho o que ‘se le repare el daño’”⁵¹

Según esto, se presume que el perjuicio sufrido recae sobre una situación protegida por la ley, librando al demandante de esta carga probatoria y estableciendo que toda persona se encuentra jurídicamente protegida. Ahora, si bien todas las personas están amparadas por el ordenamiento jurídico, pueda que no reciban indemnización quienes se encuentren “en una situación ilegal de la que se genera el título por el cual se reclamaría. (...) no puede demandar reparación del daño, la persona que pretende que se le repare lo que es fruto de una situación ilegal”⁵².

Esta consideración se da porque si bien existe un perjuicio y la certidumbre del mismo, la ley no ha protegido ese derecho, surgido de medios no permitidos por el ordenamiento jurídico.

Un claro ejemplo está relacionado con la muerte de un delincuente, la cual se produce por falla del servicio. Está claro que puede solicitarse la indemnización por el daño emergente y los perjuicios inmateriales o daño moral, pero en cuanto al lucro cesante se debe establecer el origen lícito de los bienes que el difunto obtenía, y en tal sentido resulta que no pueden reconocerse porque estos eran el fruto de la práctica de una actividad ilegal.

Con estos planteamientos se observa claramente el carácter personal del daño, el cual puede ser sufrido por cualquier persona, quien se encuentra legitimada para demandar y obtener una indemnización, que no podrá negarse por el solo hecho de considerarse que se encuentre en una situación reprochable, si ésta no ha sido declarada ilegal, siendo éste el único límite, es decir que la única prohibición para reconocer indemnizaciones proviene de los daños sustentados en recursos obtenidos de forma ilegal por parte del demandante.

⁵¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1989. C.P: Gustavo De Greiff Restrepo. Exp. 4678.

⁵² HENAO, Juan Carlos. Op. cit. Pág. 95.

Entonces, la legitimación en la causa por activa opera cuando el título con el cual se comparece al proceso es lícito, dando origen a la identidad entre demandante y título, y hay certeza sobre la existencia del daño personal. Así lo manifiesta De Cupis al afirmar “lo que el derecho tutela, el daño vulnera”⁵³.

El Consejo de Estado Colombiano, posterior a aceptar estos planteamientos, da un paso atrás cuando en el año 1996 se niegan a reconocer la indemnización por daño material a los familiares de una persona que había muerto en una zona donde operaban grupos insurgentes y donde la principal actividad del sector era el cultivo de sustancias utilizadas para el procesamiento de narcóticos. Esta corporación consideró que “la víctima no estaba dedicada al ejercicio de ninguna actividad económica productiva, protegida por la ley” y adicionalmente al manifestar que “no hay prueba en el proceso de que los desaparecidos se dedicaran de manera estable a una actividad económica lícita”⁵⁴, desconoce la presunción de que todas las personas practican una actividad lícita y como consecuencia de esto se encuentran en una situación jurídicamente protegida.

Otra situación que trata el Doctor Alier Hernández⁵⁵ frente a las víctimas, es la calidad de las mismas, considerando que por lo general son particulares, pero que también pueden ser personas jurídicas las que resulten titulares del daño causado por la administración. También manifiesta la posibilidad de que el afectado sea una persona jurídica de derecho público es decir, que es perfectamente posible una relación procesal de dos personas jurídicas de derecho público.

Entonces la concepción sobre el carácter personal del daño nos lleva a suponer que la reparación está orientada fundamentalmente a proteger patrimonios individualmente considerados, donde es el titular del bien lesionado quien puede accionar el aparato judicial en busca de una indemnización. Pero aquel ciudadano que se ve lesionado en su condición de tal, aún cuando no ostenta un título particular, puede también estar legitimado para demandar invocando no un perjuicio individual, sino un daño colectivo que vulnera su título de ciudadano. Tal es el caso de la acción popular, la cual está instituida para garantizarle a cualquier ciudadano la acción que busque proteger los intereses de la comunidad⁵⁶.

Siendo así, se vislumbra la posibilidad de que un ciudadano pueda iniciar por su propia cuenta una acción de reparación cuando no ha sufrido un perjuicio pero si un daño, estableciendo que la diferencia entre estos dos conceptos radica en que

⁵³ DE CUPIS, Adriano. El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Editorial Bosch, 1975.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 1996. C.P: Daniel Suárez Hernández. Exp. 10.868.

⁵⁵ HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Novedades Jurisprudenciales de la Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Op. Cit. Pág. 10

⁵⁶ BEJARANO GUZMAN, Ramiro. Las Acciones Populares. Bogotá: Forum Pacis, 1993.

este último versa sobre patrimonios colectivos que no pueden individualizarse y el primero supone “ya no un perjuicio social sino un daño privado”⁵⁷.

Con base en lo anterior también es posible establecer que la responsabilidad no está solo orientada a reparar perjuicios (peticiones para sí mismo de naturaleza privadas), sino también la de daños sufridos por una colectividad (peticiones para otros de naturaleza colectivas), considerando posible la existencia de un daño sin perjuicio⁵⁸.

Tanto el daño como el perjuicio, para que sean reparados deberán ser ciertos, es decir que efectivamente se hayan ocasionado y que sean específicos, excluyendo en tal sentido el daño eventual o hipotético⁵⁹.

Para que el daño sea cierto, no es necesario que el mismo sea presente, pues el daño futuro será cierto siempre que no exista duda alguna acerca de su ocurrencia.

Finalmente, con la expedición de la ley 975 de 2005 y el concepto de víctima que ella incluye, se han desconocido muchos de estos postulados, los cuales previamente habían reiterado tanto la legislación colombiana como las Altas Cortes. Esta concepción de víctima es restringida, tanto así, que retoma elementos de la “moral victoriana” tal como lo señala Juan Carlos Henao y “además, estas medidas de satisfacción, propuestas en dicha ley tienen un alcance solamente individual. Para el Gobierno no existen, ni las comunidades ni la organizaciones”⁶⁰.

Esta nueva concepción únicamente reconoce como víctima a la persona víctima en sí misma y a su cónyuge, compañero permanente, y a familiares en primer grado de consanguinidad o primero civil. Así se desconocen a otros familiares o personas cercanas (que hayan dependido de la víctima o que hayan tenido un fuerte lazo de afecto con ella) que pueden obtener un perjuicio cierto, pero que en razón de su parentesco no podrá reclamarse su reparación.

A manera de conclusión es preciso afirmar que dicha ley desconoce todo el avance jurisprudencial que había tenido el Consejo de Estado frente a este tema, tal como se ha expuesto⁶¹.

⁵⁷ MAZEAUD, Henri. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda, Vol II. La Responsabilidad Civil. Los Cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960

⁵⁸ MARTINEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1994.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de Septiembre de 1949. C.P: Pedro Gómez Naranjo.

⁶⁰ ROSERO ACEVEDO, Gloria. Estado y Sociedad Civil. Bogotá: Editorial Gazeta, 2007.

⁶¹ SOCHA MASSO, Nelson. Reparaciones Administrativas: Sistema de Evaluación y Seguimiento (SES). Organización Viva la Ciudadanía. Bogotá. 2007.

1.6 PERJUICIOS Y REPARACIONES

Previo al desarrollo del presente tema es necesario diferenciar claramente entre dos conceptos que inadecuadamente suelen tomarse como sinónimos, estos son los de indemnización y reparación. La indemnización es la que busca satisfacer los intereses eminentemente personales de quien ha sufrido un perjuicio y por tanto sus efectos son *intuite personae*⁶².

Por su parte la reparación abarca conceptos más amplios, si bien la indemnización puede en ciertos casos significar la reparación, pueda que se necesiten de otros elementos para obtener los fines últimos de la misma, los cuales buscan “dejar a la víctima en las condiciones, lo mas aproximadas posibles, a la situación que tenía con antelación a la causación del daño”⁶³, y en tal sentido los efectos de la reparación resultan siendo *erga omnes*.

La reparación encuentra su fundamento jurídico en los artículos 90 de la Constitución Política y en el 16 de la ley 446 de 1998, por tanto la reparación de las víctimas es un mandato constitucional, que no puede ser desconocido ni menoscabado.

Para proceder a la reparación de los perjuicios, es necesario establecer qué tanto constituye un perjuicio. Jurisprudencialmente, el Consejo de Estado ha creado una clasificación que identifica los diferentes tipos de perjuicios que son reconocidos. Estos han sido clasificados en perjuicios materiales e inmateriales. Procedemos entonces a explicar cada uno de estos:

a) Perjuicios Materiales:

Este tipo de perjuicios son los que atentan contra bienes o intereses económicos, lo cual implica que pueden ser medidos en una cantidad determinada de dinero. Reconocidos originariamente en el derecho civil, en nuestro ordenamiento se desarrollaron propiamente en los artículos 1613 y 1614 del código civil. Estos artículos explican claramente en qué consisten los perjuicios materiales y los sub clasifican en 2, el daño emergente (*damnum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*) y se aplican tanto en el campo contractual como en el extracontractual⁶⁴.

El daño emergente es la pérdida derivada del incumplimiento total, parcial o la

⁶² BARBOSA, Francisco. Litigio Interamericano: Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de los Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano. Pág. 252.

⁶³ HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Novedades Jurisprudenciales de la Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Memorias del 2º Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública. Bogotá, 2005.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de Septiembre de 1990. C. P: Gustavo De Greiff Restrepo. Exp. 5835

mora en el cumplimiento de una obligación⁶⁵, es decir que resulta siendo la pérdida de elementos patrimoniales, los gastos que ésta pérdida haya ocasionado y los que consecuentemente se vayan a ocasionar y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos que dieron origen al daño y de los que pretende se derive la responsabilidad⁶⁶.

Por su parte, el lucro cesante es aquello que deja de percibirse como consecuencia del advenimiento del daño. En otras palabras, son las ganancias necesariamente ciertas que han dejado de ingresar al patrimonio de la víctima.

Al hacer referencia a que sean necesariamente ciertas, significa que no exista duda acerca de que la única circunstancia que impidió que la víctima percibiera tales ganancias, fuera la ocurrencia del daño. Pues si sucede que otras circunstancias, también hubieren imposibilitado el enriquecimiento de la víctima, no se puede hablar de un daño cierto y en tal caso solo existiría una especulación acerca de lo que se iba a recibir.

b) Perjuicios Inmateriales:

Este tipo de perjuicio no tienen un origen o una naturaleza netamente económica y de tal suerte su afectación en principio no es cuantificable en dinero. En tales casos, la indemnización que por estos perjuicios se decreta, está destinada a cubrir el dolor físico y moral que experimenta la víctima al tener que enfrentarse al daño ocasionado.

Esta es una tesis muy controvertida doctrinariamente pues “indemnizar un perjuicio que de por sí no tiene una naturaleza económica es desbordar el campo de la responsabilidad civil, que busca dejar patrimonialmente indemne a la víctima. Si tal es el objeto de la indemnización civil, no se puede concebir cómo se pueda dejar indemne el dolor, de una desfiguración física, de un estado mental inestable, etc.”⁶⁷.

Sin embargo y a pesar de lo que afirman algunos doctrinantes, lo que busca ésta indemnización no pretende restituir el bien afectado, sino que se otorga como una compensación que busca aliviar su pena. Esta clase de indemnización no necesariamente es dineraria.

Así las cosas, el Consejo de Estado ha establecido la existencia de dos tipos de perjuicios inmateriales: El daño moral, y el daño a la vida de relación.

El daño moral está principalmente relacionado con el dolor físico o la angustia, la tristeza, la depresión y el dolor espiritual que puede llegar a producir el hecho que

⁶⁵ Artículo 1614. Código Civil.

⁶⁶ MEJIA, Lina Marcela. Memorias de la Responsabilidad Civil. ACECOLOMBIA. Bogotá. 2001.

⁶⁷ HENAO, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 231.

dio origen al daño. Este tiene la característica de ser un daño que se produce dentro de la persona, en su parte íntima y permanece allí⁶⁸.

En cuanto al valor a indemnizar el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio extrapatrimonial, debe recordarse que, conforme a lo expresado en sentencia reciente, esta sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente el recurso a la aplicación analógica del artículo 106 del código penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; se ha estimado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio, y se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. Por lo demás, debe reiterarse que la suma indicada por esta Sala en el fallo mencionado constituye simplemente una guía para los jueces de inferior jerarquía, dada la inexistencia de una norma a seguir para la tasación de la indemnización”⁶⁹.

Por su parte, el daño a la vida de relación representa un importante avance jurisprudencial, pues fue el Consejo de Estado quien acogió esta teoría. Este tipo de daño puede surgir de diferentes hechos y no únicamente de la lesión, pero no solo afecta su órbita interna, sino que la desborda, afectando también la vida exterior de la víctima puesto que se evidencia una alteración negativa de la relación personal con otras personas, de llevar a cabo actividades de disfrute o rutinarias, o la modificación de sus roles en la sociedad o en sus expectativas a futuro. Para el Consejo de Estado, dicho daño está dirigido contra el derecho a la honra al impedir u obstruir la relación con las demás personas⁷⁰.

En este sentido el Consejo de Estado ha manifestado:

“Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre. Debe advertirse,

⁶⁸ HERNANDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Ob. cit.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Febrero de 2005. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 15125.

⁷⁰ PARRA VELASQUEZ, Olmedo. Acción de Reparación Directa: Falla del Servicio Probada. Grupo PRG Auditores Ltda. Bogotá, 2007.

adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d'agrément* (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. (...). Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente. Resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”⁷¹.

Por otra parte, cabe resaltar que el daño a la vida de relación no surge únicamente en forma directa en el evento de la lesión física, sino para otras víctimas que no son objeto directo de la lesión, un ejemplo de esto es cuando “un niño sufre una lesión física y entonces el padre tiene que renunciar a su vida normal para dedicarse al cuidado de su hijo”⁷².

⁷¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000. C.P: Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11842.

⁷² HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo. Ob. cit.

2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Los Estados como sujetos de derecho, tienen la facultad de actuar de diversas maneras en la esfera internacional, (por ejemplo con la suscripción de tratados y convenciones), facultad que implica la obligación de cumplir los compromisos adquiridos, y en caso de inobservancia, asumir las consecuencias que su incumplimiento genere, lo que posibilita que exista la figura de la responsabilidad internacional de los Estados⁷³.

Se puede decir por tanto, que el fundamento de la responsabilidad reside en la existencia de un orden jurídico internacional y en la necesidad de que los Estados observen y cumplan reglas de conducta en sus relaciones, incurriendo en responsabilidad en los supuestos de incumplimiento. Así, al inobservarse los deberes internacionales libremente adquiridos, el Estado infractor incurre en lo que se ha denominado un “delito internacional”, viéndose comprometida su responsabilidad.

Cabe resaltar por tanto, que el Estado compromete su responsabilidad por el no cumplimiento de las obligaciones que el orden jurídico internacional ha impuesto. Así, “si el Estado no cumple las obligaciones establecidas por el Derecho Internacional, El Estado comete un acto ilícito internacional por el que el derecho internacional dispone una sanción”⁷⁴.

A diferencia del tema de responsabilidad interna, donde cada Estado en particular ha regulado ampliamente el tema a través de sus órganos legislativos, la responsabilidad internacional carece de un marco normativo, que establezca en qué casos concretos se encuentra comprometida la responsabilidad de los Estados por incumplimiento a sus obligaciones internacionales y por tanto cuales serán las consecuencias que esto genere, por lo cual es de gran importancia reconocer que es la jurisprudencia la que ha establecido las bases y principios para desarrollar este tema.

Sin embargo, si bien no existe un mecanismo internacional que obligue al Estado a cumplir con las obligaciones que se adquieren, por ejemplo la de adecuar su legislación interna conforme a los preceptos de una convención suscrita, no quiere decir que éste quede exonerado de la obligación de reparar los perjuicios ocasionados con su conducta internacionalmente ilícita. Lo anterior muestra además otro elemento importante, esto es, que las normas internas violatorias del orden internacional son válidamente aplicables en la esfera interna, así, “las

⁷³CAMARGO, Pedro Pablo. Tratado de Derecho Internacional. Bogotá: Editorial Temis, 1983. Pág. 478.

⁷⁴ KELSEN, Hans. Principios del Derecho Internacional Público. Buenos Aires: Editorial Ateneo. 1965. Pág. 100

normas internas contrarias al derecho internacional por el contrario, son válidas en el plano interno y el Estado, responsable internacionalmente, no puede ser jurídicamente obligado a modificarlas, ya que ello depende de una decisión soberana, sino a conceder una satisfacción o indemnización por haber incurrido en responsabilidad internacional”⁷⁵.

Ahora bien, para que las normas de derecho internacional sean válidas en el ordenamiento jurídico de los Estados, debe existir un procedimiento interno previo para la incorporación y adopción de las reglas internacionales.

Así por ejemplo en Colombia, la Constitución de 1991 no establece la adopción automática de tratados internacionales o convenios que se celebren, sino que para ser aplicados internamente se requiere de una ley aprobatoria para su incorporación, que siguiendo el procedimiento previsto en la Carta y estando conforme a la misma, puede ser ratificado y adherido a la legislación interna. En este entendido, para que un tratado sea parte de la legislación colombiana, requiere primero de una ley aprobatoria del mismo⁷⁶, y segundo, la revisión por parte de la Corte Constitucional⁷⁷, para determinar si el tratado es conforme o no a los preceptos constitucionales, a fin de garantizar la supremacía de ésta.

2.1 DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL

Para determinar el fundamento de la teoría de la responsabilidad internacional de los Estados, es preciso adentrarse en la relación existente entre derecho interno y derecho internacional.

El problema de las relaciones ente el derecho internacional y el derecho interno ha revestido importancia excepcional, así, la principal discusión que se presenta radica en averiguar si las normas de derecho internacional priman sobre las de derecho interno, o si, por el contrario, éstas prevalecen sobre las primeras.

Manuel Diez de Velasco plantea el problema así: “En realidad, no es otra cosa que, dada la existencia de un derecho internacional que regula las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional, y unos ordenamientos de los sujetos internacionales, ya que ellos son portadores de su propio ordenamiento jurídico, es necesario saber si entre uno y otro existen o no relaciones y si se da o no una subordinación entre los grupos de ordenamientos, el internacional y los internos”⁷⁸.

⁷⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1969. Pág. 186

⁷⁶ Constitución Política de Colombia. Artículos 224 y 150, Numeral 16.

⁷⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 241, Numeral 10.

⁷⁸ DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Tercera Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1967. Pág.154

Tradicionalmente la respuesta a este problema fue desarrollada por la doctrina internacional, y dependía de si se acogía la teoría dualista o la monista, por lo cual es necesario indagar el contenido de tales tesis.

a) Teoría dualista

Ésta tesis considera al derecho internacional y al derecho interno como dos sistemas de derecho independientes y separados, que no se confunden y que por tanto no se puede decir que exista superioridad de un ordenamiento sobre el otro. En este sentido la premisa fundamental de quienes defienden ésta teoría es que el derecho internacional y el interno regulan relaciones diversas, y tienen fuentes distintas. Así, mientras el derecho internacional se ocupa de las relaciones entre Estados o sujetos internacionales, el segundo se ocupa de las relaciones de los individuos entre sí, o de éstos con el Estado.

En este orden de ideas, mientras que en el ordenamiento jurídico interno, los sujetos son individuos que se encuentran con respecto al Estado como creador del derecho en una relación de subordinación, en el ordenamiento jurídico internacional, los sujetos, que son los Estados, se encuentran entre sí en una relación de coordinación.

Trieppel como principal exponente de esta tesis establece que el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes autónomos que coexisten sin relaciones de dependencia. En este sentido, para que una norma internacional tenga vigencia en el ámbito interno de un Estado, es menester, una previa transformación de dicha norma. De aquí se llega a la conclusión de que el derecho internacional no puede alcanzar a los individuos, pues estos permanecen ajenos a la esfera jurídica regulada por éste.

Además de lo anterior parten del hecho de que las fuentes de ambos derechos son enteramente diferentes, una es la voluntad común de los Estados y otra, es la legislación interna o la voluntad de un solo Estado.

Ahora bien, como el derecho internacional no puede alcanzar a los individuos, requiere ser transformado en derecho interno. La obligación del Estado consistiría en dictar una norma de derecho interno conforme a la norma internacional. Así, “el derecho internacional no puede aplicarse a la conducta de los individuos dentro del Estado. A los individuos no les afecta el tratado. Por lo demás, el derecho internacional vale dentro del Estado, solo cuando se transforma, esto es, cuando el Estado lo admite o incorpora dentro de su propio sistema legal”⁷⁹.

⁷⁹ SEPÚLVEDA, Cesar. Derecho Internacional. Editorial Porrúa. México. 1984. Pág. 68. Citado por: JOFRE, Jimena y OCAMPO, Paula. Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de Obligaciones Internacionales. (Tesis de Grado). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 2001. Pág. 126.

En este entendido, ésta transformación del derecho internacional está regulada por el derecho interno, que establece el procedimiento para que esa norma, en principio internacional, pueda tener validez frente a los órganos estatales.

b) Teoría Monista

Ésta teoría parte de la base de la unidad del conjunto de normas jurídicas, aceptándose el principio de la subordinación, según el cual, todas las normas jurídicas se encuentran subordinadas las unas a las otras, en un orden rigurosamente jerárquico. En otras palabras, la doctrina monista sostiene la unidad esencial del ordenamiento jurídico y el principio según el cual, la validez y fuerza obligatoria de todas las normas jurídicas derivan de normas jerárquicamente superiores⁸⁰.

Respecto a ésta teoría hay dos corrientes doctrinales, una que propugna por la primacía del derecho interno y otra que defiende la primacía del derecho internacional.

Jellinek, principal exponente del monismo con prevalencia del derecho interno, sostiene que no hay mas derecho que el del Estado, y por tanto, el derecho internacional es un aspecto del derecho estatal⁸¹. Siendo así, ninguna norma internacional contraria al ordenamiento interno podría ser aplicada.

Son dos los argumentos principales en que soportan ésta teoría, en primer lugar por la ausencia de una autoridad supraestatal, por lo que cada Estado determina libremente cuáles son sus obligaciones internacionales, y es, en principio, juez único de la forma de ejecutarlas; y segundo el fundamento puramente constitucional, y por consiguiente interno, de las obligaciones competentes para concluir tratados en nombre del Estado y comprometerlo en el plano internacional⁸².

Debe resaltarse, que los argumentos arriba señalados ya han sido desvirtuados y por ende descartados, razón por la cual la teoría monista es actualmente internacionalista, aceptándose la subordinación del derecho interno al derecho internacional.

Kelsen defiende esta teoría y postula la unidad del derecho internacional y el derecho interno dentro de un sistema jurídico que abarque todos los

⁸⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Madrid: Editorial Tecnos, 1969. Pág. 149

⁸¹ CAMARGO, Pedro Pablo. Tratado de Derecho Internacional. Editorial Temis. Bogotá. 1983. Páginas. 140 y 141. Citado por: JOFRE, Jimena y OCAMPO, Paula. Op. Cit. Pág. 69.

⁸² ROUSSEAU, Charles. Derecho Internacional Público. Barcelona: Editorial Ariel, 1966. Pág.14

ordenamientos jurídicos positivos. En este sentido, sostiene que es el derecho interno el que deriva del internacional, argumentando que dicha prevalencia es necesaria para mantener la unidad jurídica de dichos ordenamientos y que de no ser así se llegaría a la fragmentación del derecho internacional⁸³. Siendo así, el derecho interno deriva del internacional, “ya que éste último es concebido como un orden jurídicamente superior. No hay aquí dos órdenes jurídicos coordinados, sino dos órdenes jurídicos, uno de los cuales (derecho internacional) es superior, y el otro (derecho interno) es subordinado”⁸⁴.

A partir de su posición normativista Kelsen ha desarrollado ésta teoría que respalda la prevalencia del derecho internacional. Lo anterior se puede explicar de la siguiente manera:

“Todas las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*. En este sentido dijo Verdross, discípulo de Kelsen, que la norma que en definitiva fundamentaba todo el Derecho, se insertaba en el ordenamiento internacional, siendo éste precisamente el que delegaba a favor de los Estados una determinada competencia legislativa dentro de la esfera de su libre apreciación. El Derecho internacional sería así superior al derecho interno, y éste quedaría subordinado al primero. Y lo que es más importante desde el punto de vista práctico: la norma internacional no necesitaría de ninguna especie de acto de recepción para ser aplicada en los ordenamientos internos y prevalecería sobre éstos en caso de conflicto”⁸⁵.

Ahora bien, encontrándose el orden interno supeditado al internacional, no se requiere ningún acto de incorporación de las reglas internacionales al derecho interno, por tanto, en su concepción radical, toda norma interna que contraría una norma internacional queda automáticamente derogada. Concepto éste que ha venido variando, por consiguiente, toda ley interna contraria al derecho internacional tiene vigencia, si es correcta desde el punto de vista estatal, pero surge entonces la responsabilidad internacional del Estado. Esta responsabilidad puede darse, tanto por dictar normas opuestas al derecho internacional, como por omitir los medios para la realización de sus obligaciones internacionales.

Expuesto lo anterior, es preciso decir, que en la actualidad prevalece una tendencia no tan radical, en este entendido, se sostiene tanto en la jurisprudencia como en la práctica, la prevalencia del derecho internacional, entendiendo que los Estados deben adecuar su legislación y su ordenamiento interno, conforme a los postulados y los deberes contraídos como sujetos del derecho internacional. De

⁸³ *Ibíd.* Pág. 13.

⁸⁴ *Ibíd.* Pág. 10.

⁸⁵ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Universidad Complutense, 1983. Pág. 198. Citado por JOFRE, Jimena y OCAMPO, Paula. *Op. Cit.* Pág. 71

esta manera, “El Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos”⁸⁶.

Así mismo, en la comunidad internacional existen órdenes jurídicos internos junto a un ordenamiento jurídico internacional, y si bien los Estados son sujetos de éste último, les corresponden obligaciones consuetudinarias o convencionales, y correlativamente, debe adecuar su ordenamiento ante la necesidad de cumplirlas y también ante la imposibilidad de invocar el ordenamiento interno como justificación de su incumplimiento, esta prohibición se encuentra en la convención de Viena⁸⁷.

2.2 CLASES DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad internacional del Estado puede ser directa o indirecta dependiendo de la competencia del órgano que cometa el hecho ilícito internacional.

2.2.1 Responsabilidad Directa

Cuando el hecho ilícito internacional proviene del propio Estado, de un órgano o de quien esté facultado por el derecho interno para actuar en su nombre, hablamos de responsabilidad directa. Así, “los Estados como tales tienen la responsabilidad internacional directa por todos los hechos ilícitos que cometan sus órganos en violación del derecho internacional. La regla general considera, hecho del estado según el derecho internacional, el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad, tanto, si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado”⁸⁸.

El Estado actúa a través de sus órganos internos, por tanto, una falta cometida por uno de éstos, constituye una falta propia del Estado.

Con lo anterior tenemos que la responsabilidad del Estado puede ser consecuencia de la acción u omisión del órgano legislativo, esto es, cuando se promulga una ley que contraría las obligaciones internacionalmente contraídas, cuando no dicta las necesarias para el cumplimiento de dichas obligaciones o se abstiene de derogar una norma contraria a los compromisos adquiridos.

⁸⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional. Serie B, Numero 10. Pág.20

⁸⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena 23 de mayo de 1969

⁸⁸ CAMARGO, Pedro Pablo. Op. Cit. Pág. 489.

También debe responder por hechos internacionalmente ilícitos desplegados por el órgano ejecutivo, independientemente de la jerarquía administrativa de los agentes en el derecho interno. La responsabilidad en estos casos no solo nace cuando el agente actúa dentro de su función pública sino también cuando excede los límites de su competencia.

El Estado también es internacionalmente responsable por actos de sus jueces y tribunales, contrarios al derecho internacional, sean o no violatorios del derecho interno, y cuando infrinjan solamente el derecho interno dado que ésta responsabilidad pertenece al ámbito interno de los Estados⁸⁹. Así, “la responsabilidad del Estado por actos de una autoridad judicial puede surgir de tres tipos diferentes de decisiones judiciales. La primera es una sentencia de un tribunal interno que sea manifiestamente incompatible con una regla de derecho internacional. La segunda es el caso conocido tradicionalmente como denegación de justicia. La tercera se produce cuando en ciertos casos excepcionales y bajo circunstancias claramente definidas, un Estado es responsable por una decisión judicial contraria al derecho interno”⁹⁰.

Finalmente, el Estado puede ser responsable como consecuencia de actos realizados por particulares, caso en el cual también hablamos de responsabilidad directa, porque el Estado tiene la obligación de mantener el orden público dentro de su territorio. “En este caso, el hecho generador de responsabilidad reside en el incumplimiento por parte del Estado de ésta obligación primordial y no en el acto del individuo, quien al no ser sujeto directo del derecho internacional, no puede violarlo”⁹¹.

En palabras del profesor Monroy Cabra⁹², la obligación de guardar el orden público es doble, por un lado está el deber de prevención para los casos en los cuales las autoridades no cumplan con su deber de protección, y por otro el deber de represión, caso en el cual el Estado debe castigar a los autores del daño, deber que se incumple por la negativa a perseguir, castigar y juzgar a dichos autores.

2.2.2 Responsabilidad Indirecta

Hay responsabilidad internacional indirecta del Estado por hechos ilícitos cometidos por órganos no competentes de acuerdo a lo estipulado en el derecho interno de ese Estado, así como cuando se responde por la violación del derecho internacional cometida por otro Estado, esta responsabilidad implica la existencia

⁸⁹ JOFRE, Jimena y OCAMPO, Paula. Op. Cit. Pág. 141.

⁹⁰ JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Editorial Tecnos, 1980. Pág. 212. Citado por JOFRE, Jimena y OCAMPO, Paula. Op. Cit. Pág.141

⁹¹ ROSSEAU, Charles. Op. Cit. Pág.375.

⁹² MONROY CABRA, Marco Gerardo. Op. Cit. Pág. 386.

entre los dos Estados en causa, de una relación de derecho particular o un vínculo jurídico especial.

2.3 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

El fundamento de la responsabilidad internacional del Estado ha sido tratado de definir por diferentes doctrinantes. Por un lado, la teoría de la falta establece que además de la ilicitud del acto, es preciso que exista una falta en el hecho, es decir que este se valore dentro de los parámetros del dolo y la culpa por parte del sujeto infractor. Por tanto se habla de una responsabilidad internacional subjetiva, ya que es preciso probar la conducta dolosa o culposa del actor. Por su parte, la teoría del riesgo se aleja del concepto de culpa y se centra fundamentalmente en la relación de causalidad existente entre el acto del Estado, que como ya se dijo puede ser una acción u omisión, y el hecho ilícito internacional.

2.3.1 Teoría Subjetiva

La Teoría Subjetiva o teoría de la falta fue expuesta por Hugo Grossio, quien establecía que el hecho que genera responsabilidad internacional no debe ser únicamente contrario a una obligación internacional adquirida por cada Estado en particular, sino que además debe constituir una falta. La falta del órgano del Estado es pues, la negligencia, la omisión o el dolo en su actuar, y por tal, dicho comportamiento es atribuible al Estado, comprometiendo este su responsabilidad internacional.

“La Imputabilidad de un hecho ilícito internacional, esto es, que sea atribuible a un estado, de acuerdo con esta teoría, va unida a la idea de culpa, debe probarse la negligencia (conducta culposa), o el dolo (conducta intencional) en la conducta (acción u omisión) del agente u órgano estatal”⁹³.

Queda de esta manera claro que la teoría de la falta trata de establecer la observancia del aspecto subjetivo del acto internacionalmente ilícito para así determinar la responsabilidad del Estado en cada caso en particular.

“Como el Estado es responsable por todos sus órganos, quedará establecida su responsabilidad culposa cuando cualquiera de sus órganos ha actuado culposamente (...) tiene que haber culpa de un órgano no solo en las omisiones, sino también en las acciones, para atribuir el acto antijurídico a un Estado, y por otro lado, que no surge responsabilidad internacional de violaciones subjetivas del derecho de gentes que proceda de un error excusable”⁹⁴.

⁹³ Ibíd. Pág.130.

⁹⁴ VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. Madrid: Editorial Aguilar, 1982. Pág. 357

2.3.2 Teoría Objetiva

La otra teoría, la del riesgo, expuesta por Anzilotti se configura en una idea de garantía, donde el aspecto subjetivo de la falta no tiene ningún papel determinante. En este sentido, la responsabilidad es producto de una relación causal entre la actividad o conducta de algún órgano del Estado y el hecho contrario al derecho internacional.

Así, dejando a un lado el concepto de culpa, el Estado se considera responsable por el hecho violatorio de una obligación de carácter internacional que haya causado un daño por la inobservancia de una norma de derecho internacional “por lo que se sostiene que en la responsabilidad objetiva, basta con probar: a. Que se haya causado un daño; b. Que exista un nexo de causalidad entre el daño y el agente; y c. Que haya violación de una norma de derecho internacional”⁹⁵ sin necesidad de probar que el infractor actuó de manera dolosa o culposa. De esta manera se ha establecido que “lo generalmente relevante no es la actitud psicológica de los individuos que actúan como órganos del Estado, sino la conducta objetiva del Estado *per se*: el Estado es responsable por la violación de cualquiera de sus obligaciones sin necesidad de identificar una falla psicológica en ninguno de sus agentes”⁹⁶.

El tratar de determinar el fundamento de la responsabilidad internacional del Estado ha hecho que se presenten diversas inclinaciones en esta materia, “algunos autores, se inclinan por la exigencia de la culpa del órgano o agente como condición de la atribuibilidad al Estado del acto ilícito: otros (...), concediendo preponderancia a la noción de responsabilidad objetiva o por el resultado, admiten la de culpa en relación con los actos consistentes en omisiones; otros, en fin, participan de la posición – que parece ser la dominante- que atribuye al Estado toda violación objetiva del derecho internacional por un órgano o agente del mismo (...)”⁹⁷.

Al establecer los requisitos constitutivos de la responsabilidad internacional del Estado se hace referencia a dos elementos fundamentales que son la imputabilidad y la ilicitud de lo actuado. Como se puede ver son dos elementos esencialmente objetivos los que determinan la responsabilidad.

2.4 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

⁹⁵ GAVIRIA LIEVANO, Enrique. Derecho Internacional Público. Bogotá: Editorial Temis, 1998. Pág. 249

⁹⁶ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Editorial Tecnos, 1980. Pág. 319

⁹⁷ DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Editorial Tecnos, 1982. Pág. 471.

De acuerdo con algunos doctrinantes, para que se configure la responsabilidad internacional del Estado, es necesario el cumplimiento de tres elementos esenciales a saber: en primer lugar, la existencia de una conducta violatoria del Derecho Internacional que puede ser acción u omisión, que viole una obligación de carácter internacional; segundo, el acto ilícito debe ser imputable al Estado, o debe existir un vínculo de causalidad entre el daño ilícito y la conducta consistente en la acción u omisión; y tercero, la existencia de un daño o perjuicio como consecuencia del hecho ilícito imputable al Estado.

Si bien algunos autores consideran que a los anteriores requisitos hay que agregar la intención ilícita o negligencia del individuo cuya conducta se imputa al Estado, esto no es correcto, pues se reitera, lo importante no es desentrañar la actitud psicológica de los órganos del Estado, sino la conducta objetiva del Estado como tal.

2.4.1 El Hecho Internacionalmente Ilícito

El acto ilícito es el elemento fundamental sin el cual no podría hablarse de responsabilidad de sujetos internacionales.

La responsabilidad internacional surge como anteriormente se dijo, de la violación de una obligación internacional. Así, “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado, da lugar a la responsabilidad internacional de éste”⁹⁸.

El hecho ilícito internacional, siguiendo postulados doctrinales es el que da lugar a la responsabilidad internacional de los Estados, es decir, que el hecho cometido por un Estado, sea contrario a las disposiciones que el ordenamiento internacional ha exigido cumplir. En palabras más simples, el ilícito internacional es una infracción al derecho internacional atribuible a un Estado.

El hecho ilícito atribuible al Estado ya sea por acción u omisión de una obligación internacional, significa el comportamiento de un órgano del Estado, que como se manifestó anteriormente, debe tener tal condición según el derecho interno de cada Estado en particular, y siempre que en el caso que se estudie, haya actuado en tal calidad. No se considera por tanto imputable aquel acto cometido por aquellos que no actúan por cuenta del Estado según lo establecido por el ordenamiento jurídico interno del mismo.

2.4.2 Imputabilidad del Hecho al Estado

La responsabilidad internacional requiere que la acción u omisión sea atribuible al Estado, es decir que el hecho contrario al orden internacional se predique de éste.

⁹⁸ Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional. Artículo 1.

Así, “Teniendo en cuenta que el Estado, (sujeto por excelencia de las relaciones de responsabilidad internacional) actúa a través de individuos o conjunto de individuos, el problema de la atribución de un acto ilícito internacional se conecta básicamente a la calidad o no de órganos del Estado predicable de las personas autoras del acto, así como a las condiciones en que tales personas actúen. Es un principio básico el de que, por regla general, se atribuyen al Estado los actos de sus órganos o agentes en tanto que integrantes de la organización estatal”⁹⁹.

Cabe destacar de ésta manera, que el Estado no es responsable por el mero hecho de un órgano del mismo, ya sea legislativo, judicial o ejecutivo, y que cause un perjuicio determinado, sino que el acto al cual se hace referencia debe ser un ilícito conforme a las estipulaciones del derecho Internacional.

2.4.3 El Daño o Perjuicio

Para que pueda hablarse de responsabilidad se requiere la ocurrencia de un daño que afecte la integridad física, moral o patrimonial de una persona.

Así se constituye el daño como elemento esencial de la responsabilidad, por la simple razón de que “si una persona no ha sido dañada, no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa”¹⁰⁰.

En este punto, partiremos de la idea planteada por un principio general del derecho, que establece que todo aquel que cause un daño a otro, debe resarcirlo¹⁰¹.

El daño sufrido por un sujeto es aquel que lo autoriza para realizar un reclamo contra un Estado y poder pedir la reparación. El daño es, en este sentido, la razón de ser o la causa de la reparación, y esta es, a su vez, la finalidad de la responsabilidad del Estado.

2.5 LA REPARACION COMO DEBER DEL ESTADO INFRACTOR

En los términos anteriormente señalados, la reparación comprende las diversas formas en que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, es decir, la responsabilidad internacional genera la obligación de reparar los daños causados al sujeto lesionado.

La reparación comprende, las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su naturaleza y su monto dependen de la magnitud del daño causado tanto en el ámbito material como moral.

⁹⁹ DIEZ DE VELASCO, Manuel. Op. Cit. Págs. 488 y 489.

¹⁰⁰ HENAO, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 36

¹⁰¹ HENAO, Juan Carlos. Ídem.

El surgimiento de la obligación de reparación da lugar a una nueva relación jurídica, entre el Estado al cual se le imputa el ilícito internacional, y el sujeto que tiene la facultad de exigir una reparación por los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación internacional.

Con lo anterior, “la relación causal entre el hecho ilícito del infractor y la obligación de reparación, establece la responsabilidad internacional con carácter objetivo”¹⁰². Se ha entendido que, la reparación debe eliminar, en la medida de lo posible, las consecuencias del acto ilícito y restablecer las cosas al punto de cómo deberían existir si el acto no hubiera sido cometido, se habla así, de una reparación integral, donde, en caso de no ser posible, debe pagarse el equivalente en dinero al monto de la *restitutio in integrum* del derecho romano.

La obligación de reparación establece los diversos medios con que cuenta el Estado infractor, para liberarse de la responsabilidad que acarrea la comisión de un ilícito internacional, para que así se restituya al lesionado a la condición en la que se encontraba antes del acontecimiento generador de dicha responsabilidad. Esta obligación está dirigida a eliminar las consecuencias de la infracción y no el daño eventualmente causado, dado que la ilicitud del hecho no implica la existencia de un daño.

La reparación debe en todo caso, ser proporcional al perjuicio que se haya causado al sujeto lesionado, no debe por tal ser menor al perjuicio, es decir que debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante. De la misma manera debe repararse el daño moral. Tampoco la reparación puede ser superior al daño causado ya que ésta no puede ser una fuente de enriquecimiento para la víctima.

“La responsabilidad internacional del Estado se configura, por consiguiente, como una relación, en la que la reparación constituye, la consecuencia casi exclusiva de la relación jurídica de responsabilidad, cualquiera que sea la modalidad que dicha reparación pueda revestir (restitución, satisfacción o indemnización)”¹⁰³.

2.5.1 Clases de Reparación

Las modalidades a través de las cuales el Estado infractor puede reparar al sujeto lesionado son: la satisfacción, la restitución y la indemnización.

a) Satisfacción

¹⁰² JOFRE, Jimena y OCAMPO, Paula. Op. Cit. Pág. 148

¹⁰³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. Cit. Pág. 186.

Es la manera adecuada de reparar los perjuicios no materiales que se hayan ocasionado, es decir, que trata de resarcir los daños morales y no patrimoniales de una determinada conducta.

b) Restitución

Se considera la manera ideal de reparación, pues procura el *statu quo ante* del sujeto lesionado. Se entiende a la restitución por tanto como el restablecimiento de la situación anterior configurándose en un deber para el Estado infractor.

“El propósito de la restitución en especie es establecer la situación que hubiera existido de no haber ocurrido el acto u omisión ilícita, mediante el cumplimiento de la obligación que el Estado dejó de cumplir; la revocación del acto ilícito; la restitución de la propiedad incorrectamente confiscada o la abstención de un acto ilícito ulterior”¹⁰⁴.

Ahora bien, en aquellos casos en los cuales exista imposibilidad jurídica o material de restitución, debe acudir a la restitución por sustitución, mediante la cual se paga el equivalente en dinero de la restitución en especie, es pues aquí cuando se habla de indemnización.

c) Indemnización

Es la forma más común de reparación debido a la frecuente imposibilidad que se presenta de volver las cosas a su estado anterior. Por medio de esta figura, como se dijo anteriormente, se trata de compensar en dinero los perjuicios producidos a causa del hecho ilícito internacional.

La indemnización debe contener el pago tanto de perjuicios materiales, donde se encuentran el daño emergente y lucro cesante, como los extra patrimoniales.

El daño emergente hace referencia al detrimento o pérdida de los ingresos de las víctimas, los gastos realizados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que presenten un nexo de causalidad con los hechos del caso. Dicha pérdida debe ser inmediata y cuantificable, mientras que. Por su parte el lucro cesante es definido como la ganancia dejada de percibir.

Los daños morales por su parte, son la afectación o dolor interno que sufre la víctima o sus familiares por los hechos generadores del daño o perjuicio.

¹⁰⁴ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Editorial Tecnos, 1980. Pág. 339

3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Una consecuencia lógica del reconocimiento internacional de que el bien común de toda sociedad tiene que cimentarse en la persona, ha sido el fenómeno de la protección jurídica de los derechos humanos a través de un régimen de derecho positivo internacional¹⁰⁵, pues la experiencia mundial ha demostrado que no basta con las garantías ofrecidas por los ordenamientos jurídicos internos para hacer posible la efectividad de los derechos del hombre, mas aun si se advierte la falta de voluntad política para cumplir lo estipulado en las normas referentes a derechos humanos¹⁰⁶.

Actualmente el reconocimiento de los derechos humanos es principio general de derecho constitucional, y en derecho internacional es considerado norma de *ius cogens*, lo que implica un riguroso e imperativo cumplimiento por la comunidad internacional. Dicha comunidad ha plasmado en numerosos instrumentos, tanto la enunciación de los mencionados derechos, como los mecanismos para garantizar su salvaguarda.

La naturaleza especial de los tratados de derechos humanos deriva de que son tratados que protegen un bien superior, la persona humana. En ese sentido, la Corte Interamericana ha establecido que los tratados de derechos humanos se inspiran en valores comunes superiores centrados en la protección del ser humano¹⁰⁷, por lo que, a diferencia de otros tratados internacionales, los de derechos humanos no son tratados concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para beneficio mutuo de los Estados, sino que son tratados cuyo objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros Estados contratantes. Así, con base en dicho objeto y fin es que los tratados de derechos humanos deben interpretarse y aplicarse¹⁰⁸. De esta manera, los Estados asumen obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción, obligaciones que pueden ser tanto de carácter pasivo como obligaciones positivas¹⁰⁹.

¹⁰⁵ AGUDELO RAMÍREZ, Luís E. Realidad jurídica de los Derechos Humanos. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Nueva América, 1984. Pág. 55.

¹⁰⁶ GARCÍA BAUER, Carlos. La Observancia de los Derechos Humanos y la Estructuración del Sistema Internacional de Protección en el Ámbito Americano. En: La Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. 1980. Pág.19.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán, Sentencia del 15 del septiembre de 2005. Serie C. No. 134, Párr. 105.

¹⁰⁸ En este sentido ver: Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. *Ibíd.* Párr. 105; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125. Párr.101.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán, *Op. Cit.* Párr. 114.

Muestra de la necesidad de un derecho positivo internacional en materia de derechos humanos, lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de José de Costa Rica¹¹⁰ que tiene aplicación internacional en todos los Estados que la han ratificado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos institucionalizó convencionalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, definió cuales son los derechos que los Estados se comprometen a respetar y garantizar, así mismo reorganizó la Comisión Interamericana y creó la Corte Interamericana¹¹¹ para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados ratificantes.

En Colombia tiene total aplicación el Pacto de San José¹¹², primero, por aplicación del bloque de constitucionalidad, y segundo, por el reconocimiento de la competencia de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos por parte de Colombia el 21 de junio de 1985. En esta fecha el Estado Colombiano presentó un instrumento que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indefinidamente sobre hechos acerca de la interpretación o aplicación de la Convención. Mediante este mismo instrumento, Colombia también “reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno”¹¹³.

Partiendo del marco expuesto, dentro de los últimos años Colombia ha sido objeto de múltiples demandas en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Estas demandas surgieron como denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o CIDH, interpuestas por entidades no gubernamentales, y que finalmente fueron dispuestas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o CORIDH.

Fruto de estas denuncias, Colombia ha sido condenada duramente y obligada a pagar grandes sumas por concepto de indemnizaciones, entre otras de las

¹¹⁰ En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de 26 Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978.

¹¹¹ Durante el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA fue aprobado el Estatuto de la Corte y, en agosto de 1980, la Corte aprobó su Reglamento, el cual incluye las normas de procedimiento. El 25 de noviembre de 2003 durante el LXI período ordinario de sesiones, entró en vigor un nuevo Reglamento de la Corte, el cual se aplica a todos los casos que se tramitan actualmente ante ella.

¹¹² En Colombia este instrumento fue aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

¹¹³ BARBOSA, Francisco. Op. Cit. Págs. 478 y 479.

sanciones que la Corte dispone para los Estados. Es por esto que se hace necesario estudiar a fondo las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para analizar cómo se le imputa la responsabilidad internacional a Colombia y en dónde encuentra su fuente.

3.1 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PARA LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como ya se hizo referencia, en el derecho internacional general, la responsabilidad internacional se configura cuando se ha incumplido una obligación internacional adquirida por el Estado. En efecto, en los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹¹⁴, se establece lo siguiente: “Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional”. Así, la calificación de la infracción hecha se regirá por el Derecho Internacional y no podrá estar afectada por lo que se señale en la normatividad interna respectiva¹¹⁵.

En materia de derechos humanos en el sistema interamericano, el hecho ilícito internacional surge cuando el Estado viola los deberes de respeto y garantía consagrados en la Convención Americana y el hecho le es imputable. Y cabe advertir, en caso de violación de derechos humanos, no es necesario que exista un daño para que se configure la responsabilidad, pues cualquier incumplimiento de una obligación internacional por parte de un Estado, genera un daño *per se*¹¹⁶. Pese a lo anterior, en los procesos contra un Estado por afectación a éstos derechos, se suele exigir la presencia de un sujeto lesionado con el incumplimiento de la obligación.

Si bien la Convención Americana hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado por violaciones a la misma.

“Con base a ello, la Convención constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado

¹¹⁴ Adoptados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) el 9 de agosto de 2001, e incorporados por la Resolución A/56/83, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de Enero de 2002

¹¹⁵ Artículo 1º y 3º del “ Proyecto de Artículos Aprobados Provisionalmente por el Comité de Redacción en Segunda Lectura”, Comisión de Derecho Internacional, 52º período de sesiones, Ginebra, 10 de julio a 18 de agosto de 2000.

¹¹⁶ NASH ROJAS, Claudio. Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chile: Universidad de Chile y Centro de Derechos Humanos, 2004. Pág. 8. Citado por: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. La Responsabilidad Internacional del Estado por el Hecho de Terceros. Bogotá. 2007. En: <http://www.acj.org.co>.

internacional de derechos humanos *vis-à-vis*. el Derecho Internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al Estado debe ser efectuada a la luz de la propia Convención.

El origen mismo de la responsabilidad de un Estado surge, por ende, de la inobservancia de las obligaciones recogidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”¹¹⁷.

Tales obligaciones son asumidas por cada uno de los Estados, no solo frente a la comunidad interamericana, sino también frente a cada uno de los Estados que ha suscrito la Convención y, frente a todos los individuos nacionales o extranjeros sujetos a su jurisdicción, pues son éstos los directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por ella¹¹⁸.

A continuación se analizarán las obligaciones internacionales generales contraídas por los Estados al ratificar la Convención Americana, esto es, las obligaciones de respetar y hacer respetar los derechos contenidos en la misma, motivo por el cual el Estado únicamente será responsable cuando en virtud del incumplimiento de dichas obligaciones, se produzca el menoscabo de cualquier derecho reconocido en la Convención y éste le sea imputable según las reglas de derecho internacional.

En este sentido, nos referiremos a los artículos 1 y 2 de la Convención Americana que contienen las obligaciones *erga omnes* ya señaladas.

El artículo 1 de la Convención establece la Obligación de los Estados de respetar los derechos, así:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y 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.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

Además, el artículo 2 de la Convención regula el deber de los Estados de adoptar disposiciones de Derecho Interno, de manera que,

¹¹⁷ SAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Bench Memorandum. Concurso Interamericano de Derechos Humanos 2008. American University Washington College of Law. Pág. 4.

¹¹⁸ AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal. Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado. Caracas: Editorial Monte Ávila, 1997. Pág. 76.

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

La primera obligación hace referencia al respeto de los derechos y libertades contenidos en la Convención por parte del Estado en el ejercicio de la función pública. La obligación de respeto se incumple cuando un órgano o funcionario del Estado, o funcionario de una institución de carácter público, por acción u omisión, lesiona indebidamente los derechos contenidos en la Convención¹¹⁹. En este sentido, ésta obligación implica un límite al ejercicio del poder público, de manera que establecen ciertas esferas del ámbito humano que no se pueden vulnerar ni en las que se puede penetrar.

En principio la Corte ha establecido que todo menoscabo a los derechos humanos será imputable al Estado si puede ser atribuido, según las reglas de derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, comprometiendo de este modo la responsabilidad del Estado en los términos previstos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1 de la Convención¹²⁰.

Lo anterior, es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de derecho internacional, que el Estado responde por los actos que sus agentes realizan al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aun si actuaran fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno¹²¹.

De igual manera en el Caso de Pueblo Bello contra Colombia estableció la Corte:

“La responsabilidad internacional del Estado se funda en “actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía,

¹¹⁹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4; Caso Godínez Cruz. Sentencia del 20 de Enero de 1989. Serie C. No. 5 y Caso Fairén Garbi y Solís Corrales. Sentencia del 15 de marzo de 1989. Serie C. No. 6

¹²⁰ Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C. No. 110; Caso Cinco Pensionistas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No; Caso Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre del 2003. Serie A. No. 18

¹²¹ SAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Op. Cit. Pág. 5.

que violen la Convención Americana¹²², y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. En estos supuestos, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios¹²³. Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste”

Por su parte, la obligación de garantía, implica el deber de los Estados parte de organizar las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el ejercicio de estos derechos en los términos consagrados en la Convención.

Respecto a la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos, ha señalado la Corte que:

“Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos¹²⁴.”

La obligación de prevenir, así como la de investigar, es una obligación de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado¹²⁵, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

Según la Corte, por aplicación del deber de prevención,

“(…) el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos (...). El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales¹²⁶.”

Por su parte, la Corte ha dicho que el deber de investigar constituye un medio para garantizar los derechos humanos, así,

¹²² Ver entre otros: Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op. Cit. Párr. 110.

¹²³ *Ibíd.* Párr. 110; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109. Párr. 141.

¹²⁴ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Op. Cit.

¹²⁵ *Ibíd.* Párr. 175.

¹²⁶ Corte IDH. Casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbí y Solís Corrales. Op. Cit.

“El Estado está en el deber jurídico de (...) investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables (...) Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”¹²⁷.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Estado finalmente deberá imponer las sanciones pertinentes a los responsables de las violaciones de los derechos contenidos en la Convención y asegurar a la víctima una adecuada reparación. El Estado debe procurar, “(...) además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹²⁸.

Finalmente, respecto del deber general del artículo 2 de la Convención, la Corte ha señalado que implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹²⁹, en este entendido deben pues los Estados, fortalecer su legislación interna con mecanismos jurídicos eficaces que eviten y contrarresten la violación de los derechos contenidos en la Convención.

Igualmente la Corte ha indicado que la legislación por sí sola no es suficiente para garantizar la plena efectividad de los derechos, sino que es necesaria una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Dicha conducta, por su parte, debe resultar suficiente y adecuada para la consecución del fin perseguido¹³⁰.

3.2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS DE TERCEROS

Las obligaciones *erga omnes* adquiridas por los Estados suscriptores de la Convención, no se agotan en el deber de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sino que como ya se expuso, se extienden al de velar por esos derechos, garantizando el cumplimiento de las obligaciones

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Ver entre otros: Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op. cit. Párr.. 109; Caso Instituto de Reeducación del Menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párr. 206.

¹³⁰ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Op. Cit. Párr.142.

internacionales por personas privadas e impedir las violaciones. Lo anterior implica que, si estas últimas atentan contra derechos humanos, aun cuando su actividad este desligada de la administración, puede generar la responsabilidad internacional del Estado, pues éste debe otorgar una adecuada protección a las víctimas y proporcionar los mecanismos suficientes para obtener una indemnización justa y una condena en contra de los agentes de la violación, materializándose en todo caso, los deberes de prevenir, investigar y sancionar arriba comentados.

Queda claro, que, en principio, es imputable al Estado toda violación de los derechos humanos, por una acción directa de sus agentes. Sin embargo no solo en estos casos puede verse comprometida su responsabilidad, ampliándose por tanto las situaciones en las que se exige al Estado garantizar estos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente al Estado, por ser un obra de un particular, puede acarrear su responsabilidad, no por ese hecho en sí mismo considerado, sino por no haberse tomado las medidas necesarias para evitar tal transgresión.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana señalando que la responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado pues “los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona¹³¹. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”¹³².

Con lo anterior se evidencia además, que solamente los Estados tienen la condición jurídica, como sujetos de derecho internacional, de responder por los atentados contra los derechos humanos, dado que son éstos los que adquieren el compromiso de respetarlos y garantizarlos. En este sentido, en el derecho internacional de los derechos humanos no es factible demandar a los particulares, como si podría ocurrir en otras ramas como el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario.

Los Estados pues, deben impedir que conductas de terceros vulneren bienes jurídicos. En este sentido la Corte en Opinión Consultiva 18 de 2003 señaló:

“Se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de

¹³¹Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Op. Cit. Párr.140.

¹³²Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op. Cit. Párr.111.

asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”¹³³.

Ahora bien, sabiendo que la responsabilidad internacional del Estado, puede configurarse por la conducta de actores no estatales, es necesario analizar las principales estructuras de imputación bajo las cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a los Estados cuando son los particulares los transgresores de tales derechos. En este sentido, y siguiendo los postulados del Doctor Eduardo Montealegre Lynett¹³⁴ hablaremos de tres criterios utilizados por el Tribunal Interamericano, a saber: la ausencia de prevención razonable, la posición de garante en virtud de competencias institucionales y la posición de garante en virtud de injerencia.

3.2.1 Ausencia de Prevención Razonable

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no puede atribuirse responsabilidad al Estado por todas las graves violaciones a los derechos humanos que se presentan en su territorio ni por cualquier situación de riesgo. En consecuencia, tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: primero, que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos; y segundo que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles.

En este sentido, el Tribunal Interamericano en la sentencia del Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, acogiendo los postulados de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha establecido como requisito para la determinación de la responsabilidad del Estado, que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo¹³⁵.

Es decir, “que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar

¹³³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Op. Cit. Párr.140.

¹³⁴ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. Cit.

¹³⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Op. Cit. Párrs.123 y 124

de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado”¹³⁶.

Por su parte, cuando la conducta violatoria de los derechos humanos es atribuible a actores estatales, el Estado quebranta una obligación de resultado y la responsabilidad surge de manera inmediata. Ahora bien, si tal conducta es atribuible a actores no estatales, para imputar responsabilidad al Estado, se deben determinar tres elementos: Primero los instrumentos de prevención utilizados; segundo, la calidad de la respuesta; y finalmente la reacción del Estado ante tal conducta. Estos aspectos, se determinan usualmente a través del estándar de la diligencia debida¹³⁷.

En este sentido, cuando la violación ha ocurrido con apoyo o aquiescencia de las autoridades, el Estado es directamente responsable, por cuanto transgrede la obligación general de respetar los derechos humanos; por su parte, cuando la conducta es desplegada por un tercero, la responsabilidad surge por dejar de garantizar con la debida diligencia los derechos y libertades humanas. Al respecto considera el Dr. Montealegre Lynett:

“Mientras los principios de atribución de responsabilidad estatal por conductas de actores no-estatales son normas del derecho internacional que han sido extendidas al derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad por el incumplimiento del deber de la diligencia debida, referida a la protección de los ciudadanos ante la violación de derechos humanos, surge de disposiciones específicas del derecho de los derechos humanos. En este contexto, la razón principal para considerar a un Estado responsable, no es la complicidad o aquiescencia del Estado en la conducta del actor no-estatal, sino la falla en la garantía de protección, con la diligencia debida, de los ciudadanos ante tal conducta”¹³⁸.

Centrándonos más en los casos colombianos, tenemos que la Corte Interamericana, ha desarrollado el tema de la debida diligencia. Así por ejemplo, en el caso de la Masacre de Mapiripán concluyó que las autoridades estatales tenían el deber de adoptar medidas para prevenir la masacre y, una vez consumada, de recuperar los cuerpos de las víctimas, investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los actos ilícitos, mas sin embargo, la masacre se llevó cabo en una situación de absoluta desprotección, revelando además una serie de problemas ocurridos a lo largo de las investigaciones que evidencian graves faltas a la debida diligencia en la conducción de las acciones oficiales¹³⁹.

¹³⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. Cit.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op.Cit. Párr. 226.

Por su parte en el caso de Pueblo Bello, La Corte establece que si bien la masacre fue organizada y perpetrada por miembros de grupos paramilitares, aquella no habría podido ejecutarse “si hubiera existido protección efectiva de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado. Ciertamente no existen pruebas ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese un nexo entre miembros del Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar en este caso en particular es atribuible al Estado en la medida en que éste no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias descritas”¹⁴⁰.

Como se ha dicho, tratándose de una violación a los derechos por parte de un tercero ajeno al Estado, éste es responsable cuando no actúa con la diligencia debida, estándar de diligencia que a su vez se determina por la proporcionalidad de las cargas impuestas al Estado en relación con la situación económica y social que afronte, esto para determinar si el Estado ha actuado razonablemente en la prevención de las vulneraciones a los derechos.

En tal sentido, la Corte Interamericana en la sentencia del caso Pueblo Bello vs Colombia, aceptó el principio de proporcionalidad al señalar lo siguiente: “Ciertamente el principio de proporcionalidad constituye un importante criterio o herramienta de aplicación e interpretación normativa interna y de instrumentos internacionales, para determinar la responsabilidad del Estado. Ello depende de la naturaleza del derecho que se alega violado, de las limitaciones generales o específicas que admita su goce y ejercicio, y de las particularidades de cada caso”¹⁴¹.

Al respecto podemos decir que uno de los principales inconvenientes con que se enfrenta un Estado al momento de cumplir con sus deberes, es el de poder establecer prioridades según sus posibilidades, a fin de satisfacer las necesidades de toda la comunidad. Es aquí donde juega un papel fundamental el principio de proporcionalidad pues permite ponderar los intereses sociales en colisión. Consciente de tal circunstancia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha señalado que frente a obligaciones como la de velar por la seguridad e integridad de los habitantes, “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos”, y en consecuencia no está obligado a realizar acciones de imposible cumplimiento.

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Op.Cit. Párr. 140

¹⁴¹ Este criterio también ha aceptado la Corte Europea, al señalar en el caso Kilic vs Turquía, que al Estado no es viable imponerle cargas “imposibles y desproporcionadas”.

Ahora, si bien en virtud del principio de proporcionalidad, el Estado puede optar por reducir la protección de un derecho en aras de la realización de otro, eso no significa que pueda hacer elecciones caprichosas y arbitrarias, y por tanto, como se dijo en la sentencia de Pueblo Bello Vs. Colombia “ (...) el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado exige establecer prioridades teniendo en cuenta las restricciones de recursos y las disponibilidades efectivas de un Estado, las cuales pueden convertirse en limitantes válidas al goce de un derecho cuando responden a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”¹⁴².

Así por ejemplo, la fuerza pública no podría concentrar toda su infraestructura militar en un reducido sector del territorio donde el orden público esté amenazado, pues una decisión tal resultaría desproporcionada, no razonable, en la medida en que dejaría de considerar el derecho a la seguridad y la integridad de los demás habitantes del país, quienes quedarían completamente desamparados ante cualquier eventualidad. Su obligación consiste en sopesar los diferentes derechos e intereses involucrados al momento de tomar una decisión y velar por su máxima realización en la medida de lo jurídica y fácticamente posible¹⁴³.

En este punto, la Corte Interamericana en el caso analizado, ha sostenido que un Estado no puede invocar como elemento justificante, que concentró todos sus esfuerzos en la lucha contra la guerrilla pues también debe combatir las estructuras paramilitares.

3.2.2 Posición de Garante en Virtud de Competencias Institucionales

De acuerdo con esta estructura de imputación, no es necesario que exista un acuerdo entre el agente estatal y los terceros que atentan contra los derechos humanos. Bajo este presupuesto, el hecho cometido por el tercero le es imputable a un agente estatal, cuando éste tiene una posición de garante institucional de la cual surgen específicamente deberes de protección.

Esta estructura se fundamenta en la teoría de la imputación objetiva que parte de la delimitación de ámbitos de responsabilidad. Para saber cómo se delimitan esos ámbitos de competencia, la doctrina acude pues, a la estructuración de la posición de garante, que se concreta cuando el sujeto pertenece a una institución que lo obliga a prestar ciertos deberes de protección a personas que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad. Se caracteriza por tanto, porque la posición de garante surge aunque el sujeto no haya creado los riesgos para los bienes jurídicos.

Así, cuando dentro de las competencias específicas del servidor público está precisamente la de evitar determinados riesgos contra los derechos humanos

¹⁴² Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op. Cit. Párr. 103. Literal i.

¹⁴³ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. Cit.

provenientes de terceros, y, pese a ello, omite el cumplimiento del deber específico de protección, es entonces cuando se ve comprometida la responsabilidad estatal. Siendo así, “el incumplimiento de los deberes de protección implica que el hecho del tercero le es atribuible al servidor público aunque éste no hubiese intervenido directa o indirectamente en la realización de las vulneraciones a los derechos humanos. Por ende, al ser atribuido al agente público, inmediatamente surge la responsabilidad internacional del Estado por la omisión imputable a uno de sus representantes”¹⁴⁴.

Esta categoría fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mapiripán vs Colombia, en el cual miembros de la fuerza pública no impidieron que grupos paramilitares incursionaran en una población, ocasionando innumerables crímenes contra los derechos humanos de las personas de esa comunidad; criterios reiterados en los casos de Pueblo Bello y Valle Jaramillo y otros, ambos Vs. Colombia, donde se manifestó:

“Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”¹⁴⁵.

Al respecto es pertinente observar lo manifestado por la Corte Constitucional Colombiana precisamente frente al caso de la masacre de Mapiripán, donde establece que la fuerza pública tiene dentro de su ámbito de responsabilidad la protección de los derechos de los ciudadanos, y si un miembro de ella, no evita la producción de hechos lesivos por parte de terceros, éstos le son imputables. En esa oportunidad el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“(…) si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa (...) o mediante una omisión (...). En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. (...)”

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op. Cit. Párr. 111; Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Op. Cit. Párr. 113; Caso Valle Jaramillo y Otros. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C. No. 192. Párr. 77.

(...) las Fuerzas Militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber – irrenunciable- de proteger.

(...) Respecto de dicho deber, las fuerzas armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado en proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones a los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos. (...)

(...) Como se ha destacado antes, en Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado. Es decir, se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargada a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal¹⁴⁶.

Lo dicho, es reiterado también por la Corte Interamericana. Al respecto, en el caso de la Masacre de Ituangó reconoce la especial condición de las autoridades policiales y militares como garantes de la población civil, y por ende de quienes se exige un cabal cumplimiento de sus funciones, en aras de garantizar la protección y disfrute de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana¹⁴⁷.

3.2.3 Posición de Garante en Virtud de Injerencia

La Corte Interamericana frente a violaciones de derechos humanos por terceros ajenos al Estado, ha desarrollado otro criterio de imputación de responsabilidad estatal basada en el llamado pensamiento de injerencia, así, quien con una conducta precedente origina riesgos para los bienes jurídicos, tiene el deber de revocar el peligro. Es decir, “los riesgos anteriores creados en la vida de relación, originan una posición de garante que se fundamenta en la libertad de administrar y

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001. M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴⁷ Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituangó. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C. No. 148. Párr. 327.

crear peligros al interior de la actividad social. Quien crea riesgos debe asegurarlos, y si el riesgo se exterioriza, surgen los deberes de salvamento”¹⁴⁸.

Para que se estructure esta categoría de imputación, se requiere la concurrencia de tres elementos: primero, un riesgo precedente creado por el Estado; segundo, el incumplimiento de los deberes de salvamento, esto es, la revocación efectiva del peligro creado o unas conductas diligentes tendientes a ello; y tercero, un nexo normativo entre el riesgo precedente y los hechos.

Frente al tema de la injerencia, un amplio sector de la doctrina considera que el comportamiento estatal precedente debe ser contrario a derecho, de tal suerte que, a quien actúa conforme a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos convenidos, nada se le puede imputar. Siendo así, si el Estado crea riesgos que son permitidos y que no atentan *ab initio* las obligaciones *erga omnes* adquiridas al suscribir la Convención, las consecuencias derivadas de ese peligro no le son atribuibles.

Pese a lo anterior, la doctrina también expone casos en los cuales el comportamiento anterior ajustado a derecho crea riesgos especiales. En esta hipótesis, el Estado crea riesgos que no transgreden las obligaciones de respeto y garantía de los derechos, sin embargo, el nivel de peligro es superior al normal. En estos casos, los riesgos serán revocados si llegan a presentarse violaciones a derechos fundamentales. “Desde esta perspectiva el hecho ilícito internacional surge por un acontecimiento sobreviviente: una medida que *ab-initio* está conforme a la convención se torna contraria a ella cuando los hechos demuestran que la aplicación de la medida interna está vulnerando en forma grave los derechos humanos, y, se ha convertido en un riesgo sensible y desaprobado porque terceros lo están utilizando para atacar a la población civil”¹⁴⁹.

Así por ejemplo, cuando un Estado toma medidas en aras de garantizar ciertos intereses jurídicos de la población, y estas son indebidamente utilizadas por terceros para atentar contra otros bienes protegidos, el comportamiento precedente es un riesgo especial que genera deberes de injerencia. Es decir, obligaciones de revocar el riesgo, de controlarlo, de eliminarlo. En este sentido, si el Estado, omite esta revocación vería comprometida su responsabilidad internacional.

El Tribunal Interamericano, desarrolló este planteamiento en la sentencia de Pueblo Bello Vs. Colombia, en el sentido de que si un Estado crea objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes, con base en la expedición de normas que propician la violación de los derechos por parte de terceros, éste debe adoptar

¹⁴⁸ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. Cit.

¹⁴⁹ Ídem.

las medidas adecuadas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Frente al caso en particular consideró:

“En el presente caso, la Corte reconoce que el Estado adoptó varias medidas legislativas para prohibir, prevenir y castigar las actividades de los grupos de autodefensa o paramilitares (supra párrs. 95.8 a 95.20) y, en atención a la situación particular del Urabá antioqueño, región donde está ubicado el corregimiento de Pueblo Bello, el conocimiento de la situación de riesgo y de la necesidad de controlar la zona se materializó en la adopción de una serie de medidas en este sentido, a saber: la creación en 1988 de la Brigada XI en Montería y la Brigada Móvil Número Uno, y la emisión del Decreto No. 0678 de 14 de abril de 1988 para el “restablecimiento del orden público” en esa zona y que creó la Jefatura Militar del Urabá Antioqueño (supra párrs. 95.6, 95.7 y 95.26). Por ende, es claro que las autoridades estatales tenían conocimiento de la posibilidad de que aquél riesgo específico derivado de las actividades de personas o grupos paramilitares, se viera concretado en situaciones que afectaran a la población civil.

Sin embargo, esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear. Con la interpretación que durante años se le dio al marco legal, el Estado propició la creación de grupos de autodefensas con fines específicos, pero éstos se desbordaron y empezaron a actuar al margen de la ley. De este modo, al haber propiciado la creación de estos grupos el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso. La declaratoria de ilegalidad de éstos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Esta situación de riesgo, mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la obligación de investigar con toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil”¹⁵⁰.

3.3 EL CONCEPTO DE VICTIMA PARA LA CORIDH

La Corte Interamericana ha señalado que entre sus principales preocupaciones se encuentra la protección a las víctimas y la reparación de los daños por éstas sufridos. Sin embargo, debemos partir del hecho de que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no hay una definición del concepto de víctima, sin embargo, haciendo un análisis del texto del artículo 1 de la Convención Americana¹⁵¹, se puede decir que se considera víctima, a aquella

¹⁵⁰ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Op. Cit. Párrs. 125 y 126.

¹⁵¹ Reza el precitado artículo: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y 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,

persona sujeta a la jurisdicción de un Estado, sin discriminación alguna, que haya sido vulnerada en los derechos y libertades que consagra la Convención, entendiéndose por persona a todo ser humano.

A lo largo de sus sentencias, la Corte Interamericana ha desarrollado distintos grados de determinación de las víctimas ante el sistema, por lo cual es necesario entrar a analizar los criterios por ésta utilizados.

3.3.1 ¿Quiénes pueden ser víctimas?

No cabe duda que la razón de ser de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es precisamente, la protección de las personas. A nivel interamericano podemos partir de lo preceptuado por el artículo 1.2 de la Convención que establece que “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Lo anterior se corrobora si tenemos en cuenta que a lo largo del desarrollo jurisprudencial, la Corte Interamericana se ha dedicado casi que exclusivamente a proteger los derechos de las personas cuando estos han sido violados por los Estados.

Cabe resaltar que para poder iniciar un proceso ante el Tribunal Interamericano, es necesario que la presunta víctima sea determinada e individualizada¹⁵², pues solo así será posible establecer quiénes son beneficiarios de la reparación a que haya lugar.

Frente al tema de la individualización de las víctimas, debe decirse que frente a los casos contenciosos, la Corte se mantiene en no aceptar casos con víctimas que no estén previamente determinadas e individualizadas. Sin embargo sucede algo diferente respecto a la protección de la “comunidad”, en tratándose de medidas provisionales. En este sentido podemos referirnos al caso de Medidas Provisionales respecto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó en Colombia, pues en éste la Corte decidió proteger a las personas que pese a no estar individualizadas, se encontraban en la misma situación de riesgo de las que si lo estaban. Dijo en esa oportunidad la Corte:

“En las circunstancias actuales del presente caso, *en la* Comunidad de Paz de San José de Apartadó hay personas que prestan diferentes servicios a la Comunidad cuya vida e integridad personal están en la misma situación de riesgo, quienes no están determinadas, pero que pueden ser identificadas e individualizadas por este vínculo de servicio que tienen con dicha Comunidad.

sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

¹⁵²Reglamento de la Corte IDH. Artículo 33.1

Por ello, esta Corte considera necesario mantener las medidas provisionales en favor de las personas ya protegidas en la Resolución del Presidente de 9 de octubre de 2000 y la Resolución de la Corte de 24 de noviembre de 2000, como también, por las razones expresadas en los escritos presentados por la Comisión y el Estado y los respectivos alegatos expuestos durante la audiencia pública celebrada el 13 de junio de 2002, ampliarlas a todas las personas que tengan un vínculo de servicio con dicha Comunidad de Paz.¹⁵³

No obstante lo anterior, la Corte reitera que pese a que al conceder medidas provisionales, se tenga como referente a la comunidad o sociedad, lo que se intenta proteger en todos los casos es a la persona individualmente considerada.

En otro sentido, y debido a que como se ha dicho, el objeto de protección de la Convención es la persona humana, “la Comisión y la Corte han sido reacias a aceptar que existan personas jurídicas que sean víctimas por sí mismas. Por esa razón ha limitado el alcance a que las víctimas pueden ser las personas que pertenecen o componen la persona jurídica, pero no el ente ficticio como tal”¹⁵⁴.

3.3.2 Ampliación del concepto de víctima

Uno de los avances más importantes desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el de abrir paso al reconocimiento de los familiares de las que podríamos llamar víctimas directas, al reconocimiento de una violación hacia ellos por los hechos ocurridos, con la subsiguiente reparación por el perjuicio sufrido.

En sus sentencias la Corte recuerda que los familiares de la víctima pueden ser a su vez víctimas de una violación. En este sentido los familiares pueden ser víctimas directas, por ejemplo cuando han visto violado su derecho a un recurso judicial efectivo o a libre circulación, pero también pueden ser víctimas como consecuencia directa de la muerte o desaparición de un familiar, toda vez que estos hechos generan un sufrimiento natural, innato a la condición humana dada la proximidad del vínculo familiar.

Al respecto la Corte en el caso de la Masacre de Mapiripán señaló: “Los familiares de las víctimas serán acreedores de las reparaciones que el Tribunal fije en su propio carácter de víctimas de las violaciones a la Convención declaradas, así como de aquellas que fije la Corte en su carácter de lesionados como

¹⁵³ Corte IDH. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Resolución del 18 de junio de 2002.

¹⁵⁴ ACOSTA LOPEZ, Juana Inés. La Protección de Víctimas Indeterminadas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (Trabajo de Grado). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2005. Pág. 15.

consecuencia de las violaciones cometidas en perjuicio de las aproximadamente 49 víctimas reconocidas por el Estado”¹⁵⁵.

En el mismo sentido, citando entre otras las sentencias de las masacres de Mapiripán, Pueblo Bello, Rochelas y los 19 comerciantes, el común denominador fue entender que los familiares inmediatos de las víctimas, esto es, los hijos, padres, cónyuge o compañero (a) y hermanos, debían ser considerados como parte lesionada, pues era evidente que la muerte de una persona generaba sufrimientos y angustias en detrimento de su integridad psíquica y moral, que debían ser reparados, agregando además, que no se exige probar o acreditar el daño sufrido pues éste se presume.

Así por ejemplo en la sentencia del caso de los 19 Comerciantes, dijo la Corte:

“En cuanto a los familiares inmediatos de los 19 comerciantes, la Corte ha presumido que los sufrimientos o muerte de una persona acarrearán a sus hijos, cónyuge o compañera, padres y hermanos un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo. Tal y como ha dicho la Corte, “se puede admitir la presunción de que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo”, así como también se puede presumir que la muerte de una persona ocasiona a sus hermanos un daño inmaterial. Según ha establecido la Corte, el sufrimiento ocasionado a la víctima “se extiende a los miembros más íntimos de la familia, en especial aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima”¹⁵⁶.

3.4 PERJUICIOS Y REPARACIONES

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la reparación de las violaciones cometidas, constituye uno de los principios más importantes del derecho de gentes y que, la obligación de reparar es de derecho internacional, pues éste, constituye o reconoce el derecho o la libertad, estatuye el deber de repararlos y previene las consecuencias de la vulneración¹⁵⁷.

Es pues, un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente¹⁵⁸. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Esto implica que la Corte, para fijar las

¹⁵⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op. Cit. Párr. 257

¹⁵⁶ Corte IDH. Caso de los 19 comerciantes. Op. Cit. Párr.249.

¹⁵⁷ BARBOSA, Francisco. Litigio Interamericano. Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de los Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano. Pág. 255.

¹⁵⁸ Ver entre otros: Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Op. Cit. Párr. 226.

reparaciones correspondientes, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de derecho internacional aplicables a la materia.

El sustento normativo en materia de reparaciones lo encontramos en el artículo 63.1 de la Convención, que otorga a la Corte la facultad de determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación. De esta manera ha desarrollado sus propios criterios en lo referente a la “reparación integral del daño”¹⁵⁹; en este sentido no solo se preocupa por los perjuicios pecuniarios derivados de la violación, sino que de manera integral, ha valorado todas aquellas afectaciones de múltiples características que deben ser reparadas a través de diferentes mediadas específicas, dependiendo de las particularidades y magnitud de la afectación¹⁶⁰. Siendo así, la reparación integral, no puede ser reducida al pago de una compensación por el daño sufrido¹⁶¹, ni puede implicar el empobrecimiento o enriquecimiento de la víctima¹⁶².

Considera la Corte que la reparación, en todo caso, debe buscar la plena restitución – *restitutio in integrum*- por el daño ocasionado, esto es, restablecer las cosas a como se encontraban antes de la violación y, solo en caso de no ser posible “determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”¹⁶³.

De esta forma la jurisprudencia distingue entre diversos tipos de daños, dividiendo éstos en dos grandes categorías: daños de carácter material y daños inmateriales.

El concepto de daño material atiende a las consecuencias de carácter patrimonial que tienen un nexo causal directo con el hecho ilícito. Entre los daños materiales reconocidos por la Corte se encuentran el daño emergente, el lucro cesante o pérdida de ingresos y el daño al patrimonio familiar considerado de manera independiente, así como otros gastos derivados de la búsqueda de un familiar, honras fúnebres, desplazamiento, exilio, pérdida de ganado, entre otros.

Respecto a la tasación del lucro cesante la Corte la lleva a cabo con los ingresos laborales que hubiera obtenido la víctima en su vida laboral probable (si ha sido asesinado o ha sufrido una desaparición forzada). Así mismo, en los casos en los cuales la víctima no ha sido asesinada o desaparecida, sino que sufrió unas lesiones que disminuyeron su capacidad laboral, el lucro cesante dependerá de las sumas dejadas de percibir desde el momento en que se produjo el daño.

¹⁵⁹ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op. Cit. Párr. 214

¹⁶⁰ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Op. Cit. Párr. 229.

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² Corte IDH. Caso de los 19 Comerciantes. Op. Cit. Párr. 223

¹⁶³ Ídem.

Señala la Corte que este rubro se calcula teniendo como base el salario devengado, prestaciones legales y extralegales y otros beneficios económicos que pudiera percibir con referencia a su relación laboral al momento de producirse el hecho ilícito internacional, esto hasta la fecha de su jubilación laboral; de allí en adelante, se tendrá en cuenta la pensión hasta el momento de la muerte natural, teniendo como marco la expectativa probable de vida en cada país, según el caso.

Frente al daño emergente, por ejemplo en el caso de los 19 Comerciantes, la Corte lo entiende como los efectuados por los familiares de las presuntas víctimas en su búsqueda.

La Corte ha establecido que el daño material debe estimarse con base en elementos de prueba que permitan acreditar un perjuicio cierto, sin embargo luego de dichas consideraciones, la Corte Interamericana en casos como las Masacres de Pueblo Bello, Mapiripán, Ituangó y los 19 Comerciantes, concluyó que si bien no mediaban en los procesos pruebas que acrediten el daño material, fijaría los montos de acuerdo a su arbitrio judicial y con base en la equidad.

El daño inmaterial por su parte, incluye “los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas.” Dentro de los daños inmateriales, la Corte ha reconocido, aunque no siempre explícitamente, daños de tipo moral, el daño al proyecto de vida, así como daños psicológicos, físicos y de carácter colectivo.

La Corte considera que estos tipos de daños no pueden cuantificarse en término económicos, por lo cual solo pueden ser objeto de compensación y ello de dos maneras. Primero, con el pago de una suma de dinero determinada en aplicación del arbitrio judicial y en término de equidad, y segundo requieren como respuesta, medidas de satisfacción y garantía de no repetición, que sobrepasan la esfera de lo estrictamente pecuniario¹⁶⁴.

Respecto a la compensación monetaria por perjuicios materiales, la Corte ha señalado que esto se debe a la gravedad de los hechos, la impunidad parcial, la intensidad del sufrimiento de las víctimas, las alteraciones en sus condiciones de existencia, entre otros. Recalca además que si bien la jurisprudencia internacional ha establecido que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación suficiente por el daño moral, la gravedad de las violaciones a los derechos justifican dicho pago.

Ahora bien, no cabe duda que uno de los criterios más innovadores que ha venido aplicando la Corte hace referencia a lo que ésta ha denominado “otras formas de reparación”, esto es, las mediadas de satisfacción y las garantías de no repetición, entre las que se incluyen varias que apuntan a una reparación simbólica y otras

¹⁶⁴ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op. Cit. Párr. 284

orientadas a la prevención de violaciones, construyendo las condiciones para evitar la repetición de las mismas. De este modo se plantea el deber del Estado de adoptar diversas medidas adecuadas para que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad.

El establecimiento de las medidas mencionadas atiende a que el deber de reparar el daño no se satisface solamente por medio del ofrecimiento de una cantidad de dinero a los familiares de las víctimas, sino que reivindica el derecho que asiste a los familiares de éstas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los hechos.

De la misma manera, la Corte ha sido enfática en la importancia de la utilización e implementación de este tipo de medidas en los países que han ratificado el Pacto de San José, y por el hecho mismo de ser consideradas como reconstructoras del tejido social, se instauran como un deber general, consagrado positivamente en el artículo 1.1 de la Convención, que exige además que estas violaciones no se repitan, es por ello que los Estados deben tomar todas las medidas preventivas y de no repetición necesarias para lograr este fin.

A lo largo de sus sentencias algunas de las medidas de satisfacción y garantía de no repetición impuestas por la Corte son:

- a) Obligación del Estado de investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables¹⁶⁵. En este sentido, la Corte reitera que el Estado está obligado a combatir tal situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos. Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer.
- b) Búsqueda, identificación y sepultura de las víctimas de la masacre¹⁶⁶. Lo anterior para que puedan ser honrados según sus respectivas creencias. Además, la Corte ordena al Estado cubrir los gastos de entierro de éstas, de común acuerdo con los familiares de las mismas.
- c) Tratamiento médico o psicológico adecuado a los familiares¹⁶⁷. Esta medida busca reducir los padecimientos físicos y psíquicos de los familiares

¹⁶⁵ Esta medida fue tomada en casos como: Masacres de Ituangó, Masacre de la Rochela, Masacre de Pueblo Bello, Masacre de Mapiripán y los 19 Comerciantes.

¹⁶⁶ Esta medida fue tomada en casos como: Masacre de Mapiripán, Masacre de Pueblo Bello y los 19 Comerciantes.

¹⁶⁷ Esta medida fue tomada en casos como: Masacres de Ituangó, Masacre de Mapiripán, Masacre de la Rochela, Los 19 comerciantes y la Masacre de Pueblo Bello.

inmediatos de las personas desaparecidas o privadas de su vida. El servicio debe igualmente, correr a cargo del Estado.

- d) Garantías estatales de seguridad para los familiares de las víctimas¹⁶⁸. Pues es esto permite reducir el temor de éstas de que puedan repetirse hechos similares.
- e) Disculpa pública, reconocimiento de responsabilidad internacional y publicación de las partes pertinentes de la sentencia¹⁶⁹, como medida de satisfacción a las víctimas y sus familiares más cercanos, y como acto de desagravio a las mismas.
- f) Creación de un monumento o la realización de una placa¹⁷⁰, como mediadas para prevenir que hechos tan graves vuelvan a ocurrir.
- g) Educación en derechos humanos¹⁷¹. En algunos casos el Estado deberá adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y sobre los límites a los que debe estar sometido.

¹⁶⁸ Esta medida fue tomada en casos como: Masacre de Mapiripán, Masacre de la Rochela, Masacres de Ituangó y Masacre de Pueblo Bello.

¹⁶⁹ Esta medida fue tomada en casos como: Masacres de Ituangó, Masacre de la Rochela, Masacre de Pueblo Bello, Masacre de Mapiripán y los 19 Comerciantes.

¹⁷⁰ Esta medida fue tomada en casos como: Masacres de Ituangó, Masacre de Pueblo Bello, Masacre de Mapiripán y los 19 Comerciantes.

¹⁷¹ Esta medida fue tomada en casos como: Masacre de Mapiripán, Masacre de la Rochela y Masacres de Ituangó.

4. LA INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA COLOMBIA

Es innegable el gran paso que dio la Constitución Política de 1991 con la consagración del Estado Social de Derecho, que reivindica al individuo como centro de la sociedad y de las acciones del Estado, y que reclama de éste, la efectividad de los derechos básicos, como realización del principio de dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Carta, que lo erige como fundamento esencial del Estado.

En este sentido, las conductas violatorias de la dignidad humana atentan contra la esencia del Estado Social de Derecho, el orden constitucional y la idea de justicia que lo inspira.

La adopción del modelo del Estado Social de Derecho implica que el Estado adquiere una doble obligación frente a los derechos humanos, en primer lugar el deber de respetar y garantizar el ejercicio de tales derechos, introduciendo mecanismos jurídicos eficaces que eviten y contrarresten su violación; y segundo, de responder en los casos en los que bien sea por la acción de sus agentes o por la omisión del deber de proteger dichos derechos, se presenten atentados contra los mismos.

De igual manera, para lograr la efectividad de los derechos constitucionales, se requiere hacer viable la cooperación multilateral, a través de la celebración de tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, aspecto que adquiere relevancia si tenemos en cuenta la internacionalización de los conflictos que versan sobre derechos humanos en la actualidad.

En este sentido, los instrumentos internacionales ratificados por el Congreso que versan sobre derechos humanos, constituyen, junto con nuestra Constitución Política, el marco normativo de movilidad de las actuaciones estatales. Lo anterior tiene su fuente en la consagración del artículo 93 Superior, que consagra la prevalencia de estos tratados y convenciones en el orden interno.

Siendo así, estos acuerdos internacionales tienen el carácter de normas de rango constitucional, es decir que prevalecen sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno, de manera que, en caso de contradicción, los preceptos contenidos en estos instrumentos se emplean de preferencia, en virtud de la aplicación del llamado bloque de constitucionalidad.

Dicho lo anterior, es claro que el compromiso que adquiere el Estado al ratificar este tipo de instrumentos internacionales, no es otro que el de hacer efectiva la Constitución misma, pues se reitera, es innegable que la obligación fundamental

de los Estados soberanos es proteger y garantizar los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Con lo expuesto se ratifica la importancia no solo de los organismos internacionales de protección de derechos humanos, sino de un ordenamiento jurídico interno efectivo, que además de respetar y proteger el ejercicio de los derechos, repare íntegramente las violaciones que sobre ellos se presentan. Es quizás este el punto neurálgico de la realidad colombiana, pues en nuestro país se continúan presentando altos índices de violación de derechos humanos, lo cual indica que el hecho de haber alcanzado en 1991 una Constitución altamente garantista, no es suficiente para que el respeto y defensa de éstos derechos sea una realidad.

Esto evidencia lastimosamente, y dada la situación de anormalidad que atraviesa Colombia, que nuestro ordenamiento jurídico no es claro ni estable, ayudado además por el hecho de que los órganos competentes para su aplicación no siempre lo hacen de una manera coherente y armónica con los preceptos internacionales de protección de derechos humanos que se ha comprometido a observar.

En este entendido, surge el interrogante de si solo deben acatarse las convenciones y tratados de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, en virtud de la aplicación del bloque de constitucionalidad, o si además, los pronunciamientos emanados por organismos internacionales, concretamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen incidencia en las decisiones de la justicia administrativa colombiana.

4.1 LA REALIDAD DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

Como ya se ha dicho, la Constitución Colombiana consagra el deber de la administración de reparar íntegramente los daños antijurídicos sufridos por los ciudadanos. No obstante, debemos señalar que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, no funciona estrictamente como protector de los derechos humanos, sino que tiene como eje central la reparación de los perjuicios, tal como se deduce de la lectura del artículo 90 de la Carta Política, en el cual se establece como objetivo prioritario de la responsabilidad administrativa la reparación de los daños.

Concretamente, la acción de reparación directa, instituida como medio para que las víctimas de un daño causado por la acción u omisión del Estado, reciban de éste una indemnización por el detrimento patrimonial y extrapatrimonial sufrido, no es considerada por la Corte Interamericana como un recurso efectivo e idóneo, pues para serlo, no solo debe limitarse a la reparación, sino que debe apuntar a

garantizar la imposición de sanciones a los responsables y la no repetición de las violaciones, además de las compensaciones a que haya lugar¹⁷².

Lo anterior se debe, básicamente, a que las sentencias condenatorias del Estado, por lo general, no estudian los derechos que fueron violados y la gravedad de los hechos, limitándose a determinar los daños causados, señalando un monto para resarcirlos, sin que esto conlleve un análisis de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, adquiridas por Colombia al suscribir la Convención Americana¹⁷³.

Pero resulta de vital importancia que el sistema de responsabilidad del Estado funcione correctamente, como instrumento efectivo para que los ciudadanos comprueben la presencia y la acción del Estado en vías de garantizar y respetar sus derechos. No se trata pues de esperar a que los asociados, una vez han sido lesionados sus derechos, recurran a los organismos internacionales de protección para obtener la reparación debida, pues para tal efecto existen los mecanismos internos de reclamación, que deben ser idóneos y efectivos para lograr el fin para el cual han sido creados.

Sin embargo, la administración de justicia en Colombia y concretamente el sistema de responsabilidad estatal, tiene que desafiar diferentes obstáculos, pues no solamente nos enfrentamos a la falta de credibilidad de las decisiones judiciales, sino también al hecho de que las mismas son tomadas en lapsos en extremo prolongados, lo cual genera significativos inconvenientes en la justicia administrativa que, pese a contar con dicho régimen permanece en el conflicto y la inseguridad.

Estos inconvenientes nos conducen a hablar de la denegación de justicia, definida a nivel internacional como un acto u omisión ilegal de la rama jurisdiccional que, bajo la apariencia de aplicar la ley, oculta en realidad una arbitrariedad¹⁷⁴.

Así pues, el deber del Estado en lo que respecta a la protección judicial, se cumple al poner a disposición de sus ciudadanos los funcionarios judiciales competentes y los recursos que necesitan cada vez que ejercitan sus derechos, y su responsabilidad en este sentido solo puede derivarse de la negativa a administrarla o en la negligencia en la administración de la misma.

¹⁷² GOMEZ OSORIO, Sonia Janeth y RINCON CASTRO, María Ximena. Sobre los paralelismos, contradicciones y antinomias de las jurisdicciones internas e internacional, en materia de indemnización por violaciones a los derechos humanos. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2006. Pág. 112.

¹⁷³ Ídem.

¹⁷⁴ GARCÍA, Amador. Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad. Escuela de Funcionarios Internacionales. Madrid, 1963. Pág.101-102.

En Colombia esa denegación de justicia se evidencia principalmente en las siguientes eventualidades:

- a) Cuando se impide que los administrados accedan a las autoridades judiciales competentes.

Es ésta la expresión típica de denegación de justicia. En estos eventos, o bien se niega a los afectados acceder a la jurisdicción competente para conocer su caso, o bien puede darse que los Jueces o Tribunales no cumplen con las funciones a su cargo, de manera que las personas no cuentan con la posibilidad de acudir a ellos para lograr la defensa de sus derechos.

- b) Por retardo injustificado en la administración de justicia.

La denegación de justicia también se configura en los casos en los que jueces o Tribunales prolongan o dilatan injustificadamente los términos para proferir una sentencia. Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional al manifestar que “El acceso a la administración de justicia, como lo ha dicho esta Corte, no debe entenderse en un sentido puramente formal, en cuya virtud pueda una persona acudir a los tribunales, sino que radica sobre todo en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera resolución - ya por la vía activa, ora por la pasiva- la obtenga oportunamente”¹⁷⁵.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha precisado que son tres los elementos a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: primero, la complejidad del asunto, segundo la actividad procesal del interesado y tercero, la conducta de las autoridades judiciales¹⁷⁶. Elementos que deben analizarse según las circunstancias de cada caso particular.

- c) Vicios procesales.

Bajo este postulado, la denegación de justicia se presenta cuando el procedimiento adolece de vicios tan graves, que vulneran las garantías indispensables para una correcta administración de justicia. En este caso, se hace necesario que las irregularidades en que se fundamenta la reclamación hayan sido en realidad las causantes del daño sufrido¹⁷⁷.

Lo que hace relevantes las mencionadas irregularidades, es que conlleven una violación de la legislación interna, o bien, impliquen un desconocimiento de las garantías esenciales de la administración de justicia¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia T- 341 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁷⁶ Ver entre otras. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Op. Cit. Párr. 171.

¹⁷⁷ GARCIA, Amador. Op. Cit. Pág. 116

¹⁷⁸ *Ibíd.*

d) Sentencias injustas

Para que pueda hablarse de denegación de justicia en estos eventos, debe probarse una manifiesta violación a la ley o la Constitución por parte del juez al momento de proferir una sentencia, o la mala fe de éste al aplicar una norma. En todo caso, para que una sentencia así proferida tenga la virtualidad de originar la responsabilidad del Estado, es necesario que tenga la clara intención de atentar contra la justicia.

Pese a todo lo anterior, no puede desconocerse el Estado Colombiano ha intentado tomar ciertas medidas, para lograr que los inconvenientes arriba descritos se minimicen, procurando una efectiva protección de los derechos humanos y una adecuada reparación en caso de vulneración de los mismos. Sin embargo, para la Corte Interamericana, los recursos disponibles internamente son inadecuados para resarcir los daños causados a las víctimas, por tal razón, entiende la Corte, que los mecanismos internos no satisfacen las obligaciones establecidas por la Convención en materia de protección judicial y no constituyen una vía eficaz y suficiente para juzgar, sancionar y reparar las consecuencias de las violaciones de los derechos protegidos por la misma.

4.2 LA INDEMNIZACION A LAS VICTIMAS DE VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA LEY 288 DE 1996

La Ley 288 de 1996, establece un mecanismo para indemnizar a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, en aquellos casos en que Organismos Internacionales, concretamente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hayan establecido de manera escrita y expresa, que el Estado Colombiano ha atentado contra dichos derechos y se haya recomendado el pago de una indemnización.

En este sentido, la ley estableció la obligación del Gobierno Nacional de crear un comité de ministros, encargado de evaluar el pronunciamiento de dichos Órganos Internacionales, y en todo evento en que el comité avale la decisión internacional, el Gobierno tiene el deber de indemnizar a las víctimas siguiendo el trámite establecido por la misma ley, evitando en todo caso la doble o excesiva indemnización de perjuicios¹⁷⁹.

Para que el mencionado comité, constituido por los Ministros del Interior, de Relaciones Exteriores, de Justicia y de Defensa Nacional, pueda emitir opinión favorable respecto al dictamen del Organismo Internacional, deben reunirse los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales aplicables, "Para ello tendrá en cuenta, entre otros

¹⁷⁹ Ley 288 de 1996. Artículo 14.

elementos, las pruebas recaudadas y las providencias recaídas en los procesos judiciales, administrativos o disciplinarios internos y en la actuación surtida ante el respectivo órgano internacional”.

En los casos en los que el Comité no emita un concepto favorable, la Ley establece expresamente que el Gobierno está obligado a apelar la decisión del órgano internacional pertinente, y prevé también que si el Gobierno no interpone el recurso de apelación correspondiente ante el sistema internacional dentro de los plazos señalados¹⁸⁰, debe cumplir las recomendaciones y pagar la indemnización.

Según lo establecido en la Ley, el paso siguiente es el envío de los casos con concepto favorable al agente del Ministerio Público delegado ante el Tribunal Contencioso Administrativo competente, y la celebración del trámite de conciliación previsto en la misma. Para cumplir con esta etapa se requiere, además, que el Gobierno destine de las partidas presupuestales suficientes para atender todas las indemnizaciones debidas y lo haga de manera oportuna, tal como lo establecen los artículos 3 y siguientes de la Ley analizada.

En los aspectos del trámite conciliatorio no previstos en ella, la Ley 288 hace una remisión expresa a la Ley 23 de 1991 y a las demás disposiciones legales y reglamentarias que regulen la conciliación; y en su artículo 12 dispone que “las indemnizaciones que se paguen o efectúen de acuerdo sus disposiciones, darán lugar al ejercicio de la acción de repetición de que trata el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política”.

Por su parte, el artículo 13 otorga al Ministro de Justicia la facultad de designar a los funcionarios del Gobierno Nacional que “pueden tener acceso a los expedientes administrativos, disciplinarios y judiciales, incluidos los tramitados ante la jurisdicción penal militar, para efectos de las actuaciones que deban surtirse ante los órganos internacionales de Derechos Humanos y, cuando sea el caso, para verificar la identidad de quienes deban beneficiarse de las indemnizaciones de que trata la presente ley, así como el monto de los perjuicios que deben ser objeto de las mismas”.

Valga destacar que el trámite antes descrito se encuentra previsto en nuestra legislación para efectos de ejecutar las sentencias proferidas por la Corte

¹⁸⁰ Tal como lo establece el Parágrafo 3 del artículo 2 de la ley 288 de 1996 “El comité dispondrá de un plazo de cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la notificación oficial del pronunciamiento del órgano internacional de que se trate, para emitir el concepto correspondiente. El plazo en mención comenzará a correr a partir de la fecha en que principie a regir la presente ley, respecto de los pronunciamientos de los órganos internacionales de Derechos Humanos que se hayan proferido con anterioridad a dicha fecha”.

Interamericana de Derechos Humanos, buscando hacer efectivo el cumplimiento de las mismas de manera eficaz.

Si bien es cierto, que la Ley 288 de 1996 representa un avance frente a la adecuación de los mecanismos internos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en Colombia, y permite la indemnización de los perjuicios sufridos por violaciones a los mismos, también lo es, que el contenido de la norma es bastante limitado.

En primer lugar, por cuanto el compromiso asumido se refiere únicamente al cumplimiento de las recomendaciones hechas por la Comisión Interamericana y por el Comité de Derechos Humanos, excluyendo las que puedan provenir de otros organismos intergubernamentales de protección de los derechos humanos, como la Organización Internacional del Trabajo o el Comité contra la Tortura. En segundo lugar, por cuanto la Ley no contempló la visión amplia de reparación a las violaciones de derechos humanos desarrollada por la jurisprudencia internacional, asumiendo por ejemplo, los postulados utilizados por la Corte Interamericana, limitándose a el pago de una indemnización económica, olvidando elementos como la reparación social, la reivindicación de los nombres de las víctimas, y en general, todos los mecanismos de satisfacción y garantías de no repetición.

Por lo anterior, la Comisión Interamericana se ha pronunciado reiteradamente recomendando al Estado Colombiano ampliar el régimen jurídico de indemnizaciones establecido en la Ley 288, a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de todos sus pronunciamientos y recomendaciones, al igual que las de otros organismos internacionales de tutela de los derechos humanos. Así, constantemente ha señalado que la indemnización monetaria no constituye por sí sola una reparación adecuada, por el contrario se requieren otros mecanismos, como reparaciones a la comunidad afectada, reparaciones simbólicas y sobre todo, el cumplimiento por parte del Estado del deber investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos, a fin de que se contrarrestare la impunidad¹⁸¹.

Debido a las falencias legislativas descritas, es necesario otorgarle al juez la posibilidad de acudir a otras fuentes normativas, como la jurisprudencia internacional, que se ha encargado de desarrollar ampliamente estas temáticas. Esto permite que sea la misma justicia interna la encargada de solucionar los conflictos que versan sobre derechos humanos, evitando de ésta manera el paso a instancias internacionales y consecuentemente la declaratoria de responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones.

¹⁸¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos define la Impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Caso de la Masacre de Mapiripán. Op. Cit. Párr. 237.

4.3 LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA COMO PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El bloque de constitucionalidad es un concepto acogido en principio por el Consejo Constitucional Francés, el cuál consideró que debido a la referencia o mención que hacía el preámbulo de la Constitución de 1946 a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ésta última se constituía también como una norma y principio con valor constitucional, lo que significa que condiciona la validez de las leyes. Es así como esta declaración retoma vida, formando parte del bloque de constitucionalidad de la normatividad francesa¹⁸².

En Colombia éste concepto tuvo un trascendental avance cuando fue incluido en la Constitución de 1991, principalmente en el artículo 93, permitiendo que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, obtuvieran la jerarquía de normas constitucionales, sin necesidad de estar integrados literalmente a la Carta Política, con el fin de proteger tales derechos y servir de lineamiento para hacer los controles de constitucionalidad a las demás leyes sin rango constitucional. Siendo así, la necesidad del bloque radica en la importancia de conjugar el principio de la supremacía de la Constitución con el de primacía del derecho internacional.

Así entonces podemos aplicar la definición utilizada por el doctor Enrique Quintero Valencia, quien manifiesta que el bloque de constitucionalidad es “el nombre que se da al conjunto de normas y principios que no aparecen en el articulado de la Constitución pero que, por su propio mandato se integran a ésta, y son los instrumentos conceptuales para la interpretación de su dinámica”¹⁸³. En el mismo sentido la Corte Constitucional comparte esta definición y en sentencia del año 1995 manifestó:

“El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”¹⁸⁴.

Pero en Colombia el bloque de constitucionalidad no es solo una herramienta para realizar el control de las normas, su propósito también es unificar el sistema de normas e impulsar el desarrollo de recursos constitucionales para la protección de derechos humanos.

¹⁸² FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2007.

¹⁸³ QUINTERO VALENCIA, Enrique. Naturaleza e Importancia del Bloque de Constitucionalidad. Manizales: Universidad de Manizales, 2007.

¹⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

En la carta política encontramos que son seis los artículos que determinan los lineamientos según los cuales se integran las normas internacionales al ordenamiento interno. Estos artículos son:

a) Artículo 9.

En éste se establece que las relaciones exteriores del Estado están fundamentadas en la soberanía nacional, así como también en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia¹⁸⁵, y que es mediante el ejercicio de los mismos que se edifican las relaciones con otros países.

b) Artículo 93.

Que reza: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

c) Artículo 94.

El cual determina que, por enunciarse determinados derechos y garantías en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no puede deducirse que son éstos los únicos que se han de reconocer. Se abre la posibilidad a la existencia de nuevos derechos que sean inherentes a la persona humana y con esta medida se impide que sean desconocidos.

d) Artículo 214 Numeral 2.

En tratándose de los estados de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas de derecho internacional humanitario”.

e) Artículo 53.

Según el cual, expresamente hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados.

f) Artículo 102 Inciso 2.

¹⁸⁵ ARANGO OLAYA, Mónica. El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Cali: Universidad ICESI, 2004.

Que consagra que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la República”.

4.3.1 Requisitos para que opere el bloque

Previo a la inclusión al bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales, cualquiera que sea su naturaleza, deben cumplir con dos requisitos fundamentales: Que hayan sido ratificados por el Gobierno Nacional y que “no contraríen o vulneren los preceptos consagrados en nuestra Carta Política, pues en el caso de que tal cosa ocurriera las cláusulas transgresoras serían inaplicables”¹⁸⁶.

Una vez observados estos requisitos generales, la Corte Constitucional ha expresado en repetidas ocasiones que la validez del bloque de constitucionalidad se origina en la expresa remisión de la Constitución¹⁸⁷, y en tal sentido será necesario para que una norma pueda ser parte del bloque, que se cumplan con los requisitos exigidos por el artículo 93 de la Carta Política.

Entonces, según el inciso primero del artículo 93, para que los contenidos de los tratados internacionales ratificados por Colombia que versan sobre derechos humanos tengan prevalencia en el orden interno, será necesaria la presencia de dos supuestos: por una parte que se observe el reconocimiento de un derecho humano y por otra que no se prohíba la limitación de dicho derecho durante los estados de excepción¹⁸⁸.

En el siguiente inciso del mismo artículo se habla de otro supuesto según el cual, se podrán integrar normas internacionales a la Constitución, a través del bloque. En tal sentido se ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución, se interpreten de acuerdo al lineamiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. “En esta forma de incorporación, el derecho humano ha de tener su par en la Constitución pero no requiere que el tratado se refiera a uno no suspendible en estados de excepción”¹⁸⁹. Así lo ha confirmado la Corte Constitucional, principalmente en Sentencia C-009 de 2000 donde analizó la inclusión de convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad.

4.3.2 Conceptos del bloque de constitucionalidad en *stricto y lato sensu*

Inicialmente para dar aplicación al bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional acogió indistintamente este concepto para denominar tanto a las

¹⁸⁶ ARANGO OLAYA, Mónica. Ob cit.

¹⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1993. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸⁹ FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. Ob cit.

normas de rango constitucional, a los parámetros de constitucionalidad de las leyes y también a las normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico¹⁹⁰. Posteriormente fue necesario para ésta Corporación, distinguir entre unos y otros tipos de normas que integraban el bloque, acogiendo para tal efecto los términos de bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* y en *lato sensu*, los cuales procedemos a explicar:

a) Bloque de constitucionalidad *Stricto sensu*.

Se entiende el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, cuando hace referencia a aquellas normas que efectivamente obtienen o alcanzan la jerarquía constitucional.

Así lo corrobora la Corte Constitucional en sentencia de 1998, donde establece que “de la noción que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos, cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción”¹⁹¹.

Entonces serán parte del bloque de constitucionalidad: El preámbulo, el articulado de la constitución, los tratados de límites ratificados por Colombia, los tratados de derecho humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, tomando esta última como un criterio relevante de interpretación¹⁹².

b) Bloque de Constitucionalidad *Lato sensu*.

Al tratar el sentido lato, nos remitimos a aquellas disposiciones que no poseen un rango constitucional, pero que aún así, comportan un parámetro de constitucionalidad de las leyes, esto debido a que pueden determinar la invalidez de una norma legal sometida a control¹⁹³. En este grupo entonces se incluyen aquellas normas de diversa jerarquía que tienen la función de ser un referente necesario a la hora de realizar el control constitucional de las normas que se han

¹⁹⁰ RUEDA AGUILAR, Dolores. El bloque de Constitucionalidad en el Sistema Colombiano. Institución Bancaria Múltiple. México. 2008.

¹⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹² UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal: Los Grandes desafíos del Juez Penal Colombiano. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

¹⁹³ RUEDA AGUILAR, Dolores. Ob cit.

de expedir, estas normas son: las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias. Es en este sentido lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C-658 de 1997 en donde sostuvo lo siguiente:

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos”¹⁹⁴.

Esta Corporación establece entonces unos requisitos para que ciertas normas puedan hacer parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*, estos son “(1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional”¹⁹⁵.

La inclusión de esta clase de leyes al bloque de constitucionalidad *lato sensu*, se debe a la aplicación de los artículos 151 y 152 de la Carta Política. La Corte Constitucional ha sostenido que estas leyes especiales, se ubican en principio al mismo nivel jerárquico que las leyes ordinarias, aunque se deben considerar en la revisión constitucional de estas últimas y en tal sentido es justificante ubicarlas en un peldaño normativo superior, encontrando este mismo en el bloque de constitucionalidad.

4.3.3 Doctrina y jurisprudencia de Organismos Internacionales frente al bloque de constitucionalidad.

En un principio se había manifestado, por parte de la Corte Constitucional que en desarrollo del artículo 93 superior, únicamente podían hacer parte del bloque, aquellas disposiciones de derecho internacional que trataran sobre derechos fundamentales que no fuera posible limitar en estados de excepción, u otras disposiciones a las que la Constitución hiciera referencia expresa.

¹⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-658 de 1997. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Corte Constitucional ha venido haciendo una interpretación progresiva de la Carta Política y en tal sentido, ha reconocido nuevas disposiciones como integrantes del bloque de constitucionalidad¹⁹⁶, en este entendido se ha tratado de incluir con carácter estrictamente vinculante a las recomendaciones, interpretaciones y también a la doctrina jurisprudencial que realizan los tribunales internacionales, relacionados con las normas internacionales que hacen parte del bloque.

Así, en virtud de la aplicación integral de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado, surgen instancias internacionales que se encargan de verificar el cumplimiento de los mismos y en desarrollo de sus funciones, emiten pronunciamientos en los cuales plasman sus lineamientos y directrices. Tales pronunciamientos como por ejemplo las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en algunos eventos, resultan ser vinculantes según lo determinó la Corte Constitucional en sentencia T-568 de 1999, de la siguiente forma:

“La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella (...) Como consecuencia de esta calificación podrá la comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria (...) Todos los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno (...) siendo por tanto el Estado el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas”¹⁹⁷.

Posteriormente la Corte Constitucional vuelve a tocar el tema pero con un efecto más progresista, vislumbrándose la fuerza especial que reconoce a la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Siendo así, el juez constitucional determina que la doctrina establecida por esas instancias sobre el alcance de un derecho, opera como una pauta normativa que debe ser tomada en consideración por los jueces, ya que el inciso segundo del artículo 93 ordena que los derechos constitucionales sean interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia¹⁹⁸. Al respecto señaló:

“La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha

¹⁹⁶ ARANGO OLAYA, Mónica. Ob cit.

¹⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1999. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁹⁸ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia. Bogotá, 2001. Pág. 23.

señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”¹⁹⁹.

En el mismo sentido, se ha establecido que debido a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el único organismo competente para interpretar la Convención, la interpretación que esta misma haga a través de su jurisprudencia o recomendaciones, resulta ineludiblemente vinculante para el Estado colombiano.

En atención a este criterio vinculante, la Corte Constitucional Colombiana ha venido acogiendo los criterios jurisprudenciales de las Cortes Internacionales progresivamente, tal tendencia se vislumbra en sentencia C-037 de 2006 en donde la Corte consideró:

“En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Petruzzi contra Perú consideró que constituía una violación al artículo 8.2 del Pacto de San José, el hecho de que la legislación interna prohibiese interrogar a agentes estatales cuyos testimonios constituyesen la base de una acusación. Así mismo, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el asunto Bönishc, y posteriormente en el caso Barberà, Messegú y Jabardo contra España estimó que “dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”²⁰⁰.

Esta ha sido la tendencia de la Corte Constitucional, así lo afirma el doctor Jaime Córdoba Triviño: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido citada de manera explícita por la Corte Constitucional como apoyo en la solución de cerca de 170 casos. Sin embargo, en numerosas decisiones la Corte ha incorporado los estándares judiciales interamericanos sin hacer una referencia explícita a ellos”²⁰¹.

En tal sentido la Corte Constitucional ha visto la necesidad de integrar la interpretación interna de los derechos fundamentales, con la interpretación que hagan los entes internacionales de los mismos, esto con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales²⁰², lo cual implica que las decisiones de los órganos internacionales con respecto a Colombia, adquieren un

¹⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2006. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁰¹ CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2007. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev>

²⁰² FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. Ob cit.

carácter vinculante, pues si todos los tratados que versan sobre derechos humanos que están ratificados por Colombia, que se refieran a derechos constitucionales, tienen rango superior y hacen parte del bloque de constitucionalidad, las recomendaciones y jurisprudencia, emitidas por las instancias internacionales que verifican el cumplimiento de tales tratados, deben ser incluidos como parte del mismo.

4.3.4 El Principio de Favorabilidad

Este principio surge tras la interpretación del inciso segundo del artículo 93 constitucional, que da como fruto la llamada regla hermenéutica de favorabilidad o principio *pro homine*. Esta regla consiste en la imposibilidad de restringir o menoscabar ninguno de los derechos reconocidos en un Estado por virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, argumentando que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en una menor medida²⁰³. En el mismo sentido afirmó la Corte Constitucional que “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que tratados de derechos humanos internacionales ratificados por Colombia no los reconocen o los reconoce en menor grado”²⁰⁴.

Así la Corte Constitucional también ha reconocido la importancia que debe darse al principio de favorabilidad, en el que no solo no pueden desconocerse ciertos derechos, sino que cuando el mismo derecho se consagre en diferentes ordenamientos otorgándole diferentes garantías, se deberá acoger aquel que resulte más beneficioso, esto lo ha manifestado en el siguiente sentido:

“Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”²⁰⁵.

²⁰³ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Op. Cit. Pág. 32.

²⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 1997. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

²⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001. M.P: Rodrigo Uprimny Yepes.

Ahora, frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Corte Constitucional ha acogido el concepto que este órgano internacional tiene frente al principio de favorabilidad, el cual ha establecido que:

“De modo reiterado la Corte Interamericana por medio de su jurisprudencia ha insistido en la necesidad de aplicar las disposiciones más favorables a la garantía del derecho a la libertad de expresión, muy en el sentido de lo dispuesto por el inciso (b) del artículo 29 de la Convención Interamericana: ‘Si a una misma situación son aplicables la convención Americana y otro tratado internacional debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana’. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos instrumentos pero no en la convención para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce”²⁰⁶.

De acuerdo a lo anterior, al momento de interpretar una regulación, debe escogerse aquella interpretación que resulte ser más favorable a la vigencia de los derechos humanos, para lo cual es necesario tener en cuenta la jurisprudencia de instancias internacionales²⁰⁷, las cuales se reitera, son una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados.

4.3.5 Valoración del bloque de constitucionalidad en Colombia.

La inclusión del bloque de constitucionalidad ha sido fundamental en Colombia, pues ha permitido que los tratados de derechos humanos y la doctrina y jurisprudencia elaboradas por instancias internacionales, hayan entrado con fuerza en la práctica judicial interna, evidenciando la consolidación de una cultura jurídica de los derechos humanos en el país.

Con lo expuesto, queda claro que los postulados y las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los derechos contenidos en el Pacto de San José, son vinculantes para la jurisdicción colombiana a la hora de tomar decisiones que involucren derechos humanos, lo cual es importante no solo para asegurar una mayor vigencia de los mismos, sino también para controlar la discrecionalidad de los jueces, que deberán adecuar su doctrina y jurisprudencia a esas pautas internacionales mínimas²⁰⁸.

Como ya se mencionó, la Corte Constitucional ha señalado que integran el bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, las disposiciones contenidas en tratados de derechos humanos que no pueden suspenderse en estados de excepción, esa intangibilidad, en la mayoría de los casos está definida en el mismo tratado que las

²⁰⁶ Corte IDH. La colegiatura obligatoria de periodistas, opinión consultiva OC5 de 1985. Citada en: el caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros), sentencia de 5 de febrero de 2001.

²⁰⁷ ARANGO OLAYA, Mónica. Ob cit.

²⁰⁸ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Op. Cit. Pág. 28

contiene. Sin embargo en algunos eventos frente a derechos complejos, termina siendo la jurisprudencia del órgano internacional de protección correspondiente, el que define el alcance de la cláusula de intangibilidad. En este sentido, termina siendo la jurisprudencia del Tribunal Internacional, la que define el contenido del bloque de constitucionalidad²⁰⁹.

Ahora bien, se ha dicho que los criterios vinculantes son las interpretaciones que el Tribunal Interamericano haga de los derechos convencionales. Sin embargo, debe resaltarse que tales derechos no pueden ser considerados de manera aislada, sino dentro del marco de las obligaciones generales de respeto y garantía de los mismos. En este entendido, toda interpretación realizada por la Corte Interamericana tiene su punto de partida en las obligaciones *erga omnes* contenidas en el artículo 1.1 de la Convención, y siendo así, debemos decir que tan vinculante es el concepto de la Corte sobre cada derecho en si mismo considerado, como la interpretación que del mismo se haga en cada caso concreto bajo el marco de los deberes de respeto y garantía de los derechos.

En este sentido el Doctor Uprimny Yopez²¹⁰ señala que la importancia de la doctrina y jurisprudencia de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe a que el lenguaje propio de los tratados de derechos humanos es abierto, y protegen a las personas de arbitrariedades contra sus derechos, sin embargo éstos convenios no precisan el alcance de esas posibles arbitrariedades, cobrando importancia la jurisprudencia de éstos órganos, pues a través de casos individuales, o por medio de comentarios generales, ha ido definiendo el alcance de esos conceptos abiertos.

Siendo así, los criterios de responsabilidad estatal asumidos por la Corte Interamericana, cuando se presentan violaciones a derechos por parte de terceros (Criterios estudiados en el capítulo tercero), deben ser tenidos en cuenta, por ser una interpretación específica del deber de prevención, que a su vez desarrolla la obligación de garantía de todos derechos humanos, constituyendo en todo caso una pauta relevante de interpretación, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado.

Sin embargo no puede desconocerse que el Consejo de Estado a partir de 1991, ha desarrollado ampliamente el régimen de responsabilidad por hechos de terceros, que en algunos aspectos se asemeja al internacional. Sin embargo, es en aquellos puntos de divergencia, o donde simplemente no haya un pronunciamiento judicial interno, donde toman mayor relevancia los postulados de la Corte Interamericana para imputar responsabilidad al Estado por violación de

²⁰⁹ CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. Op. Cit. Pág. 6.

²¹⁰ UMPRIMNY YEPEZ, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Op. Cit. Pág. 24.

los derechos humanos, en consideración al principio de favorabilidad antes referido.

Además de lo anterior, surge la duda de si conceptos como el de víctima o de reparaciones, asumidos por las instancias internacionales, también deben ser tenidos en cuenta como parte del bloque de constitucionalidad. En este sentido debe aclararse que si bien la Corte Constitucional no los entiende como parte del bloque, si se ha fundamentado en criterios de la Corte Interamericana al hablar de reparaciones.

Siendo así, encontramos un significativo avance en lo manifestado por la Corte Constitucional, la cual ha entendido que los derechos de las víctimas no pueden limitarse a la reparación material de los perjuicios, sino que debe buscarse una reparación integral, lo que incluye además, el derecho de las víctimas a la verdad y a la justicia.

En efecto, para justificar su posición, en sentencia C-228 de 2002, manifestó:

“En el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos, conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención Americana. Como quiera que según el artículo 93 constitucional, “los derechos deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es necesario que la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea valorada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. (...)

“Así, por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, se consagra el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo, el cual ha sido interpretado por la corte Interamericana, como ya se anotó, no solo como el derecho a una reparación económica sino además como el derecho a que la verdad sobre los hechos sea efectivamente conocida y se sancione justamente a los responsables”. (...)

“En un caso reciente, la misma Corte Interamericana señaló como contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, las leyes que dejaban a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia, a pesar de que el estado estaba dispuesto a reconocerles una reparación económica”²¹¹.

Con lo anterior, concluyó la Corte:

“Tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia, no restringida exclusivamente a una reparación económica, fundada en los

²¹¹ Corte IDH. Caso Barrios Altos. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C. No. 75

derechos que tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afectan y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exigen a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello solo es posible si se garantiza a las víctimas y perjudicado, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos”²¹².

Consideramos que además de lo anterior, los postulados de la Corte Interamericana deben ser observados por la jurisdicción administrativa interna, pues no tiene sentido que la justicia colombiana condene al Estado por vulnerar los derechos humanos, y sin embargo no se repare adecuadamente los perjuicios sufridos por las víctimas, más aún si se tiene en cuenta que la reparación es la forma como el Estado hace frente a la responsabilidad en la que ha incurrido.

4.4 LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA COMO PRECEDENTE JUDICIAL

Para determinar la fuerza vinculante de la jurisprudencia internacional, en Colombia, se ha tenido un primer avance, que como ya se manifestó, hace referencia a la aplicación del bloque de constitucionalidad. En este sentido la Corte Constitucional manifiesta que las normas de derechos humanos contenidas en tratados ratificados por Colombia, que no puedan ser suspendidos en estados de excepción, tienen jerarquía y valor constitucional. La Corte Constitucional además ha considerado que frente a tratados de derechos ratificados, pero cuya suspensión sea admisible, deben servir de parámetro de interpretación a las decisiones judiciales cuando tengan relación con derechos fundamentales, lo que ha promovido la incorporación a los estándares internacionales de derechos humanos al ordenamiento interno colombiano.

En este entendido cabe preguntarse cuál es el valor o la fuerza vinculante que se reconoce a los pronunciamientos emanados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de la actividad interpretativa de sus preceptos.

4.4.1 El Precedente judicial

Podemos decir que en Colombia, el precedente judicial ha sido instaurado principalmente con dos finalidades:

La primera, parte de reconocer que en el proceso de aplicación del derecho, es inevitable la incidencia de factores subjetivos en la decisión que debe tomar el juez en cada caso concreto. En este sentido para respaldar una decisión justificada y racional, se recurre al precedente con el fin de obtener corrección y racionalidad

²¹² Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002. M.P: Rodrigo escobar Gil.

en las decisiones judiciales, garantizando así principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la unidad del ordenamiento jurídico, principio de confianza legítima, el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, entre otros²¹³.

La segunda, hace alusión a la necesidad de adaptar el derecho a una sociedad que permanentemente está cambiando. Debido a la dinámica social, es necesario aplicar mecanismos que eviten el anacronismo de las normas, para lo cual es imposible y además atenta contra la seguridad jurídica, estar expidiendo y derogando normas continuamente. Para esto, el precedente judicial se constituye en la herramienta perfecta para determinar el sentido en el que ha de variar cierta interpretación de determinada norma, haciendo que por una parte, ésta se adapte a la sociedad, y que por otra, sea ésta la única interpretación válida para la misma, garantizando las condiciones de igualdad.

Siendo así, resulta evidente la necesidad de instaurar un modelo de precedente, que sirva como herramienta interpretativa y argumentativa en el proceso de aplicación del derecho. Para esto han surgido diferentes modelos que se utilizan para explicar la importancia de ésta institución desde el punto de vista pragmático y racional.

Inicialmente se posiciona la filosofía del derecho según la cuál se pueden adoptar dos tipos de argumentos que fundamentan la importancia del precedente:

a) Argumento Pragmático.

Manifiesta que la aplicación del precedente ofrece los beneficios de aplicación uniforme de las leyes, economía procesal, predicibilidad de las decisiones judiciales y seguridad jurídica. Se resalta como internacionalmente se ha reconocido que “la tarea del funcionario judicial se ve favorecida en los eventos en que el mismo encuentra consolidada una interpretación del derecho aplicable a cada caso”²¹⁴.

b) Argumento de Justicia Formal.

Se justifica el uso del precedente, en la medida en que se garantiza el principio de igualdad, entendido como la obligación de prestar trato igual por parte de las instancias judiciales a los casos con circunstancias similares²¹⁵. En este sentido no puede obviarse la necesidad de acoger los postulados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues si se entiende que son estos obligatorios, deberán

²¹³ PARRA, María Victoria. El Precedente Judicial en el Derecho Comparado. En: Criterio Jurídico Santiago de Cali. Cali, 2004.

²¹⁴ PARRA, María Victoria. Ob cit.

²¹⁵ MORAL SORIANO, Leonor. El Precedente Judicial. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002.

serlo para todos aquellos que accedan a la justicia, reconociendo así el principio de igualdad.

Por su parte, y seguido de la Filosofía del derecho, acogemos los postulados de Perelman, quien recurre a dos argumentos que sirven de fundamento racional al precedente²¹⁶:

a) El Argumento Ab exemplo.

Según este, el enunciado normativo deberá tener el significado que previamente se le ha atribuido por alguien. Entonces el juez para atribuir un significado a cierta norma, tendrá que remitirse a decisiones previas en las cuales se haya fijado dicho significado.

En este sentido retomamos la jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos y recordamos que es relevante y vinculante su jurisprudencia, pues es éste el único organismo facultado para interpretar la Convención, determinando así el significado que deba tomarse en el ordenamiento interno de su articulado normativo.

b) El Argumento de Autoridad.

Este argumento estipula que el operador jurídico le da validez a la interpretación empleada, en razón de que quien la emite es un juez o tribunal con autoridad para hacerlo y por eso resulta vinculante. “La autoridad cumple en el razonamiento jurídico una función argumentativa, en tanto proporciona una razón para justificar una decisión”²¹⁷.

En cuanto a este argumento también es posible remitirnos a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues este tribunal a través de sus pronunciamientos se constituye en una fuente material del derecho en razón de ser una autoridad frente a la jurisdicción colombiana. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, quien en sentencia C - 010 de 2000, manifestó: “Es la Corte Interamericana el Organismo competente para “interpretar con autoridad” la Convención Interamericana”.

Finalmente, podemos hablar de una regla de justicia, que se fundamenta en el principio de igualdad, en el que situaciones integradas en una misma categoría deberán ser tratadas de manera idéntica. Sin embargo, bajo este entendido, también es posible introducir cambios al tratamiento de estas situaciones cuando exista una justificación para hacerlo. Aquí están involucradas tres reglas, a saber:

²¹⁶ MAGALONI, Ana Laura. El Precedente Constitucional en el sistema judicial norteamericano. Madrid: Editorial Mac Graw Hill, 2002.

²¹⁷ MAGALONI, Ana Laura. Ob cit.

a) La Regla de Universalidad.

“Supone que el significado que un juez ofrece a un enunciado normativo, sea enunciado en términos universales, con lo cual se logra establecer normas interpretativas universales que constituyen barreras contra la arbitrariedad”²¹⁸.

b) La Regla de Consistencia.

En razón de la ambigüedad de las normas, es al operador jurídico a quien corresponde llenar estos vacíos normativos. Para esto se le ofrece al juez la herramienta del precedente judicial, el cual garantiza la igualdad formal según la cual supuestos similares deberán recibir igual tratamiento.

c) Principio de inercia.

Según el cual, existen condiciones que imposibilitan seguir aplicando el mismo parámetro de interpretación, aun cuando se está en presencia de un caso similar. Para estos eventos, el funcionario que pretenda aplicar una solución diversa, deberá explicar coherentemente las razones por las cuales se aparta del precedente. Pero entonces resultara lógico afirmar que quien no se aparte de la decisión ofrecida por el precedente, no se encuentra en la obligación de argumentar, pues el argumento está plasmado en el mismo precedente.

4.4.2 El precedente judicial y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como se ha dicho, en la actualidad y dadas las circunstancias históricas de total desprotección a los derechos esenciales de la humanidad, el discurso de los derechos humanos ha cobrado vital importancia, razón suficiente para que los Estados, a través de la suscripción de diferentes instrumentos, se comprometan al fortalecimiento y vigencia de los mismos, tanto a nivel interno como internacional.

Siendo así, el ordenamiento internacional en materia de derechos humanos, que en principio no ostentaba una fuerza vinculante, hoy, no solo se equipara por virtud de la instauración del bloque de constitucionalidad, a las normas que sirven como parámetro para establecer la validez y legitimidad del derecho y las decisiones internas, sino que se acompaña del establecimiento de organismos a los cuales les corresponde determinar si ha habido alguna transgresión por parte de los Estados, y además, de establecer la doctrina que fija el alcance y contenido de la preceptiva internacional.

²¹⁸ LOPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional. Bogotá: Editorial Legis, 2000.

Así las cosas, la globalización del derecho de los derechos humanos, implica no solo el establecimiento de un conjunto de preceptos con pretensión de validez internacional, sino el acatamiento de las decisiones emanadas por los organismos internacionales revestidos de competencia para interpretar el contenido de dichos preceptos, es decir, al lado de la aceptación de una normatividad internacional, que reposa en diversos tratados y convenciones, debe observarse el contenido de la doctrina que sienta el alcance de la misma, para que en verdad pueda hablarse de la vigencia de un principio de igualdad en materia de derechos humanos.

Pese a esto, no han faltado quienes sostienen que los operadores jurídicos colombianos, solo están vinculados por el texto de la Convención Americana y por las decisiones judiciales que le ordenan al Estado una determinada conducta. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Interamericana, carecería de valor jurídico o eficacia alguna.

Para refutar lo anterior, partimos de lo manifestado y reiterado por la Corte Constitucional en sus sentencias, donde establece que la jurisprudencia emanada por la Corte Interamericana, constituye un criterio hermenéutico relevante, para determinar el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, incluyendo lógicamente la interpretación que ésta haga de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual supone, que se acoja la jurisprudencia emitida por éste Organismo Internacional para interpretar el alcance de los tratados y de los propios derechos constitucionales²¹⁹.

Según lo manifiesta el doctor Córdoba Triviño, el razonamiento que soporta lo anterior es sencillo. “Los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia tienen prelación en el ordenamiento interno. Las normas de dichos tratados que no puedan ser suspendidas tienen jerarquía y valor constitucional. Las restantes normas del tratado sirven de parámetro de interpretación para las cláusulas constitucionales que incluyen derechos fundamentales. Ahora bien, algunas de estas normas tienen como intérprete autorizado a la Corte Interamericana. En esta medida, al aplicar dichas disposiciones al ordenamiento interno, es necesario tener en cuenta, de manera particularmente relevante, la doctrina fijada por éste tribunal”²²⁰.

La Corte Constitucional también ha dicho que así como los jueces colombianos se encuentran sometidos al control que ella ejerce y por tanto al precedente sentado en su jurisprudencia, estas decisiones también se encuentran sometidas al control y a los estándares que en materia de derechos humanos defina la Corte Interamericana. En efecto en sentencia C-590 de 2005 precisó:

²¹⁹ En este sentido ver: Corte Constitucional. Sentencia SU- 058 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Y Sentencia C-010 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²²⁰ CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. Op. Cit. Pág. 3

“Nadie pensaría que viola la distribución constitucional de competencias la posibilidad de que una Corte Internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueda ordenarle al estado, a través de una decisión judicial, que revoque una sentencia de última instancia y profiera una nueva decisión de conformidad con los derechos humanos que el Estado Colombiano se ha comprometido a proteger. En este sentido la Corte Interamericana no estaría siendo la última instancia en materia civil, contenciosa o constitucional, sino cumpliendo su labor como órgano encargado de asegurar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en aquellos países del continente que la han suscrito y han aceptado someterse a su jurisdicción”²²¹.

Además de lo anterior, otro fundamento en pro de la instauración de la doctrina de precedentes en relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se extrae del compromiso adquirido por el Estado Colombiano de “respetar los tratados de derechos humanos, y por ello, en función del principio *Pact Sunt Servanda*, todos los funcionarios del Estado, incluyendo a los jueces, deben esforzarse por aplicar esos tratados”²²².

Sumado a esto, se encuentran las obligaciones que surgen del artículo 2 del Pacto de San José, conforme al cual, Colombia adquiere el compromiso de adecuar su legislación interna a los parámetros fijados por la Convención, lo que conlleva por supuesto, a adoptar la interpretación de los derechos conforme a las pautas que concretan esos mandatos.

Lo dicho anteriormente, no significa que se trate de equiparar la responsabilidad interna a la responsabilidad internacional, pues ambos sistemas tienen fundamentos diversos. Lo que se busca es que los pronunciamientos de organismos internacionales sean tenidos en cuenta por la justicia interna a la hora de decidir un caso, en aras de lograr una efectiva protección de los derechos humanos y lógicamente evitar que el proceso llegue a instancias internacionales, y que se vea comprometida la responsabilidad internacional del Estado.

Al respecto es preciso anotar además, que la regla del previo agotamiento de los recursos internos, como condición de admisibilidad de las denuncias ante la Corte Interamericana, por un lado, permite al Estado resolver él mismo su conflicto antes de verse enfrentado a un proceso internacional, y por otro, salvaguarda el carácter propio de las formas de reparación de los instrumentos internacionales, consideradas complementarias y no excluyentes unas de otras, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso en particular²²³

²²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P: Jaime Córdoba Triviño.

²²² UPRIMNY YEPEZ, Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Op. Cit. Pág. 25.

²²³ Corte IDH. Caso Velázquez Rodríguez. Op. Cit. Párr. 61.

5. CONCLUSIONES

- La justicia administrativa colombiana ha desarrollado el tema de la responsabilidad estatal por hechos de terceros, fundamentando sus decisiones en tres títulos jurídicos de imputación a saber: la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial. Sin embargo, como se deduce de la redacción del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el objetivo prioritario de la responsabilidad administrativa es la reparación de los daños, la indemnización a las víctimas. Por esta razón, podemos afirmar que el sistema de responsabilidad colombiano, no funciona en estricto sentido, como protector de los derechos humanos.
- En materia de derechos humanos, la inserción de los Estados a la comunidad internacional, la ratificación de tratados y la creación de organismos supranacionales de justicia, tienen como fin la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas, siendo así, una vez manifestado el consentimiento de un Estado respecto de los acuerdos a través de la ratificación, éstos se convierten en obligaciones ineludibles.
- El Estado Colombiano al suscribir la Convención Americana no solo adquirió el deber de respetar los derechos humanos, sino también de prevenir que terceros ajenos al Estado, atenten contra los mismos. En este sentido, verá comprometida su responsabilidad cuando no utilice todos los medios disponibles para evitar que terceros violenten derechos contenidos en el Pacto de San José.
- El carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos y la regla de previo agotamiento de los recursos internos como requisito de admisibilidad de las peticiones presentadas ante el mismo, permiten al Estado involucrado, resolver por sus propios medios el conflicto, antes de verse enfrentado a un proceso internacional, por tal razón, los recursos internos deben ser adecuados para la protección y salvaguarda de los derechos contenidos en la Convención Americana.
- Si bien en Colombia, con la expedición de la ley 288 de 1996 se han presentado algunos avances en procura de una adecuada reparación a las víctimas de las violaciones de derechos humanos, las medidas tomadas se limitan al pago de una indemnización económica, sin contemplar la visión amplia de reparaciones asumida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableciendo por ejemplo, mecanismos para la plena satisfacción de las víctimas y las garantías de no repetición.
- Pese a lo anterior, la Corte Constitucional ha dado un significativo avance en materia de reparaciones, pues acogiendo los postulados de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, ha entendido que los derechos de las víctimas no se limitan a una reparación económica, sino que debe buscarse además la justicia y la verdad en las decisiones judiciales.

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano dotado de plena competencia y cuyos pronunciamientos tienen fuerza vinculante para la justicia colombiana. Este carácter vinculante no se interpreta como una afectación a la soberanía, ni quebrantamiento de la estructura institucional interna, pues Colombia ha aceptado libremente someterse a los preceptos del sistema interamericano de derechos humanos.
- La armonización de los sistemas interamericano y nacional, más allá de pretender una simple asimilación o adecuación de los preceptos internos a los desarrollos del sistema interamericano en los puntos discordantes, involucra el funcionamiento mismo de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial del estado, cuya ineficiencia es padecida por los usuarios de la administración de justicia y que ha propiciado la declaratoria de responsabilidad internacional del estado.
- En virtud de la aplicación del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los derechos contenidos en el Pacto de San José, son vinculantes para la jurisdicción colombiana a la hora de tomar decisiones que involucren derechos humanos. En este sentido el Consejo de Estado Colombiano debe adecuar su doctrina y jurisprudencia a estas pautas internacionales mínimas, al imputar responsabilidad al Estado por hechos cometidos por terceros.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta los derechos en el marco de las obligaciones generales de respeto y garantía de los mismos. En este entendido tan vinculante es la interpretación que el Tribunal Interamericano realice sobre cada derecho en sí mismo considerado, como la interpretación que realice de éstos en el marco de las obligaciones *erga omnes* establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Lo anterior nos lleva a entender que frente a hechos de terceros, el Consejo de Estado debe tener en cuenta los criterios de imputación estatal interamericanos, por ser una interpretación específica del deber de prevención que a su vez desarrolla la obligación de garantía de los derechos humanos.
- La doctrina establecida por organismos internacionales sobre el alcance de un derecho, es una pauta normativa a tener en cuenta por los jueces, ya que el inciso segundo del artículo 93 ordena que los derechos constitucionales sean interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. En este sentido, se ha establecido que debido a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el único organismo competente para interpretar la Convención, la interpretación que esta misma haga a través de su

jurisprudencia o recomendaciones, resulta vinculante para el Estado colombiano.

- El precedente judicial frente a la jurisprudencia de tribunales internacionales, garantiza principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la unidad del ordenamiento jurídico, el principio de confianza legítima y el acceso de la gente a la justicia en condiciones de igualdad.
- La instauración de la doctrina de precedentes en relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos parte de dos supuestos; primero, porque según lo manifestado por la Corte Constitucional, constituye un criterio hermenéutico relevante, para determinar el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, lo cual supone, que se acoja la jurisprudencia emitida por éste Organismo Internacional para interpretar el alcance de los tratados y de los propios derechos constitucionales; y segundo, porque conforme al artículo 2 del Pacto de San José, Colombia adquiere el compromiso de adecuar su legislación interna a los parámetros fijados por la Convención, lo que genera la obligación de adoptar la interpretación de los derechos conforme a las pautas que concretan esos mandatos.

6. RECOMENDACIONES

- Se hace necesario adoptar una acción de Estado específica en el tratamiento de la crisis del sistema de responsabilidad estatal, de modo que los recursos de derecho interno sean capaces de procesar adecuadamente su ocurrencia, haciendo que las víctimas vean protegidos sus derechos y por tanto se evite la llegada de los casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la consecuente declaratoria de responsabilidad internacional del Estado con todas sus implicaciones.
- El tema de la jurisprudencia internacional como precedente judicial tiene gran incidencia en la actualidad. Si bien el presente trabajo concluye en manifestar que específicamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es de obligatoria observancia para los jueces administrativos, hay que advertir que no ha sido esta la última palabra, haciéndose necesario seguir indagando sobre el tema, a fin de establecer los mecanismos por medio de los cuales se puede dar aplicación a los postulados aquí recogidos.
- No podemos olvidar que la cultura jurídica colombiana no ha sido una cultura de precedentes, lo que hace que la instauración de ésta institución sea compleja, más aún frente a la jurisprudencia internacional, por lo anterior se ratifica la idea de continuar buscando herramientas jurídicas que permitan finalmente, que el Estado cumpla cabalmente sus obligaciones internacionales.
- El tema central de análisis de ésta investigación se centra en el sistema de responsabilidad asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo no hay que olvidar que también existen otros sistemas internacionales. Sería por tanto interesante plantearse posteriormente la influencia para Colombia de las decisiones de otros tribunales como la Corte Europea de Derechos Humanos o de la Corte Internacional de Justicia de la Haya.
- La presente investigación puede servir como material de consulta tanto para estudiantes, catedráticos y en general conocedores del derecho que quieran ahondar en los conocimientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el sistema de responsabilidad estatal tanto interno como internacional.

7. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA LOPEZ, Juana Inés. La Protección de Víctimas Indeterminadas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. 71P.

AGUDELO RAMÍREZ, Luís E. Realidad jurídica de los Derechos Humanos.. Segunda Edición. Bogotá: Nueva América, 1984. 252P.

AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal. Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado. Caracas: Monte Ávila, 1997. 379P.

ARANGO OLAYA, Mónica. El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Cali: Universidad ICESI, 2004. 24P

BEJARANO GUZMAN, Ramiro. Las Acciones Populares. Bogotá: Forum Pacis, 1993.

CAMARGO, Pedro Pablo. Tratado de Derecho Internacional. Bogotá: Temis, 1983. 1130P

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Madrid: Tecnos S.A., 1969. 174P

COLLAZOS ALARCON, Carlos Jorge. Consideraciones Sobre la Responsabilidad Extracontractual sin Falta de la Administración. Bogotá: Devis Granados y Abogados Asociados, 2008. 13P

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1976. Exp.1482

_____. Sección Tercera. Sentencia de 2 de febrero de 1984. Exp. 2744

_____. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 1985. Exp. 3253.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Exp. 4655

_____. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1989. Exp. 4678.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 1990. Exp. 3510.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 27 de Septiembre de 1990. Exp. 5835.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 1991. Exp. 6789

_____. Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 1993. Exp. 7429

_____. Sección Tercera. Sentencia del 13 julio de 1993. Exp. 8163

_____. Sección Tercera. Sentencia del 28 de noviembre de 1994. Exp. 9955.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 1996. Exp. 10868.

_____. Sección Tercera. Sentencia de 27 de enero de 2000. Exp. 5887

_____. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2000. Exp. 11878

_____. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000. Exp. 11842.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000. Exp. 11585.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001. Exp. 12487.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001. Exp. 6453

_____. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp. 4398.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. Exp. 18273

_____. Sección Tercera. Sentencia del 24 de Febrero de 2005. Exp. 15125

_____. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Exp. 15571.

_____. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Exp. 20511.

Consejo de Estado Francés. Sentencia del 25 de Enero de 1952. Lassalle-Barrére.

_____. Sentencia del 5 de diciembre de 1947. Goussard.

_____. Sentencia del 11 de Mayo de 1928. Dlle. Rucheton.

Constitución Política de Colombia de 1886

Constitución Política de Colombia de 1991

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena 23 de mayo de 1969.

Convención Americana de Derechos Humanos.

CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007. P. 668-684.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia t-341 de 1992 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C-295 de 1993. MP. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-578 de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-225 de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-251 de 1997. MP. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-658 de 1997. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia C-191 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-568 de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-010 de 2000. MP. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-1319 de 2001. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

_____. Sentencia SU-1184 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

_____. Sentencia C-228 de 2002. M.P Rodrigo escobar Gil.

_____. Sentencia C-067 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia SU-058 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

_____. Sentencia C-590 de 2005. MP: Jaime Córdoba Triviño.

_____. Sentencia C-037 de 2006. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4

_____. Caso Godínez Cruz. Sentencia del 20 de Enero de 1989. Serie C. No. 5

_____. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales. Sentencia del 15 de marzo de 1989. Serie C. No. 6

_____. Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. No. 72.

_____. Caso Barrios Altos. Sentencia del 3 de marzo de 2001. Serie C. No. 75

_____. Caso Cinco Pensionistas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C. No. 98

_____. Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C. No. 109.

_____. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C. No. 110

_____. Caso Instituto de Reeducción del Menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112

_____. Caso de la Masacre de Mapiripán, Sentencia del 15 del septiembre de 2005. Serie C. No. 134.

_____. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C. No. 140

_____. Caso de las Masacres de Ituangó. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C. No. 148. Párrafo 327.

_____. Caso Valle Jaramillo y Otros. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C. No. 192.

_____. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre del 2003. Serie A. No. 18.

_____. Caso de las Medidas Provisionales solicitadas para las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, Resolución del 6 de marzo de 2003.

_____. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Resolución del 18 de junio de 2002.

DE CUPIS, Adriano. El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch, 1975.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. 16ª Edición. Madrid: Tecnos, 1967. 1168P.

FAJARDO ARTURO, Luis Andrés. Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2007. 20P

GARCÍA, Amador. Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad. Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1963. 590P

GAVIRIA LIEVANO, Enrique. Derecho Internacional Público. Sexta Edición. Bogotá: Temis, 2005. 728P

GOMEZ OSORIO, Sonia Janeth y RINCON CASTRO, María Ximena. Sobre los paralelismos, contradicciones y antinomias de las jurisdicciones internas e internacional, en materia de indemnización por violaciones a los derechos humanos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006. 136P

GÓMEZ POSADA, José Fernando. Teoría y Crítica de La Responsabilidad Por Daños del Estado en Colombia. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2003. 447P.

HENAO PEREZ, Juan Carlos. Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Libro I. Jornadas Colombo – Venezolanas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. 1117P

_____. El Daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. 346P.

HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo. Evolución jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado por Daños Causados por Actos terroristas. Conferencia dictada en el Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado el 30 de marzo de 2001. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado. No. 11. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda 2001. 202P

_____. Novedades Jurisprudenciales de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. Memorias Ponencia Presentada en el Segundo Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública. Modulo II. Alcaldía Mayor de Bogotá, 2005. 15P

_____. Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano. Conferencia dictada en el Seminario Internacional Jurisdicción Contencioso Administrativa y Responsabilidad del Estado. Organizada por el Consejo de Estado, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Embajada de Francia. Bogotá, 2000.

HOYOS DUQUE, Ricardo. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Bogotá: Temis, 1984. 154P

<http://www.acj.org.co>

<http://www.devisabogados.com/>

[http//. www.juridicasunam.mx.](http://www.juridicasunam.mx)

IRISARRI BOADA, Catalina. El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2000. 89P

JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Tecnos, 1980. 373P

JOFRE, Jimena y OCAMPO, Paula. Responsabilidad Internacional del Estado por Incumplimiento de Obligaciones Internacionales. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001. 310P

KELSEN, Hans. Principios del Derecho Internacional Público. Buenos Aires: Ateneo, 1965. 397P

Ley 288 de 1996. Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos.

LOPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional. Bogotá: Legis. 2000. 220P

MAGALONI, Ana Laura. El Precedente Constitucional en el sistema judicial norteamericano. Madrid: Mac Graw Hill, 2001. 216P

MARTINEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá: Temis S.A., 1994.

MAZEAUD, Henri León Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda, Vol II. La Responsabilidad Civil. Los Cuasicontratos. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960

MEJIA, Lina Marcela. Memorias de la Responsabilidad Civil. ACECOLOMBIA. Bogotá. 2001.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y RAMIREZ GÓMEZ, Andrés Armando. El Concepto de Actividad Peligrosa en el Derecho Administrativo Colombiano. En: Revista Opinión Jurídica. Medellín: Universidad de Medellín. Volumen 5. Número 009, 2006. 23P

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho Internacional Público. Tercera Edición. Bogotá: Temis S.A., 1995. 752P

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. La Responsabilidad Internacional del Estado por el Hecho de Terceros. Bogotá, 2007.

MORAL SORIANO, Leonor. El Precedente Judicial. Madrid: Marcial Pons, 2002. 272P

PARRA, María Victoria. El Precedente Judicial en el Derecho Comparado. En: Criterio Jurídico Santiago de Cali. Cali, 2004. P: 239-262

PARRA VELASQUEZ, Olmedo. Acción de Reparación Directa – Falla del Servicio Probada. Bogotá: Grupo PRG Auditores Ltda., 2007.

PÉREZ SINITABÉ, Luís Humberto. Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Leyer, 2002. 107P.

QUINTERO VALENCIA, Enrique. Naturaleza e Importancia del Bloque de Constitucionalidad. Manizales: Universidad de Manizales, 2007. 24P

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Revista Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXIX. Número 338.

ROSETO ACEVEDO, Gloria. Estado y Sociedad Civil. Bogotá: Gaceta, 2007.

ROUSSEAU, Charles. Derecho Internacional Público. Barcelona: Ariel, 1966.

RUEDA AGUILAR, Dolores. El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano. México: Institución Bancaria Múltiple, 2008. 23P

SAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Bench Memorandum. Concurso Interamericano de Derechos Humanos. Washington: American University Washington College of Law, 2008. 58P

SOCHA MASSO, Nelson. Reparaciones Administrativas, Sistema de Evaluación y Seguimiento (SES). Organización Viva la Ciudadanía. Bogotá. 2007.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado, Artículo 90 de la Constitución. Bogotá: Temis, 1997. 82P

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal.

Los Grandes desafíos del Juez Penal Colombiano. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004. 33P

_____. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia. Bogotá. 2001. 35P

VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. Madrid: Aguilar, 1982. 594P