

GABRIEL FIGUEROA BASTIDAS



**APLICACIÓN EN COLOMBIA DE LA RESPONSABILIDAD
INTERNACIONAL AGRAVADA DEL ESTADO POR VIOLACIONES
GRAVES A DERECHOS HUMANOS**

**Universidad del Rosario
Maestría en Derecho
Facultad de Jurisprudencia
Bogotá D.C., 2014**

GABRIEL FIGUEROA BASTIDAS

**APLICACIÓN EN COLOMBIA DE LA RESPONSABILIDAD
INTERNACIONAL AGRAVADA DEL ESTADO POR VIOLACIONES
GRAVES A DERECHOS HUMANOS**

**Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario
para obtener el Título de**

MAGISTER EN DERECHO

Director de tesis: Profesor Carlos Mauricio López Cárdenas

Semestre II, 2014

*A la memoria de mi Madre,
con amor para mi familia
y con infinitas gracias a Dios*

CONTENIDO

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN.....	8
 CAPÍTULO I - RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS.	
1.1. Aspectos generales.....	13
1.1.1. Elementos de la responsabilidad internacional.....	16
1.1.1.1. Elemento subjetivo (atribución de responsabilidad al Estado).....	18
1.1.1.2. Elemento objetivo (la violación de una obligación internacional).....	19
1.2. Responsabilidad del Estado por violaciones graves a obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho internacional general	21
1.3. Normas imperativas de Derecho internacional como fundamento de la responsabilidad agravada	25
1.4. Consecuencias del hecho internacionalmente ilícito.....	32
1.5. Consecuencias de una violación “grave” a normas imperativas de Derecho internacional.....	35
 CAPÍTULO II - RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.	
2.1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como régimen especial de responsabilidad internacional.....	39
2.2. Antecedentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	41
2.3. Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	43
2.3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	43
2.3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	44

2.4. Responsabilidad del Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	46
2.5. Concepto de reparación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	51
2.6. Responsabilidad agravada del Estado en la Corte IDH.....	55
2.6.1. Desarrollo jurisprudencial del concepto de responsabilidad internacional agravada en la Corte IDH.....	59
2.6.2. Consecuencias de la declaratoria de responsabilidad agravada del Estado en la jurisprudencia de la Corte IDH	62

CAPÍTULO III - RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

3.1. Desarrollo histórico de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia.....	65
3.1.1. La responsabilidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	66
3.1.2. La responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	70
3.2. Los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado contenidos en la Constitución Política de 1991.....	73
3.2.1. El daño antijurídico como primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado	74
3.2.1.1. El daño susceptible de ser indemnizado y/o reparado.....	74
3.2.1.2. Diferencia entre daño y perjuicio.....	78
3.2.1.3. Daño antijurídico.....	79
3.3. La imputación como elemento de atribución de la responsabilidad.....	82
3.4. Las causales eximentes de responsabilidad o causales excluyentes de imputación.....	85
3.5. Regímenes de responsabilidad y títulos jurídicos de imputación.....	88
3.5.1. Régimen subjetivo de responsabilidad del Estado -falta del servicio-	89

3.5.1.1. Imputación objetiva dentro del régimen de falla del servicio.....	91
3.5.2. Régimen objetivo de responsabilidad.....	98
3.5.2.1. Desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado respecto del régimen objetivo de responsabilidad en casos de ataques terroristas.....	101
3.6. Aplicación de la falla del servicio en casos de violaciones graves a derechos humanos.....	104
3.6.1. Falla del servicio por acción en casos de violaciones graves de derechos humanos.....	105
3.6.2. Falla del servicio por omisión en casos de violaciones graves de derechos humanos.....	111
3.7. Desarrollo del concepto reparación integral en el régimen de responsabilidad estatal colombiano.....	114

CAPÍTULO IV - APLICACIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AGRAVADA EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL INTERNO.

4.1. Compatibilidad de los regímenes de responsabilidad internacional, regional e interno (Tabla comparativa)	125
4.1.1. Modalidades de concurrencia y compatibilidad entre los regímenes regional e interno.....	131
4.1.1.1. Cosa juzgada internacional por la declaratoria de responsabilidad del Estado colombiano por parte de organismos internacionales en casos de violaciones a derechos humanos.....	132
4.1.1.2. Control de convencionalidad como aplicación directa por parte del juez administrativo de la CADH.....	135
4.2. Aplicación de la responsabilidad internacional agravada en el régimen de responsabilidad colombiano.....	145
4.2.1. Aplicación de la responsabilidad agravada en virtud de la costumbre internacional.....	147
4.2.2. Aplicación de la responsabilidad agravada en virtud del control de convencionalidad.....	153

4.3. Consecuencias de la declaratoria de la responsabilidad agravada a nivel interno.....	158
---	-----

CONCLUSIONES.....	166
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	175
--------------------------	------------

ABREVIATURAS

Art.	Artículo (s)
CADH o Convención	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPI	Corte Penal Internacional
CrIDH o Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DDHH	Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DIH	Derecho Internacional Humanitario
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
SIDH	Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado se ha reconocido que las consecuencias jurídicas que nacen de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito si bien, en principio, son esencialmente bilaterales, es decir, sólo tienen que ver con las relaciones entre el Estado responsable y el Estado lesionado, también se ha aceptado que algunos hechos ilícitos entrañan la responsabilidad del Estado que los realiza para con varios Estados o, incluso, para con la comunidad internacional en su conjunto, específicamente, en aquellos casos de violaciones graves a normas imperativas de derecho internacional general o normas *-Ius Cogens-*.

Por esa razón, en el derecho internacional general se ha establecido una distinción respecto de la imputación del daño al Estado infractor en ese tipo de eventos relacionados con violaciones “graves” a intereses fundamentales de la humanidad, ello con el fin de prevenir y reprimir con mayor rigor tales conductas. Dicha distinción en el régimen de responsabilidad estatal ha sido desarrollada y aplicada en los sistemas internacional y regional de responsabilidad de los Estados.

Así pues, a partir del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos realizado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI),¹, -el cual establece una diferenciación de la responsabilidad internacional del Estado dependiendo de la tipología de normas que infrinja-, así como de varios pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte IDH en relación con la denominada “*Responsabilidad internacional agravada de Estado*”, la presente investigación pretende analizar la posibilidad de aplicar dicha distinción jurídica -responsabilidad agravada-, en el sistema de responsabilidad estatal interno, específicamente en el marco de la responsabilidad del Estado por violaciones graves a Derechos Humanos -DH-; asimismo, se pretende establecer las posibles implicaciones y consecuencias de la aplicación de dicho régimen especial de responsabilidad.

En ese sentido, el presente proyecto de investigación encuentra su razón de ser y fundamento -justificación-, en los siguientes puntos: **i)** el desconocimiento a nivel nacional del concepto de violaciones graves de obligaciones de normas imperativas de derecho internacional general y, más precisamente, del contenido y alcance de la responsabilidad internacional agravada del Estado; **ii)** la indeterminación de las circunstancias agravantes de responsabilidad internacional del Estado por violaciones graves a derechos humanos; **iii)** la necesidad de analizar la posibilidad de aplicación de la teoría de la responsabilidad agravada en el sistema nacional de responsabilidad del Estado colombiano en aquellos

¹ Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

casos relativos a violaciones graves a derechos humanos y; **v)** la inexistencia de una diferenciación en los daños antijurídicos frente a ese tipo de casos de violaciones graves a derechos humanos y, como consecuencia de ello, la aplicación de una reparación adecuada, además de las medidas de reparación integral que ya se han adoptado por el Consejo de Estado.

Ciertamente, en atención a las circunstancias por las cuales atraviesa el país en materia de desconocimiento flagrante y sistemático de derechos humanos, resulta imperioso establecer una diferenciación entre las denominadas fallas y/o faltas administrativas dependiendo de las normas y/o derechos infringidos, pues a pesar que desde el punto de vista del título de imputación -falla del servicio-, el juicio de responsabilidad se basa en el mismo fundamento jurídico -desconocimiento de un deber legal a su cargo-, lo cierto es que las violaciones graves a derechos humanos merecen, como resulta apenas natural, un juicio de recriminación con mayor rigurosidad.

Para abordar el estudio de los referidos tópicos, se partió de establecer el siguiente problema jurídico de investigación: ¿Resulta posible establecer en el régimen interno de responsabilidad estatal -al igual que ocurre en el derecho internacional y regional-, una distinción entre las fallas administrativas en aquellos casos específicos de violaciones graves a derechos humanos y, en consecuencia, aplicar la responsabilidad agravada al Estado colombiano?.

Con el fin de resolver el problema jurídico se plantearon los siguientes objetivos generales y específicos, los cuales son: **i)** estudiar los elementos de la responsabilidad internacional de los Estados en el ámbito general y regional de responsabilidad internacional de los Estados, así como identificar las consecuencias en cada uno de tales regímenes; **ii)** identificar los elementos que integran la denominada responsabilidad internacional agravada por violación grave de normas *ius cogens*; **iii)** examinar las consecuencias que se han establecido y/o eventualmente que puedan generarse a partir de dicha declaratoria de responsabilidad agravada en cada caso particular en el cual se aplique la mencionada responsabilidad agravada; **iv)** analizar las similitudes entre el régimen de responsabilidad internacional y el sistema interamericano de Derechos Humanos en relación con el régimen de responsabilidad estatal interno, para luego establecer la posibilidad de la aplicación de la responsabilidad agravada en nuestro país y; **v)** considerar los posibles mecanismos de reparación integral y garantías de no repetición para aquellos casos específicos de violaciones graves a los derechos humanos, en los cuales se declare la responsabilidad agravada.

En cuanto a los métodos con base en los cuales se abordó el presente trabajo de investigación, estos fueron el método descriptivo y el método crítico-prescriptivo; frente al

primero, inicialmente se realizó una labor de *sentencia lata*, toda vez que se efectuó un estudio sobre la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional y, específicamente, sobre la responsabilidad estatal por la transgresión de normas *ius cogens* derivada de violaciones graves a derechos humanos, destacando los principales pronunciamientos jurisprudenciales que en ese sentido ha realizado la Corte IDH; a partir de ese análisis, se sintetizaron los elementos y las consecuencias de dicha declaratoria de responsabilidad agravada. Para desarrollar dicho estudio se realizaron líneas jurisprudenciales y se hizo una profunda investigación en la doctrina extranjera.

También se usó el método crítico-prescriptivo, habida cuenta que se efectuó una labor de *sentencia ferenda*, pues el presente trabajo de investigación no se reduce al análisis de la jurisprudencia y normatividad internacional, sino que dirige propuestas encaminadas a obtener la aplicación en nuestro régimen de responsabilidad interno, por parte del Consejo de Estado y, en general de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de la aludida “responsabilidad agravada”, en eventos futuros en los cuales se presenten situaciones fácticas similares a aquellos casos en los cuales la Corte Interamericana ha declarado dicha responsabilidad².

Ahora bien, para desarrollar el objeto de investigación, el presente trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos generales, el primero de los cuales aborda el estudio de los elementos generales de la responsabilidad internacional de los Estados y de las consecuencias del hecho ilícito internacional, así como identifica las circunstancias agravantes de la responsabilidad internacional, para lo cual se precisa el concepto de

² Respecto de los diferentes métodos de investigación, el profesor Christian Courtis los clasifica de la forma siguiente forma: “*Expositivo: Es una tarea ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir un conjunto de normas del derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático. Se hace para facilitar el estudio y la transmisión del conocimiento del derecho positivo.*

2. *Descriptivo: Postula como plausible una interpretación determinada del contenido positivo. En esa medida también es prescriptivo o normativo porque señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación sobre otras = Lege lata porque identifica problemas de interpretación del derecho positivo vigente y se propone señalar soluciones adecuadas que se pretenden derivar racionalmente de ese derecho.*

3. *Crítico-prescriptivo (y no descriptivo): Lege ferenda porque el intérprete acepta que la solución que propone para la regulación o decisión de un caso no puede ser deriva del derecho positivo, y en este sentido postula que la mejor solución implica NO la interpretación, sino la modificación del derecho positivo vigente. Se entiende dirigida al legislador, aunque también puede estar dirigida a los jueces, caso en el cual sería de sentencia ferenda.*

“Con sentencias judiciales:

3.1 *Descriptiva: Sistematización de sentencias de un mismo tribunal o sobre una misma cuestión.*

3.2 *Sentencia lata: Determinación del alcance de las sentencias para casos futuros- consiste en asumir como premisa la sentencia analizada y proyectar sus consecuencias, en especial imaginando su impacto sobre hipótesis distintas.*

3.3 *Crítica de sentencias: Dirigidas a provocar un cambio en la línea jurisprudencial. Se trata de recomendaciones dirigidas principalmente a los mismos jueces para que revoque el criterio adoptado”.* Christian Courtis, *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática* (Madrid, Trotta Ed., 2006), p.105-153.

normas *ius cogens*, a partir de los principales pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales en la materia; finalmente, identifica las consecuencias de la declaratoria de la responsabilidad agravada en el sistema de responsabilidad internacional general.

En este punto, cabe advertir que el presente trabajo de investigación abordará el análisis, únicamente, respecto de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, comoquiera que en el ámbito internacional también existe la “*responsabilidad internacional por actos no prohibidos por el derecho internacional*”, derivado del ejercicio de actividades peligrosas³.

El segundo capítulo profundiza en la responsabilidad de los Estados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), para tal efecto se aborda el estudio de las obligaciones consagradas en los instrumentos que hacen parte del sistema, así como del concepto de reparación integral desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH; posteriormente, se estudia el concepto de responsabilidad agravada en el SIDH y se identifican las consecuencias de dicha declaratoria de responsabilidad agravada.

El tercer capítulo corresponde al estudio de la responsabilidad del Estado en el régimen de responsabilidad interno, en el cual se encuentran los antecedentes de la responsabilidad administrativa, los elementos característicos de la responsabilidad del Estado colombiano, los regímenes y títulos de imputación, de igual forma se profundiza en el régimen de falla del servicio -por acción y omisión-, como título de imputación en casos de violaciones graves a derechos humanos; finalmente, se estudia el contenido y alcance del concepto de reparación integral desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y, por último, se realiza un análisis jurisprudencial de los fallos más sobresalientes sobre el tema.

El cuarto y último capítulo identifica los elementos característicos de los sistemas internacional, regional e interno en materia de responsabilidad estatal y establece su compatibilidad y concurrencia a partir de una tabla comparativa y, con base en ello, se aborda el estudio sobre la aplicación en el régimen de responsabilidad interno de la mencionada “responsabilidad agravada” con fundamento en el concepto de control de convencionalidad y costumbre internacional y se precisan las eventuales consecuencias de la aplicación de ese régimen de responsabilidad agravada en el régimen interno.

³ Sobre el particular consultar: “*Informe de la CDI sobre su quincuagésimo período de sesiones. Asamblea General, (A/61/10)*”. Para profundizar en el referido tema consultar, por ejemplo, Manuel Díez de Velasco, *Instituciones De Derecho Internacional Público* (Madrid: Tecnos, Decimoctava edición, 2013), p. 848 y ss; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), p. 404 y ss.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS.

1.1. Aspectos generales.

La eficacia de todo ordenamiento jurídico descansa en gran medida sobre su régimen de responsabilidad, es decir, sobre el conjunto de normas que regulan los efectos de conductas lesivas de derechos subjetivos, como todo ordenamiento jurídico el derecho internacional cuenta con reglas de este tipo⁴. Los comportamientos de los sujetos del Derecho Internacional pueden ser valorados desde el punto de vista de su conformidad o contrariedad con dicho ordenamiento jurídico, en este último caso, se habla comúnmente de hechos *ilícitos*, generadores de ciertas consecuencias jurídicas negativas para el propio sujeto a quien le son atribuibles, entre las cuales, la más característica –junto a otras posibles como la inoponibilidad o la nulidad del hecho–, es la responsabilidad internacional⁵. En ese sentido, el derecho de la responsabilidad internacional está pues constituido por un conjunto de normas secundarias que regulan los efectos del incumplimiento de la conducta prescrita por la norma primaria⁶.

La suma importancia de las reglas sobre responsabilidad llevó a que de ellas se ocupara la Comisión de Derecho Internacional (CDI), con el fin de lograr su codificación desde sus inicios en 1949⁷; no obstante, la dificultad de las tareas refleja que sólo hasta el año 2001, la Comisión aprobara el denominado Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos⁸ (en adelante Proyecto o Proyecto de

⁴ Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José A. Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (México D.F: Distribuciones Fontamara, 2006), p. 48.

⁵ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Madrid: Tecnos, Decimoctava edición, 2013), p. 843.

⁶ Ana Gemma López Martín, *Derecho Internacional Público, Temas adaptados a los estudios de grado* (Madrid: Ed. Dilex, 2012), p. 205; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), p. 404.

⁷ Respecto de la labor de codificación de la CDI consultar: James Crawford, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, Texto y Comentarios* (Madrid: Dykinson, 2004), p. 21 a 50.

⁸ Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001. El Proyecto se encuentra dividido en cuatro partes, a saber: 1.- La primera se refiere a la definición de las condiciones generales que deben darse para que se produzca la responsabilidad del Estado. 2.- La segunda se ocupa de las consecuencias jurídicas para el Estado responsable. 3.- La tercera parte trata de los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad internacional de un Estado, esto es, examina las posibilidades que tienen otros Estados ante la violación de

artículos), en el cual se decidió no codificar las obligaciones denominadas “primarias”⁹, es decir aquellas que imponen obligaciones a los Estados cuya violación puede ser causa de responsabilidad internacional, sino que se compilaron únicamente, las “normas secundarias”¹⁰, esto es “*las que tienen por objeto establecer consecuencias jurídicas de un incumplimiento de las obligaciones señaladas por las normas primarias*”¹¹. De tal suerte que cuando se produzca una acción u omisión de un Estado que sea contraria a la obligación internacional establecida por una de esas “normas primarias”, se ocasionará un “hecho internacionalmente ilícito”, cuya consecuencia inmediata no será otra que generar su “responsabilidad internacional”¹², tal y como lo preceptúa el art. 1 del proyecto de artículos¹³.

La Corte Permanente de Justicia Internacional en varias sentencias aplicó el principio enunciado en el artículo 1, por ejemplo, en el asunto *Fosfatos de Marruecos*, la Corte Permanente afirmó que cuando un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito contra otro, “*la responsabilidad internacional queda establecida directamente entre los dos*

una obligación internacional y que medidas pueden adoptar y 4.- Finalmente, el proyecto contiene diversas disposiciones generales aplicables a los artículos en su conjunto.

⁹ “*El derecho relativo al contenido y la duración de las obligaciones sustantivas del Estado es el que determinan las normas primarias. El derecho de la responsabilidad del Estado tal y como se articula en el Proyecto proporciona el marco general, las normas denominadas ‘secundarias’, que indican las consecuencias de la violación de una norma primaria aplicable*”. James Crawford, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, Texto y Comentarios* (Madrid: Dykinson, 2004), p. 37.

¹⁰ Roberto Ago, que se encargó de fijar la estructura y la orientación básicas del Proyecto, consideraba que los artículos debían determinar “*los principios que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales y en mantener una rigurosa distinción entre esa labor y la de definir las normas que imponen a los Estados obligaciones cuya violación puede entrañar responsabilidad. [U]na cosa es definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta y otra muy distinta determinar si se ha infringido esa obligación y cuáles deben ser las consecuencias de tal infracción*”. *Anuario de la CDI*, 1970, vol. II, pág. 331, apartado c) del párrafo 66. En “*Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*” (CDI, Comentarios 2001), p. 38.

¹¹ José A Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Madrid: Tecnos, Decimosexta edición, 2012), p. 541–542.

¹² Ana Gemma López Martín, *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de grado* (Madrid: Ed. Dilex, 2012), 206-210.

¹³ El cual es, además, uno de los principios establecidos y desarrollados dentro de la esfera del Derecho Internacional, según el cual “*Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*”. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Capítulo I, artículo 1. En Julio D. González Campos, Luis I Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*. (Pamplona: Ed. Thomson Civitas, Cuarta Edición, 2008), p. 393; “*Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*” (CDI, Comentarios 2001), p. 43; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 406; Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho Internacional Público* (Bogotá: Editorial Temis, Quinta edición, 2002), p. 519; Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones* (Madrid: Tecnos, 1991), p. 179, entre otros autores.

Estados”¹⁴. De igual forma, la Corte Internacional de Justicia ha aplicado el principio en varias ocasiones, por ejemplo en el asunto del *Estrecho de Corfu*¹⁵, en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares*¹⁶ y en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*¹⁷, entre otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible definir el hecho internacionalmente ilícito como una violación de una obligación internacional, sea cual sea su origen o naturaleza (consuetudinaria o convencional, etc.), la cual, constituyendo una infracción del derecho internacional, lesiona los derechos de otro sujeto u otros sujetos de dicho ordenamiento, o incluso derechos e intereses de los que sería titular la propia comunidad internacional, dando lugar, entre otras consecuencias posibles, a la responsabilidad del sujeto jurídico-internacional como autor del hecho¹⁸. A lo cual cabe agregar que, la posible calificación del hecho como lícito que haga el derecho interno del Estado infractor no tiene relevancia alguna para el derecho internacional¹⁹.

De otra parte, resulta preciso señalar que en el derecho internacional, como en cualquier ordenamiento jurídico, el hecho ilícito puede dar lugar a varios tipos de relaciones jurídicas según las circunstancias. En ese sentido se ha afirmado que las relaciones jurídicas que nacen de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito son esencialmente bilaterales, es decir, sólo tienen que ver con las relaciones entre el Estado responsable y el Estado lesionado. No obstante, se ha venido reconociendo cada vez más que algunos hechos ilícitos entrañan la responsabilidad del Estado que los realiza para con varios Estados o incluso para con la comunidad internacional en conjunto²⁰; en consecuencia, la aceptación de la existencia de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*), correlativas a unos derechos subjetivos públicos, ha llevado también a que su cumplimiento pueda ser exigido por cualquier Estado, en atención a que se considera una vulneración de los intereses de la comunidad internacional general²¹.

¹⁴ *Phosphates in Morocco (Italy v. Fr.)*, 1938 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 74 (June 14), pág. 10; *Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 9 (July 26), párr. 21.

¹⁵ *Corfu Channel, U.K. v. Albania, Judgment*, 1949 I.C.J. 4 (Apr. 9), párr. 23.

¹⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, párr. 142.

¹⁷ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, I.C.J., Reports 1997, párr. 47.

¹⁸ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones De Derecho Internacional Público* (Madrid: Tecnos, Decimoctava edición, 2013), p. 848; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 406.

¹⁹ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, p. 183.

²⁰ En “*Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*” (CDI, Comentarios 2001), p. 41.

²¹ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p., 845; Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, p. 204.

1.1.1. Elementos de la responsabilidad internacional.

En el artículo 2 del Proyecto se establecen los elementos concurrentes para que proceda la responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito, los cuales son: **i)** *“un comportamiento consistente en una acción u omisión”* que debe ser atribuible a un Estado según el derecho internacional (artículos 4 a 11) y, **ii)** debe constituir una violación de una obligación internacional del Estado, sea cual fuere el origen de la obligación de que se trate (artículos 12 a 15).

En virtud de lo anterior, *“se distinguen dos elementos, uno de carácter subjetivo, que consiste en una conducta que debe ser imputable no al individuo o grupo de individuos que de hecho la han realizado sino al Estado como sujeto de derecho internacional. En otras palabras, es cuestión de determinar quién y en qué circunstancias realizó la acción para que ésta se atribuya el Estado; y otro, elemento objetivo, que indica que el Estado al cual se atribuye la conducta en cuestión ha faltado, con la misma, al cumplimiento de una obligación internacional, es decir, el elemento específico que lo distingue de los otros actos del Estado que tienen consecuencias en el derecho internacional”*²².

La Corte Internacional de Justicia ha hecho referencia también a esos dos elementos en varias ocasiones. En el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*²³ señaló que, para atribuir la responsabilidad a Irán: *“[e]n primer lugar, debe determinar en qué medida los hechos de que se trata pueden considerarse jurídicamente imputables al Estado iraní. En segundo lugar, debe considerar si son compatibles o no con las obligaciones que incumben al Irán en virtud de los tratados vigentes o de cualquier otra norma de derecho internacional aplicable.”*²⁴ Asimismo, en el asunto *Dickson Car Wheel Company*, la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos de América/México observó que la condición para que un Estado incurriera en responsabilidad internacional era *“que un hecho ilícito internacional le sea imputado, es decir, que exista violación de una obligación impuesta por una norma jurídica internacional”*²⁵.

De otra parte, debe precisarse que la responsabilidad internacional de los Estados está basada en la “responsabilidad objetiva” y no en la culpabilidad (dolo o culpa), así como tampoco en el daño (patrimonial o extrapatrimonial), es decir la responsabilidad

²² Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojeda Quintana, *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos, Guía para la aplicación de normas internacionales a nivel interno*. (Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1999) p. 12.

²³ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, I.C.J., Reports 1980, párr. 3.

²⁴ Véase también: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J Reports 1986, párr. 14, 117 y 118.

²⁵ *Reports Of International Arbitral Awards Recueil Des Sentences Arbitrales. Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States. July 1931. Voll 669-691, párr. 678.*

internacional se deriva de la mera violación de la obligación atribuida al sujeto, sin que sea relevante analizar la falta o el aspecto subjetivo de la conducta, es decir si fue con dolo o culpa²⁶; asimismo, el daño no es un elemento indispensable del hecho internacionalmente ilícito²⁷, comoquiera que, tal como lo ha precisado la Comisión de Derecho Internacional “*el daño es algo inherente a toda lesión de un derecho subjetivo internacional*”²⁸, amén de que dicha exigencia se encuentra contenida en las normas primarias o normas que establecen la obligación violada y no en las secundarias sobre la responsabilidad del Estado²⁹.

La exigencia del daño depende del contenido de la obligación primaria, por lo cual no se puede establecer una regla general al respecto. Así, por ejemplo, la regla que impone un tratado internacional de promulgar cierto tipo de legislación, como lo establecen la mayoría de los tratados sobre derechos humanos, es violada por el hecho de no promulgar la ley y no es necesario que otro Estado Parte indique que ha sufrido un daño concreto debido al incumplimiento³⁰, otro tipo de hecho ilícito sin daños materiales sería, por ejemplo, el simple vuelo no autorizado de una aeronave de un Estado por el espacio aéreo de otro³¹.

No obstante lo cual, tales elementos (el daño y el comportamiento doloso/culpable), eventualmente, tendrán incidencia al momento de examinar los requisitos previstos en el artículo 40.2 del proyecto de artículos, relacionado con las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general o, en algunos casos muy concretos, relativos a la participación de un Estado en el hecho ilícito de

²⁶ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 406.

²⁷ Según el relator especial Roberto Ago, “...la no inclusión del daño como elemento del Hecho Internacionalmente ilícito, obedece por un lado a que en el derecho internacional cuando se habla de daño se está haciendo referencia al daño en el derecho civil, es decir un perjuicio económico”. Y continúa diciendo que: “los términos *préjudice* (francés) e *injury* (inglés) designan la lesión causada por una acción que constituye un incumplimiento de una obligación internacional, pero no es necesariamente un daño en el sentido económico, que generalmente se da a esa palabra ... ()....existen ejemplos que demuestran la existencia de un hecho ilícito internacional sin que haya daño como es el supuesto del estado que no la legislación a la que se ha obligado en un tratado internacional”. Roxana de Jesús Ávalos Vázquez, *Responsabilidad del Estado Por Hecho Internacionalmente Ilícito del Estado ¿Más de 40 Años de Labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada?*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen 6, (2006), p. 579-598.

²⁸ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, *Documentos del vigésimo tercer período de sesiones: Examen de conjunto del derecho internacional y otros documentos.*, Vol. II, I parte, 1971, p. 239.

²⁹ Julio D. González Campos, Luis I Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 384.

³⁰ Consultar, por ejemplo, Corte IDH, “*Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. párr. 89.

³¹ Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José A. Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 48.

otro, así como en general con la reparación debida, pero en ningún caso deben estimarse como fundamento de la responsabilidad internacional del Estado³².

1.1.1.1. Elemento subjetivo (atribución de responsabilidad al Estado).

En este punto del análisis, conviene precisar que la responsabilidad internacional de los Estados no surge y/o se deriva de una declaración judicial que así lo disponga, sino que emana, de forma directa o concomitante, con la producción del hecho internacionalmente ilícito por parte de un Estado, habida cuenta de que las consecuencias de dicha infracción surgen por la mera violación de una determinada obligación internacional y no, necesariamente, por la declaratoria de responsabilidad judicial³³.

El Estado es internacionalmente responsable sólo de los actos (acciones u omisiones) que le pueden ser atribuidos o imputados³⁴. Al respecto, debe indicarse que es irrelevante la posición de los órganos del Estado que por sus acciones u omisiones lo comprometen en el ámbito internacional como consecuencia de circunstancias generadoras de hechos internacionalmente ilícitos³⁵, puesto que la identificación de los actos u omisiones de los poderes constituyente, legislativo, ejecutivo o judicial poco o nada interesan a la hora de determinar la responsabilidad internacional del Estado y sea cual sea el lugar que ocupen en la jerarquía orgánica, siempre que exista la posibilidad de que con su conducta contravengan una obligación internacional (arts. 4.1, 5 y 6 del proyecto)³⁶, ello en virtud del principio de unidad de Estado (art. 7 del Proyecto) y de la capacidad de éste para auto organizarse³⁷. No obstante lo anterior, el Estado no es responsable de los actos de sus órganos si se encuentran bajo la dirección y control efectivo de otro Estado u Organización Internacional o si actúan bajo su control (artículos 17 y 18 del Proyecto).

En cuanto a los particulares, por regla general, no actúan por cuenta del Estado, es por ello que, en principio, los actos de los particulares no involucran la responsabilidad del Estado; sin embargo, el Estado podría reconocer o adoptar el comportamiento de los particulares

³² Ana Gemma López Martín, *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de grado*, p. 210–212.

³³ Manuel Díez De Velasco, *Instituciones De Derecho Internacional Público*, p. 872; Antonio Remiro Brotons y Otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 414.

³⁴ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 406.

³⁵ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Capítulo I, Artículo 4.

³⁶ Consultar por ejemplo C.I.J. “Caso concerniente a la aplicación de la Convención para la Prevención y sanción del delito de genocidio” (*Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro*), sentencia del 26 de febrero de 2007. párr. 385. En ese mismo sentido, ver CIJ “Opinión Consultiva sobre la diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos”, Opinión Consultiva del 29 de abril de 1999, párr. 87.

³⁷ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, p. 180.

como propio, por tal razón el artículo 11 del Proyecto dispone que: *“El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio”*.

Así pues, si bien el Estado no responde por el comportamiento de los particulares, sí responde por el comportamiento de sus propios órganos en el control que debe efectuar el Estado de los actos de los particulares. En otras palabras, lo que existe es un deber de control sobre los actos de los particulares y, en caso que este deber no sea cumplido por el Estado, éste incurrirá en responsabilidad internacional. Es por esto que, si hay disturbios o si hay un movimiento insurreccional, el Estado sólo responderá en la medida en que exista una omisión de su parte en tomar las medidas necesarias y posibles para reprimir a esos grupos sublevados³⁸. En relación con la responsabilidad del Estado que puede generarse a partir de los actos de los particulares, es importante tener presente lo resuelto por la Corte Internacional de Justicia en el Caso del *Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, CIJ (1980):

“Los hechos muestran a la Corte que el 4 de Noviembre de 1979 el Gobierno Iraní no tomó las medidas adecuadas para proteger las dependencias, el personal ni los archivos de la misión de los Estados Unidos en contra de los ataques por los manifestantes, y que no tomó ninguna medida para prevenir este ataque o para impedirlo antes de que llegará a término. También muestran que el 5 de Noviembre de 1979 el Gobierno Iraní tampoco tomó las medidas adecuadas para proteger los consulados de Estados Unidos en Tabriz y Shiraz. Además los hechos demuestran, en opinión de la Corte, que el no haber tomado esas medidas se debe más que a la mera negligencia o falta de medios apropiados por parte del gobierno Iraní. (...).

“Esta inacción de parte del Gobierno Iraní constituye por sí misma una clara y seria violación de las obligaciones de Irán para con los Estados Unidos, de acuerdo a las disposiciones del artículo 22, párrafo 2, y Artículos 24, 25, 26 , 27 y 29 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, y los Artículos 5 y 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. De igual modo, con respecto a los ataques a los Consulados de Tabriz y Shiraz, la inacción de las autoridades iraníes importó una clara y seria violación de sus obligaciones de acuerdo a las disposiciones de varios otros artículos de la Convención de 1963 sobre Relaciones Consulares. (...).”³⁹.

1.1.1.2. Elemento objetivo (la violación de una obligación internacional).

Desde la perspectiva de la obligación, habrá violación de la misma por parte de un Estado cuando un hecho de éste *“no está de conformidad con lo que de él exige esa obligación”*

³⁸ Julio D. González Campos, Luis I. Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 388-390.

³⁹ En Antonio Fernández Tomás, *Derecho Internacional Público, Casos y Materiales*, p. 327-330.

(art. 12 del proyecto). La violación de una obligación internacional consiste pues, en la falta de conformidad entre el comportamiento que esa obligación exige del Estado y el comportamiento que el Estado observa del hecho⁴⁰. La obligación puede derivarse de una norma (consuetudinaria), pero también de las disposiciones de un tratado, de la decisión de un Tribunal o de un órgano de una Organización Internacional. El origen o fuente de la obligación es irrelevante, siempre que la prescriba el Derecho Internacional. Al respecto, el T.I.J., en el *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, sostuvo el Tribunal que al no estar en situación de enjuiciar diversas actuaciones de los Estados Unidos en relación con Nicaragua bajo la óptica del Derecho Internacional convencional (concretamente la Carta de las N.U. y la Carta de la O.E.A.), consideró posible hacerlo bajo la óptica del Derecho Internacional consuetudinario, arguyendo al respecto que “*aun cuando una norma convencional y una norma consuetudinaria que afecten al presente litigio tuvieran exactamente el mismo contenido, el Tribunal no vería en ello una razón para considerar que la intervención del proceso convencional debe necesariamente privar a la norma consuetudinaria de su aplicabilidad distinta*”⁴¹.

De otra parte, conviene aclarar también que la referencia a las obligaciones internacionales comprenden tanto las de comportamiento como las de resultado, las obligaciones de hacer y las de no hacer, las obligaciones *erga omnes* y las obligaciones de Estado a Estado⁴². No se origina responsabilidad, por no haber violación de obligaciones internacionales, cuando se lesionan meros intereses de un Estado, que no derechos, pues sólo un derecho lesionado hace nacer la responsabilidad del infractor⁴³.

Ahora bien, no obstante que en materia del derecho internacional, “*el hecho internacionalmente ilícito del Estado entraña su responsabilidad internacional*”⁴⁴, también se acepta la existencia de ciertas circunstancias en las cuales un hecho no produce las consecuencias normales que acarrearía la producción de un hecho ilícito. En el proyecto de artículos se consagra expresamente las “circunstancias que excluyen la ilicitud” (artículos 20 a 27), las cuales son: **i)** el consentimiento; **ii)** la legítima defensa; **iii)** las contramedidas respecto de un hecho internacionalmente ilícito; **iv)** la fuerza mayor; **v)** el peligro extremo y; **iv)** el estado de necesidad.

⁴⁰ Ana Gemma López Martín, *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de grado*, p. 210–212.

⁴¹ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (*Nicaragua v. United States of America*), *Merits*, I.C.J., *Reports* 1986, párr. 146.

⁴² Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 862.

⁴³ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 406.

⁴⁴ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, p. 179; Julio D. González Campos, Luis I. Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 393.

Tales circunstancias constituyen una defensa contra una reclamación por incumplimiento de la obligación; no obstante, las mismas no anulan ni dan por terminada la obligación internacional, sino que sirven de excusa o justificación del incumplimiento mientras subsisten, es decir, una vez desaparecen, el Estado deberá cumplir con la obligación o dado el caso reparar las consecuencias del hecho en cuestión⁴⁵.

1.2. Responsabilidad del Estado por violaciones graves a obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho internacional general.

Tal y como se dejó indicado, la comisión de un hecho ilícito por parte de un Estado genera como consecuencia el comienzo de una nueva relación jurídica, esto es la responsabilidad internacional, la cual supone dos situaciones jurídicas subjetivas: una activa, representada básicamente por el derecho subjetivo lesionado, que da pie al Estado que sufre lesión a reclamar, y otra pasiva, representada por las nuevas obligaciones del Estado responsable derivadas de la violación de la obligación impuesta por la norma primaria y que suelen concretarse en el deber de reparar y cesar la violación, así como a los modos de hacer efectiva la responsabilidad, incluyéndose aquí los derechos de otros Estados a invocar la responsabilidad del Estado autor del hecho y a reaccionar contra éste mediante contramedidas⁴⁶.

Ahora bien, pese a que todo hecho estatal constitutivo de una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito cualquiera que sea la naturaleza de la obligación violada (artículo 12), es preciso preguntarse si no habrá hechos que, por contradecir ciertas reglas básicas de la convivencia internacional y ciertas exigencias éticas de carácter esencial, puedan dar lugar a un régimen de responsabilidad internacional particularmente severo y hacer posible, en cuanto ofensas *erga omnes*, que Estados distintos del Estado directamente perjudicado por el hecho invoquen su comisión para exigir responsabilidad al Estado autor del hecho e incluso para adoptar contra él medidas sancionadoras⁴⁷.

Sobre este particular, en el ámbito de la responsabilidad internacional se ha reconocido que las relaciones jurídicas que nacen de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito si bien, en principio, son esencialmente bilaterales, es decir, sólo tienen que ver con las relaciones entre el Estado responsable y el Estado lesionado, también se ha aceptado que algunos hechos ilícitos entrañan la responsabilidad del Estado que los realiza para con

⁴⁵ Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José A. Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 56; Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, p. 184.

⁴⁶ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional*, p. 874.

⁴⁷ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 882.

varios Estados o, incluso, para con la comunidad internacional en su conjunto⁴⁸. La Corte Internacional de Justicia dio un paso importante en esa dirección en el asunto de la *Barcelona Traction* cuando advirtió que:

*"Debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones erga omnes."*⁴⁹

Así pues, respecto de las normas imperativas de derecho internacional (las cuales serán objeto de estudio más adelante), la comunidad internacional ha entendido que las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de tales normas pueden tener consecuencias adicionales, no sólo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados y, adicionalmente, todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto⁵⁰.

La práctica internacional, finalmente, comienza a precisar jurídicamente la existencia de casos en los cuales la relación jurídica de responsabilidad no se limita a las relaciones entre el Estado lesionado y el Estado autor del hecho ilícito internacional, sino que se establece entre el estado al que el ilícito internacional es atribuible y la comunidad internacional en su conjunto⁵¹. En el precitado caso, la Corte Internacional de Justicia advirtió que existen obligaciones *erga omnes* que derivan, por ejemplo "*de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial*"⁵².

En ese sentido, en el seno de la CDI se pretendió establecer una distinción esencial que apuntaba a identificar "delitos internacionales" y "crímenes internacionales", la cual encontró su plasmación en el artículo 19 del proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados, aprobado en primera lectura en 1996, de cuya autoría se reconoce al relator especial Roberto Ago⁵³. Dicha distinción respondía a una necesidad indiscutible "*pues no*

⁴⁸ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 233-234.

⁴⁹ C.I.J. *Barcelona Traction (Belg. v. Spain)*, 1970 I.C.J. 3 (Judgment of Feb. 5), párr. 33.

⁵⁰ José A Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 546-547.

⁵¹ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, p. 204.

⁵² C.I.J. *Barcelona Traction (Belg. v. Spain)*, 1970 I.C.J. 3 (Judgment of Feb. 5), párr. 33.

⁵³ Roberto Ago, quien fuera designado relator especial de la Comisión de Derecho Internacional en 1967, luego de un arduo estudio sobre el tema de la responsabilidad internacional del Estado, en 1976 planteó la posibilidad de diferenciar entre delitos internacionales y crímenes internacionales, mediante la inclusión del

se puede asimilar un crimen como el genocidio con una violación ordinaria del Derecho Internacional como puede ser la referente a una obligación derivada de un convenio comercial. Esta afecta únicamente a los Estados parte, mientras que el genocidio amenaza a la sociedad internacional en su conjunto”⁵⁴.

Durante el trámite de la segunda lectura del Proyecto, la noción de crimen internacional recibió críticas por parte de diversos gobiernos, que invocaban razones técnicas para pedir la supresión del artículo 19; en algunos casos esas razones técnicas ocultaban razones políticas reacias a admitir la posibilidad de que un Estado fuera declarado responsable por un crimen internacional. La búsqueda del consenso llevó al relator especial James Crawford a cambiar la cuestión hacia la consideración de “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general”⁵⁵, propuesta que quedó plasmada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en el año 2001, al aprobar en su conjunto el “*Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícito*”; en dicha codificación se introdujo una diferenciación entre el ilícito común y las violaciones a normas imperativas, con consecuencias particulares, cuyo contenido y alcance es del siguiente tenor literal:

polémico artículo 19 en el proyecto de responsabilidad internacional del Estado de 1986, artículo que sobrevivió por más de 20 años y que finalmente tras la designación de James Crawford en 1998 como Relator especial, fuera remplazado por el artículo 40 del actual proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por el concepto de violación grave. Varias fueron las razones que llevaron a replantear dicho concepto, entre ellas la falta de consenso de los Estados respecto al mismo, la ambigüedad en que se planteaba y la carencia de un organismo internacional que juzgara dichos crímenes.” En Fernando Urioste Braga, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, (Montevideo: Editorial B de F, Capítulo II, 2002), p. 226. Al respecto, el artículo 19 establecía: “Crímenes y delitos internacionales: El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacional ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su constituye un crimen internacional. 3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; c) De una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*; d) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. 4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional. Al respecto consultar, Fernando Urioste Braga, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, p. 229.

⁵⁴ Ana Gemma López Martín, *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de grado*, p. 211.

⁵⁵ James Crawford, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, Texto y Comentarios* (Madrid: Dykinson, 2004), p. 39-42.

“Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general.

Artículo 40. Aplicación del presente capítulo.

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general.

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”.

De la comparación del anterior articulado y la actual codificación, salta a la vista que aunque lo esencial se mantuvo, desapareció definitivamente toda mención a los “crímenes internacionales”, así como cualquier ejemplo o listado de las normas *ius cogens* pertinentes. La CDI no consideró apropiado establecer ejemplos de normas imperativas en el texto de este artículo, de la misma manera que no lo hace el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados; sin embargo, señaló que las obligaciones contempladas surgen de aquellas normas sustantivas de conducta que prohíben lo que se considera como intolerable por la amenaza que supone para la supervivencia de los Estados y de sus pueblos y para los valores humanos más básicos⁵⁶. En ese sentido la CDI señaló, sin carácter exhaustivo, la prohibición de la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el apartheid, la prohibición de la tortura, las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados y la obligación de respetar el derecho a la libre determinación de los pueblos, como ejemplo de tales normas imperativas⁵⁷.

Para hablar de la *violación grave* a la que se refiere el artículo 40 del nuevo Proyecto de artículos sobre responsabilidad y de sus consecuencias nos tenemos que situar en el plano de las normas secundarias: debe haber una violación de una norma internacional con características especiales (imperativa) y, además, tal violación debe ser, en los términos del artículo 40 antes mencionado, *grave*, es decir debe haber devenido del “*incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación*” de que se trate. La palabra “grave” significa que implique una cierta magnitud de violación para no minimizarla y no quiere sugerir que alguna violación de esas obligaciones no sea grave, o sea de algún modo excusable. Pero cabe imaginar casos relativamente menos graves de violación de normas imperativas y por ello es preciso limitar el alcance de este artículo a las violaciones más graves o sistemáticas⁵⁸.

⁵⁶ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 233-234; Manuel Díez de Velasco, *Instituciones De Derecho Internacional Público*, p. 882.

⁵⁷ En “*Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*” (CDI, Comentarios, Capítulo III, 2001), p. 298.

⁵⁸ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 413-414.

Entre los factores que permiten establecer la gravedad de una violación estarán la intención de violar la norma; el alcance y el número de violaciones individuales; y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas. También hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala⁵⁹.

Para ser considerada sistemática, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada, lo cual significa que requiere cierta magnitud de la violación. En cambio, el término "flagrante" se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos; corresponde a violaciones de naturaleza flagrante que equivalgan a un ataque directo y abierto contra los valores que protege la norma⁶⁰. Esos términos no son, por supuesto, mutuamente excluyentes; las violaciones graves podrán ser, en principio, sistemáticas y flagrantes, pero también pueden existir violaciones graves que, por su naturaleza, se consumarán con un sólo acto, vgr. prohibición de agresión, prohibición de tortura, la esclavitud, entre otros.

En síntesis, tales conductas ilícitas por parte de los Estados son las mismas a los que el art. 19 del antiguo Proyecto 1986 denominaba "*crímenes internacionales*" y a los que ahora se rebautizó en los términos del art. 40 del Proyecto 2001 de la CDI como "*violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general*"⁶¹.

1.3. Normas imperativas de Derecho internacional como fundamento de la responsabilidad agravada.

El concepto básico de normas imperativas de derecho internacional se encuentra contenido en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶². Esas

⁵⁹ En "*Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*" (CDI, Comentarios, artículo 40, 2001), p. 324.

⁶⁰ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 414.

⁶¹ Sobre la diferencia entre delitos y crímenes internacionales se pueden consultar los trabajos de: James Crawford, "*International Crimes of States*", in *The Law of International Responsibility*, eds. James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (Oxford: Oxford University Press, 2010), 405-414.; Alain Pellet, "Le Crime International De L'État: Un Phoenix Juridique," in *The New International Criminal Law: 2001 International Law Session (Thesaurus Acroasium)*, ed. Kalliopi Koufa, Vol. XXXII (Athens-Thessaloniki: Sakkoulas Publications, 2003), 291-351.; Pemmaraju Sreenivasa Rao, "International Crimes and State Responsibility," in *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, ed. Maurizio Ragazzi (Leiden: Brill, 2005), 63-80.; Julio Barboza, "State Crimes: A Decaffeinated Coffee," in *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber amicorum Georges Abi-Saab*, eds. Laurence Boisson de Chazournes and Vera Gowlland-Debbas (Leiden: Brill, 2001), 357-375.

⁶² "El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general". Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens* superviniente, al señalar que "[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional

disposiciones reconocen la existencia de normas sustantivas de carácter fundamental, las cuales sólo pueden ser derogadas por otra norma de su mismo alcance; además, tal codificación refiere que hay determinadas consecuencias que emanan de los conceptos básicos de normas imperativas de derecho internacional general y de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado.

Respecto del contenido y alcance de dichas normas imperativas, resulta necesario precisar que la normatividad internacional no da ejemplos de las aludidas normas a que se hace referencia en el texto del artículo 40 del proyecto de artículos, como tampoco se hizo en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena. Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 devienen de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representan una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales⁶³.

Las normas de *jus cogens* han sido descritas como aquellas normas que comprenden el orden público internacional, las cuales, han sido aceptadas y reconocidas, o bien explícitamente en un tratado o, tácitamente por la costumbre, como necesarias para proteger el interés público de la sociedad de naciones o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellos, de allí que posean el carácter de inderogables, salvo por normas que tengan el mismo carácter, reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto⁶⁴.

Al respecto, debe señalarse que cuando en el artículo 40 del Proyecto se alude a obligaciones que emanan de una norma imperativa de Derecho internacional general, se está haciendo referencia a obligaciones *erga omnes* que devienen de una norma imperativa; no obstante, debe precisarse que no todas las obligaciones *erga omnes* pueden ser consideradas normas *ius cogens*, pero, eso sí, toda norma *ius cogens* conlleva una obligación *erga omnes*⁶⁵. En

general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales. “En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados”. CrIDH, *Condición Jurídica y derechos de los Inmigrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 98.

⁶³ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 233-235.

⁶⁴ En términos de Kelsen, las reglas del *ius cogens* no se han hecho para ratificar las necesidades de los Estados individuales, sino para satisfacer el interés superior de la comunidad internacional. En Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Bogotá: Editorial Eda, 1971), p. 19.

⁶⁵ Alicia Cebada Romero, *Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos*. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 4, 2002, [Citado el 19 de julio de 2013] Disponible en:

cualquier caso, puede concluirse que la violación grave de una norma imperativa de Derecho internacional general supone la comisión de un ilícito que conlleva un régimen agravado de responsabilidad internacional.

Respecto de la imperatividad de estas normas, ha de decirse que esta se justifica en la existencia de un orden público internacional que, aunque se encuentre en período de consolidación o desarrollo, existe para todos los Estados, quienes no podrán sustraerse válidamente de su cumplimiento sin atentar contra valores y principios propios de la comunidad internacional y sin poner en riesgo la seguridad e intereses colectivos del sistema⁶⁶. Igualmente, en cuanto a los órganos encargados de identificar el derecho imperativo, puede afirmarse que los Relatores Especiales de la CDI han sido coincidentes en señalar que los Tribunales Internacionales, específicamente la CIJ, deben ser las autoridades encargadas de señalar cuáles son las normas que gozan de esa imperatividad, ello con el fin de no caer en subjetividades respecto de tales normas susceptibles de ser declaradas como *ius cogens*⁶⁷.

Así pues, indefectiblemente surge el interrogante respecto a ¿Cuáles serían las normas que pueden considerarse en la actualidad como normas imperativas de las que trata el artículo 40? Para responder a dicha pregunta debe señalarse que no existe un consenso sobre el punto, pues la dinámica social no es estática de manera que la transformación y derogación de dichas normas es totalmente posible dependiendo de las necesidades sociales de la época y su alcance⁶⁸. Sobre el particular la CDI ha discurrido de la siguiente forma:

“El concepto de norma imperativa de derecho internacional general se puede reconocer en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica. (...) El artículo 40 no define ningún procedimiento para determinar si se ha cometido o no una violación grave. Los artículos no tienen por objeto establecer nuevos procedimientos institucionales para tratar los casos individuales, ya se planteen en relación con el capítulo III de la segunda parte o de cualquier otro modo. Además, es probable que las violaciones graves a que se refiere este capítulo sean objeto de la atención de las organizaciones internacionales

http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=2177&clave_busqueda=2002.

⁶⁶ La Corte Interamericana ha señalado que en su evolución y por su propia definición, el *ius cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *ius cogens* se ha ampliado, alcanzado también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *ius cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos de orden jurídico internacional. En Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 127.

⁶⁷ Antonio Varón Mejía, Orden Público Internacional y Normas *Ius Cogens*. Una Perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969. *Revista Diálogos y Saberes*, (Bogotá: Universidad Libre de Colombia, Febrero de 2012), p. 220.

⁶⁸ Antonio Varón Mejía, Orden Público Internacional y Normas *Ius Cogens*. Una Perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969. *Revista Diálogos y Saberes*, p. 226.

competentes, incluidos el Consejo de Seguridad y la Asamblea General. En el caso de la agresión, la Carta atribuye una función específica al Consejo de Seguridad”⁶⁹.

No obstante lo cual, la CDI en los comentarios realizados al Proyecto de artículos señaló como ejemplos de dichas normas la prohibición de la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el apartheid, la prohibición de la tortura, las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados y la obligación de respetar el derecho a la libre determinación de los pueblos⁷⁰.

De Igual forma, la doctrina especializada ha señalado que pueden estar incluidas dentro de las normas *Ius Cogens* las siguientes: **1) Igualdad soberana de los Estados, respecto de su integridad territorial e independencia política; 2) Prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza de manera incompatible con los propósitos y principios de las Naciones Unidas; 3) Solución pacífica de las diferencias de conformidad con los principios de justicia y del Derecho Internacional; 4) Libre determinación de los pueblos bajo dominación colonial u ocupación extranjera; 5) No intervención en los asuntos internos de los Estados; 6) Respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación por raza, sexo, lengua o religión; 7) Cooperación internacional para solucionar los problemas internacionales de naturaleza económica, social, cultural o humanitaria y; 8) Cumplimiento de Buena fe de las obligaciones contraídas con la Carta**⁷¹.

Ahora bien, en materia de derecho internacional de derechos humanos, la Corte Internacional de justicia ha establecido que la prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial poseen el carácter de normas de *ius cogens*⁷². Asimismo, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos ha contribuido al desarrollo de estas normas a través de jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH y los criterios emitidos por la Comisión interamericana, elevando tanto normas como principios al carácter imperativo de *ius cogens*⁷³.

⁶⁹ En “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” (CDI, Comentarios, artículo 40, 2001), p. 298.

⁷⁰ En “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos”, p. 301.

⁷¹ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 233-235; Antonio Varón Mejía, *Orden Público Internacional y Normas Ius Cogens. Una Perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*. Revista Diálogos y Saberes, (Bogotá: Universidad Libre de Colombia, Febrero de 2012), p. 229.

⁷² C.I.J., *Barcelona Traction (Belg. v. Spain)*, 1970 I.C.J. 3 (*Judgment of Feb. 5*), p. 33 y *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, CIJ, Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, p. 153.

⁷³ Ricardo Abello Gálvis, *Jerarquía Normativa en la Corte IDH, Evolución jurisprudencial 1993 – 2012*. Revista do Instituto de Direitos Humanos (número 12, 2012), p. 359 y ss.

Así, la Corte Interamericana ha incluido y reiterado que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación goza de un carácter imperativo, lo cual significa la prohibición de regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁷⁴; de igual forma, ha señalado que los Estados Parte deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley⁷⁵, también ha establecido que ciertas normas poseen el status de *ius cogens* entre ellas: la prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas⁷⁶, la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad⁷⁷, la desaparición forzada y el acceso a la justicia, entre otros⁷⁸. Por su parte, la Comisión Interamericana también ha señalado que el Derecho a la vida tiene el carácter de *jus cogens*⁷⁹.

Esa tendencia de los organismos internacionales de consagrar un plus de garantía de determinadas normas imperativas, también está vigente en un largo proceso de consenso normativo de la comunidad internacional, que se ha visto reflejado en un *corpus iuris* de las normas internacionales, que comprende los DH⁸⁰, las normas del DIH⁸¹ y últimamente, las

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ CrIDH; *Caso López Álvares v. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 170; *Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 141; *Caso Yatama v. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 185, y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 88.

⁷⁶ CrIDH; *Caso Caesar v. Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, párr. 70; *Caso Lori Berenson Mejia vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 100; *Caso de la Cruz Flores v. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 125; *Caso Tibi v. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 143; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 112; *Caso Maritza Urrutia v. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 92, y *Caso Cantoral Benavides v. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 102 y 103.

⁷⁷ CrIDH; *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 402.

⁷⁸ CrIDH; *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, p. 402; *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, p. 99. El Comité de Derechos Humanos afirma expresamente que el derecho a unas garantías mínimas procesales, en especial el derecho a la presunción de inocencia son normas de *ius cogens*. En “*Observación General No. 23*”, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 - Derecho de las minorías, de 8 de abril de 1994, párr. 4.

⁷⁹ CIDH; *Caso 11.436, Víctimas del Barco Remolcador 13 de Marzo vs. Cuba*, 16 de octubre de 1996, párr. 79; *Caso 11.216, Oscar Vila-Masot vs. Venezuela*, 12 de octubre de 1998, párr. 21. El Comité de Derechos Humanos ha agregado que la privación arbitraria de la vida, tiene el carácter de *ius cogens*. En “*Observación General No. 24*”, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, 52º período de sesiones (1994), párr. 8.

⁸⁰ En particular aquellas normas específicas contenidas en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles y Degradantes, la Declaración Sobre la Protección de Todas las Contra las Desapariciones Forzadas, la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, los Principio Relativos a una Eficaz, Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias.

normas del Derecho Penal Internacional⁸², las cuales en su conjunto, consagran un catálogo de preceptos normativos tendientes a prohibir y castigar cualquier atentado contra la vida, la integridad, la libertad y la igualdad, que se traduce en últimas como el respeto, garantía y efectividad del Estado hacia la dignidad del ser humano.

Como corolario de todo lo que hasta aquí se ha visto, puede afirmarse que el establecimiento de circunstancias agravantes debe obedecer a hechos ilícitos que por su magnitud no puedan ser equiparables, a otros tipos de hechos ilícitos, hechos tan relevantes que no puedan pasar desapercibidos por la sociedad o comunidad internacional, hechos que desconozcan en forma parcial o por completo normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos; por ello no es concebible equiparar la violación *vgr.* del derecho a la propiedad a aquella violación del derecho a la integridad mediante actos de tortura, o la privación del derecho a la vida mediante ejecuciones extrajudiciales, apoyadas y/o toleradas por el propio Estado; ello no significa que las demás obligaciones incumplidas por el Estado que generen el hecho ilícito no sean graves, pues de hecho, su mero desconocimiento acarrea la responsabilidad del Estado, no se trata de restarle importancia a las demás obligaciones, simplemente que al existir una violación a una norma *-ius cogens-* infringida, el reproche debe ser mayor al momento de determinar las consecuencias jurídicas⁸³.

Por otro lado, resulta necesario señalar que el hecho de que se establezcan circunstancias agravantes para determinar la responsabilidad internacional agravada del Estado, no implica *per se* que se pueda hablar de una responsabilidad leve o atenuada, como lo manifiesta el ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez⁸⁴; por el contrario, el

⁸¹ Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 Común de estos Convenios, CICR.

⁸² Ver por ejemplo, Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, Convención Para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de los de los Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁸³ En similares términos consultar, CrIDH; Votos razonados del Juez Antonio Augusto Cancado Trindade, *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2004, párr. 34 a 36, *Caso la Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006. párr. 50 a 56 y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 36 a 39.

⁸⁴ CrIDH; Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso Goiburú y Otros vs. Paraguay*, sentencia del 22 de septiembre de 2006. Quien sobre el particular sostiene que: “La expresión “responsabilidad agravada” sugiere que habría un catálogo de responsabilidades de diversa importancia o profundidad: desde leves hasta graves, tal vez pasando por categorías intermedias.” (...). Y agrega: 4. “A mi modo de ver, no existe tal responsabilidad “agravada”, como tampoco una responsabilidad “atenuada”, porque la responsabilidad sólo implica, sin consideraciones de intensidad o matiz, la posibilidad o necesidad de “responder” por determinados hechos en virtud de un título jurídico de imputación que vincula determinada conducta con cierta persona que ha de responder por aquella a través del establecimiento de ciertas consecuencias jurídicamente (...). En otros términos, los hechos pueden ser calificados como leves,

fundamento de tal distinción de circunstancias “*graves y/o agravadas*”, está encaminado a diferenciar las consecuencias jurídicas que nacen para el Estado respecto de la vulneración de tales normas *jus cogens* y de esta forma construir un máximo de garantía de los bienes jurídicos vulnerados. La anterior distinción también resulta relevante para garantizar el derecho a un debido proceso de los Estados y, de igual manera, preservar el principio de la seguridad jurídica, pues se tendría conocimiento con antelación respecto de cuáles son las circunstancias agravantes y cuáles no.

Ahora bien, resulta necesario analizar en este punto, la complementariedad de la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del individuo, frente a violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional o *Ius cogens*.

De este modo, -según lo que se ha dejado expuesto-, en el campo de la responsabilidad internacional del individuo debe precisarse que es correcto utilizar el concepto de “crimen internacional”, como comportamiento del que emana la responsabilidad del individuo, en tanto que ya no es posible identificar este concepto en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, pues en el art. 40 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad Internacional -ONU 2001-, se estableció la denominación de “*violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general*”. En todo caso, la mayor cautela académica invitaría posiblemente a elegir otro concepto estándar como pudiera ser el de “crimen contra el derecho internacional”, o mejor aún, el más restringido de “crimen de derecho internacional”⁸⁵.

Respecto de la complementariedad de tales regímenes -Estatual e individual-, resulta ilustrativo señalar que el pluricitado Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en su art. 58 establece que: “*Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado*”; en similar sentido, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁸⁶, en el art. 25.4 dispone que: “*Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional*”.

graves o gravísimos, y las consecuencias, como ordinarias, severas o severísimas. En cambio, la responsabilidad es sólo responsabilidad”.

⁸⁵ Javier Chinchón Álvarez, “*Responsabilidad Internacional del Individuo y Responsabilidad Internacional del Estado: Encuentros y Desencuentros en Torno a la figura de los ‘Crímenes De Derecho Internacional’*”. Publicado en: González Ibáñez, J. (Dir.): *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia In Honorem Nelson Mandela*, (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009), p. 17-19.

⁸⁶ Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

Otro ejemplo de dicha complementariedad entre ambos regímenes de responsabilidad es el art. 3 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en el cual se establece el principio general según el cual todo el aquel que cometiere un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, es responsable de ese crimen, poniendo de manifiesto a continuación, precisamente la circunstancia subrayada, esto es, que ciertamente un acto cometido por un individuo puede ver comprometida su responsabilidad internacional y puede ser igualmente atribuido a un Estado si ese individuo actuó en calidad de agente del Estado, en nombre del Estado, o como un agente de *facto* del mismo⁸⁷. Por ello, en la línea de lo ya indicado, el art. 4 del Proyecto de Código prevé que la responsabilidad internacional del individuo que en él se establece se regula sin perjuicio de la posible responsabilidad internacional del Estado por los mismos actos⁸⁸.

En síntesis, en aquellos casos en los cuales el comportamiento del particular no sea atribuible al Estado, no habrá lugar para la confusión entre ambos tipos de responsabilidad, pues sólo la responsabilidad internacional del individuo será la activada, mientras que cuando se esté ante crímenes de derecho internacional cometidos por individuos-órganos del Estado, o atribuibles a él, habrá de atenderse, adicionalmente, a la existencia de obligaciones estatales que proscriban ese tipo de crímenes; resultando, en tal caso, que un mismo hecho o conjunto de hechos comprometerían la responsabilidad, de un lado, del particular que los comete, y del otro, del Estado al que es posible atribuir ese comportamiento.

1.4. Consecuencias del hecho internacionalmente ilícito.

La consecuencia más importante e inmediata para el Estado autor de un hecho ilícito internacional no es otra que generar su “responsabilidad internacional”⁸⁹. Al cometerse un hecho internacionalmente ilícito surge una nueva relación jurídica, la cual estará constituida por un conjunto de nuevas obligaciones para el Estado autor, que pueden existir –según se

⁸⁷ De igual forma, el Protocolo I a las Convenciones de Ginebra de 1949, en el que además de reconocerse la responsabilidad internacional del particular por las infracciones graves de sus disposiciones, en su art.91 dispone expresamente que la Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus Fuerzas Armadas.

⁸⁸ Javier Chinchón Álvarez, *“Responsabilidad Internacional del Individuo y Responsabilidad Internacional del Estado: Encuentros y Desencuentros en Torno a la figura de los ‘Crímenes De Derecho Internacional’*”, p. 17-19.

⁸⁹ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, p. 179; Manuel Díez de Velasco, *Instituciones De Derecho Internacional Público*, p. 874; Ana Gemma López Martín, *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de grado*, p. 245-247.

indicó-, con relación a otro Estado, varios Estados o, la comunidad internacional en su conjunto, tal y como lo prevé el artículo 33 del Proyecto.

El Proyecto definitivo de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI establece⁹⁰ como consecuencias jurídicas básicas de un hecho internacionalmente ilícito, las siguientes:

i) La cesación del comportamiento causante de la ilicitud (art. 30.a), es decir poner fin al comportamiento específico que es contrario de la obligación violada. La cesación tiene por función poner término a una violación del derecho internacional y salvaguardar la continua validez y eficacia de la norma primaria subyacente. De este modo, la obligación de cesación a cargo del Estado responsable protege tanto los intereses del Estado o Estados lesionados como los de la comunidad internacional en su conjunto por mantener el imperio del derecho y atenerse a él. Lo anterior no quiere significar que desaparezca la relación jurídica preexistente establecida por la obligación primaria. Incluso si el Estado responsable cumple las obligaciones que le impone la segunda parte de cesar el comportamiento ilícito y reparar plenamente el perjuicio causado, no queda exonerado por ello del deber de cumplir la obligación violada⁹¹ (artículo 29).

ii) Ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen (art. 30.b), tales medidas se refieren al restablecimiento de la confianza en una relación continuada, aunque suponen mucha más flexibilidad que la cesación y no se requieren en todos los casos. Lo más frecuente es que se traten de obtener cuando el Estado lesionado tenga motivos para pensar que el simple restablecimiento de la situación preexistente no le garantiza la no repetición del hecho ilícito y;

iii) La obligación de reparar cualquier daño, material o moral, que surja como consecuencia del mismo (art. 31), dicha obligación se considera como uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado y, por lo tanto, es aplicable

⁹⁰ Las consecuencias del hecho ilícito internacional fueron descritas por la CDI en el siguiente tenor literal: *“Artículo 29.- Continuidad del deber de cumplir la obligación. Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.*

Artículo 30.- Cesación y no repetición. El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin si ese hecho continúa; b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31.- Reparación. 1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.

⁹¹ En Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” (CDI, Comentarios, artículo 29, 2001), 224.

como fuente de obligaciones⁹². al respecto, la C.P.J.I. en el emblemático asunto de la Fábrica de Chorzów, señaló de forma categórica que:

“Es un principio de derecho internacional que la violación de un compromiso entraña la obligación de reparar en forma adecuada. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. (...)”

“El principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (principio que parece establecido por la práctica internacional y en particular por los laudos de tribunales arbitrales) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho. Los principios que habían de servir para determinar el monto de la indemnización debida por un hecho contrario al derecho internacional eran la restitución en especie o, si ello no fuera posible, el pago en una suma correspondiente al valor que arrojaría la restitución en especie y la concesión, de ser necesario, de una indemnización por los daños o perjuicios sufridos que no quedasen comprendidos en la restitución en especie o el pago en lugar de la restitución”⁹³.

En cuanto a las formas de reparación, la artículo 34 del proyecto de artículos establece que “[l]a reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo”.

La restitución⁹⁴ implica el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación que existía antes de la comisión del hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que se pueda considerar que los cambios que se han producido en esa situación se remontan a ese hecho; sin embargo, existen a menudo situaciones en que no se puede recurrir a la restitución o en que el valor de ésta para el Estado lesionado es tan pequeño que otras formas de reparación adquieren primacía⁹⁵. La restitución puede adoptar la forma de una reintegración o devolución material de territorio, personas o bienes, o la revocación de algún acto jurídico, o una combinación de esas cosas⁹⁶.

⁹² Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago de Chile Segunda Ed. 2009), p. 12.

⁹³ ICPJ. *Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 9 (July 26) párr. 7.

⁹⁴ “Artículo 35.- Restitución. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización”.

⁹⁵ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 878.

⁹⁶ Como ejemplos de restitución material referidos a personas, véase en especial el asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en el que la Corte Internacional de Justicia exigió al Irán la liberación inmediata de todos los nacionales de los Estados Unidos detenidos: *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S. v. Iran)*, 1979 I.C.J. 7 (Order of Dec. 15) p. 44 y 45.

La indemnización corresponde al daño susceptible de evaluación financiera sufrido por el Estado lesionado o sus nacionales⁹⁷. La indemnización no tiene por objeto castigar al Estado responsable ni tampoco tiene un carácter expresivo o ejemplar, opera cuando no es posible la restitución o bien es acordada por las partes y constituye una reparación por equivalente⁹⁸. En el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte declaró: “es una norma firmemente establecida de derecho internacional que el Estado lesionado tiene derecho a obtener indemnización del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito por el daño causado por ese hecho”⁹⁹.

La satisfacción es el remedio para los perjuicios que no pueden evaluarse en términos financieros y que equivalen a una ofensa al Estado¹⁰⁰. Esos perjuicios son a menudo de carácter simbólico, y dimanar del hecho mismo del incumplimiento de la obligación, independientemente de sus consecuencias materiales para el Estado interesado¹⁰¹.

1.5. Consecuencias de una violación “grave” a normas imperativas de Derecho internacional.

En caso de una violación “grave” a normas imperativas de derecho internacional, el hecho ilícito genera, además de las anteriormente descritas consecuencias particulares para el Estado responsable, unas obligaciones generales para los demás Estados miembros de la comunidad internacional, esto es **i)** cooperar para ponerle fin por medios lícitos y; **ii)** no reconocer, ni prestar ayuda o asistencia para mantener la situación (art. 41). En palabras de

⁹⁷ “Artículo 36.- Indemnización. 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución. 2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado”.

⁹⁸ Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José A. Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 58; José A Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 566-569; Ana Gemma López Martín, *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de grado*, p. 248-254.

⁹⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, I.C.J., Reports 1997, p. 47. Véase también el pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, según el cual “es un principio de derecho internacional que la reparación de un daño puede consistir en una indemnización”. ICPJ. *Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 9 (July 26) párr. 27.

¹⁰⁰ “Artículo 37.- Satisfacción. 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. 2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. 3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable”.

¹⁰¹ James Crawford, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y Comentarios* (Madrid: Dykinson, 2004), 60; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 425; Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 877.

la propia CDI “[l]o que se pide es que ante las violaciones graves todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones”¹⁰².

Sobre el particular, el Proyecto de artículos preceptúa:

“Artículo 41. Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

*1. Los Estados deben **cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.***

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

*3. El presente artículo se entenderá **sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte** y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”.*

La anterior disposición muestra de forma clara que la responsabilidad agravada de los Estados genera diferentes consecuencias y las evalúa con distinto peso jurídico, lo cual varía las consecuencias a cargo del Estado infractor; entre tales consecuencias se encuentran la censura por parte de la comunidad internacional respecto de las violaciones “*flagrantes o sistemáticas*” a las normas *jus cogens*, asimismo, exhorta a los demás Estados a cooperar para poner fin a dicha violación por medios lícitos, también prohíbe cualquier tipo de ayuda o asistencia respecto del hecho ilícito; además, y más importante aún, es que otorga la facultad a cualquier Estado de reclamar al Estado infractor la cesación del hecho ilícito internacional y el cumplimiento de las obligaciones de reparación y las seguridades y garantías de no repetición, toda vez que “*la obligación violada existe en relación con la comunidad internacional en su conjunto*”.

Las anteriores obligaciones se encuentran previstas en los artículos 41, 48, 50 y 53 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados¹⁰³. Dichas disposiciones

¹⁰² En Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” (CDI, Comentarios, artículo 40, 2001), 301.

¹⁰³ “Artículo 48.- Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado.

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:

reconocen que pueden existir violaciones atroces de obligaciones internacionales que requieren algún tipo de respuesta por parte de todos los Estados. En relación con tales respuestas, las obligaciones que imponen no son muy exigentes, pero tampoco en modo alguno triviales, la más importante, la de no reconocimiento, ya refleja el reproche del derecho internacional general¹⁰⁴.

Adicionalmente, dentro de las consecuencias, para el Estado, de la comisión de una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general, podemos decir que también se encuentra incluida la obligación de los Estados consistente en castigar a los individuos responsables, esto es, incluir la exigencia de responsabilidad penal individual de las personas entre las obligaciones que para la Comunidad Internacional que se derivan de una violación grave de una obligación emanada de una norma de *ius cogens*, de tal suerte que una vez comprometida aquélla, por violación grave de una obligación de derecho imperativo, todos los Estados tendrían la obligación de perseguir, enjuiciar y sancionar a los individuos-órganos responsables; obligación que además debería entenderse como suplementaria de las propias de la responsabilidad internacional individual.

A este mismo respecto, conviene igualmente subrayar que la más reciente versión de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario¹⁰⁵ establece el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, y dispone que la satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente, la aplicación de sanciones judiciales y administrativas a los responsables de las violaciones¹⁰⁶.

Lo anterior, en virtud de que la imposición de tales obligaciones a los Estados miembros de la Comunidad Internacional *“[s]e fundan en la premisa de la solidaridad internacional frente a un crimen internacional. Se fundan en el reconocimiento de que es necesaria la respuesta colectiva de todos los Estados para contrarrestar los efectos de un crimen internacional. En la práctica es probable que esta respuesta colectiva se coordine por*

a) **La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y

b) **El cumplimiento de la obligación de reparación**, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”.

¹⁰⁴ James Crawford, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y Comentarios* (Madrid: Dykinson, 2004), 64.

¹⁰⁵ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”*, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005, punto 22.

¹⁰⁶ Javier Chinchón Álvarez, *“Responsabilidad Internacional del Individuo y Responsabilidad Internacional del Estado: Encuentros y Desencuentros en Torno a la figura de los ‘Crímenes De Derecho Internacional’*”, p. 24.

medio de los órganos competentes de las Naciones Unidas, como sucede con las Resoluciones del Consejo de Seguridad sobre Sudáfrica [301 (1971), 418 (1978), y 569 (1985)], sobre Rhodesia 216 (1995) y sobre Kwait 661 de 1990”¹⁰⁷.

Para ilustrar mejor las consecuencias de una violación grave a una norma imperativa de derecho internacional, resulta necesario citar la Opinión Consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (2004):

“Habida cuenta del carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados, la Corte opina que todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental y sus alrededores. Así mismo, tienen la obligación de no prestar ayuda ni asistencia en el mantenimiento de la situación creada por tal construcción. Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”¹⁰⁸.

En conclusión, la estipulación de tales consecuencias que se originan de la vulneración de una norma imperativa pretenden censurar con mayor gravedad tales prácticas sistemáticas de violación a Derechos Humanos e impedir que las mismas se vuelvan a repetir, para lo cual, inclusive, los demás Estados miembros de la comunidad internacional pueden acudir a todos los medios lícitos para poner fin a tales violaciones, asegurar la reparación y evitar su repetición, obligación que debe suponer, además, el perseguimiento, el enjuiciamiento y la sanción individual a los responsables de tales conductas.

¹⁰⁷ Comentario del Relator Especial Sr. Arangio Ruis, al antiguo art- 53 del Proyecto. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones, 6 de mayo a 2 de julio de 1996. A/51/10. Naciones Unidas, Nueva York, 1996, p. 176-182. En Antonio Fernández Tomás, *Derecho Internacional Público, Casos y Materiales*, (Valencia, Ed. Tirant to Blanch, 2001), p. 327-330.

¹⁰⁸ Corte Internacional de Justicia. *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva del 13 de julio de 2004. párr. 159.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

2.1.- El Derecho internacional de los Derechos Humanos como régimen especial de responsabilidad internacional.

Tal y como se analizó anteriormente, en el marco del Proyecto de artículos de la CDI, un Estado es responsable internacionalmente cuando se produce un hecho ilícito, es decir, cuando en primer lugar existe una conducta consistente en una acción u omisión imputable a él según el derecho internacional y; en segundo lugar, cuando existe una conducta que constituye violación de una obligación internacional.

En relación con las disposiciones que contiene el aludido proyecto de artículos, éstas son consideradas como *lex generalis*, en tanto regulan todo lo concerniente con la responsabilidad internacional del Estado, salvo en aquellos casos en los cuales existe alguna norma especial en relación con un ámbito particular de aplicación (vgr. Derecho internacional de los derechos humanos o las normas del comercio internacional). Sobre el particular, el artículo 55 del Proyecto de artículos de la CDI establece que “[l]os presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional”.

En todo caso, tales regímenes especiales de responsabilidad comparten un mismo fundamento único previsto en el proyecto de artículos de la CDI¹⁰⁹. Así pues, la rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus subsistemas no puede ser considerada como un régimen autónomo en sentido estricto, toda vez que sus normas secundarias no excluyen el sistema general de responsabilidad, sino que coexisten con el mismo y se alimenta de sus criterios de interpretación¹¹⁰.

¹⁰⁹ López Martín, Ana Gemma, *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de grado*, p. 206 a 210.

Jurídicas. 2013, No. 2, Vol. 10, pp. 95-118.

¹¹⁰ CrIDH, *Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, "Otros Tratados", Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 Serie A No. 1, párr. 33. Para mayor profundidad sobre la temática se puede consultar: Carlos Mauricio López Cárdenas y Abril Uscanga Barradas, "El marco jurídico para la paz desde la perspectiva de la responsabilidad internacional del Estado", *Revista Jurídicas*, No. 2, vol. 10. Pág. 95-118.

Ahora bien, respecto de los tratados de Derechos Humanos, ha de decirse que los Estados como sujetos de derecho internacional han consensuado una serie de normas de carácter internacional a través de las cuales se obligan a garantizar una serie de derechos y libertades a aquellas personas que se encuentran bajo su jurisdicción, cada Estado por consiguiente se obliga frente a los demás Estados a respetar y garantizar el cumplimiento de esas normas, de manera que un incumplimiento de las mismas legitima a los demás Estados a solicitar la cesación del comportamiento vulnerante, exigir garantías de no repetición y, de ser del caso, reclamar la debida reparación¹¹¹. Así pues, la responsabilidad del Estado ya no se encuentra definida únicamente por una relación entre Estados, sino que los sujetos se complejizan. Por una parte se encuentra el Estado, con la obligación de respetar los derechos y libertades fundamentales consagradas internacionalmente, y por otra, los individuos, con la posibilidad de exigir su cumplimiento, ya no como una mera concesión del Estado, sino como una obligación de éste¹¹².

Así pues, si bien es cierto los tratados de derechos humanos se celebran entre Estados, los derechos establecidos en los mismos no son otorgados a los Estados, sino a los particulares, razón por la cual, los tratados de derechos humanos habrán de considerarse no como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios¹¹³. Sobre el particular, la Corte Internacional de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el carácter especial de los tratados de Derechos Humanos (Convención contra el genocidio), y precisó que,

“En tal Convención [Genocidio], los Estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes.

“La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones”¹¹⁴.

¹¹¹ Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José A. Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 58.

¹¹² Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago de Chile Segunda Ed. 2009), p. 12.

¹¹³ Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José A. Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 61.

¹¹⁴ Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, CIJ, Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951.

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que,

“.. [l]os tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”¹¹⁵.

De conformidad con lo anterior, forzoso resulta concluir entonces que las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados de derechos humanos son de carácter *erga omnes*, cuyos beneficiarios son sobre todo las personas, ya sean nacionales de los Estados Parte o sean extranjeros sujetos a su jurisdicción y, en tal virtud, dichas obligaciones internacionales son exigibles a los Estados, aún sin que exista un lazo convencional, pues son de obligatorio cumplimiento para la comunidad internacional¹¹⁶.

2.2. Antecedentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano de promoción y protección de derechos humanos se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana aprobada en Bogotá el 30 de abril de 1948¹¹⁷, en el marco de la cual se adoptó también la Carta de la OEA¹¹⁸, con lo cual se dio el nacimiento del Sistema Interamericano¹¹⁹. Es de anotar que dicha declaración no tuvo principalmente el carácter impositivo de un tratado, en la medida que no fue adoptada como tal, no obstante lo cual, en la actualidad, la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos¹²⁰.

¹¹⁵ CrIDH, *El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre 1982, párr. 39.

¹¹⁶ Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José A. Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 63.

¹¹⁷ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, 1948.

¹¹⁸ Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

¹¹⁹ Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos* (México DF: Editorial Porrúa, 2007), p. 9.

¹²⁰ Julio José Rojas Báez “El Establecimiento de la Responsabilidad Internacional del Estado por Violación a Normas Contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, *American University International Law Review*, Vol 25, 2009, p. 7-35. Ver también CrIDH; *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención*

El sistema interamericano carecía, sin embargo, de mecanismos institucionales y procesales para las garantías y el control de los derechos definidos, hasta que en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959), se decidió: **i)** encargar al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un proyecto de convención sobre la materia, que resultó en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)¹²¹; y, **ii)** crear la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyo mandato surge de la misma Carta de la OEA para actuar¹²².

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. En la actualidad veintitrés de los treinta y cinco países miembros de la OEA son partes del Pacto de San José¹²³. La Convención creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional del Sistema y mantuvo el rol de la CIDH de promoción y defensa de los derechos humanos, función de vital importancia en el trámite de quejas individuales¹²⁴.

En el sistema interamericano de derechos humanos, junto a la Convención Americana, también se encuentran otros instrumentos que poseen efectos jurídicos iguales a los de aquélla: el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹²⁵, Protocolo Adicional a la Convención Americana Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte¹²⁶, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹²⁷, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹²⁸, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

Americana Sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva 10/89 del 14 julio de 1989, párr. 35; CIDH; Informe No 67/01, Caso 11.859, *Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, del 14 de junio de 2001, párr. 49; Informe N° 47/96, Caso 11.436, *Víctimas del Barco Remolcador "13 de Marzo" vs. Cuba*, del 16 de octubre de 1996, párr. 59; Informe No 87/ 98. Caso 11.216. *Oscar Vila- Masot, vs. Venezuela*, del 12 de octubre de 1998, párr. 48.

¹²¹ Aprobada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

¹²² Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 19.

¹²³ http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm, página web consultada el día 30 de octubre de 2013.

¹²⁴ Francisco R. Barbosa Delgado, *Litigio Interamericano*, (Bogotá DC: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2002), 64.

¹²⁵ *Suscrito el 17 de noviembre de 1998, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General. De conformidad con el artículo 23 literal C. de este instrumento, la Corte Interamericana tiene competencia contenciosa para conocer sobre las violaciones a los artículos 8 (derechos sindicales) y 13 (derecho a la educación).*

¹²⁶ Aprobado el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

¹²⁷ Adoptada el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

¹²⁸ Adoptada el 9 de junio de 1995 en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General.

contra la Mujer¹²⁹, y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹³⁰.

2.3. Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2.3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Como se manifestó anteriormente la CIDH es un órgano de la OEA, cuyo función principal según el artículo 1 de su estatuto, es el de promover la observancia y defensa de los derechos humanos en el continente y servir como órgano consultivo de la OEA en materia de derechos humanos. Para la consecución de tal fin y en cumplimiento de su mandato, la Comisión realiza, entre otras, las siguientes funciones y actividades de carácter político y judicial:

“a) Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos, de conformidad con los artículos 44 a 51 de la Convención, los artículos 19 y 20 de su estatuto y los artículos 22 a 50 de su reglamento.

b) Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado miembro, cuando lo considera apropiado.

c) Realiza visitas in loco a los países para llevar a cabo análisis en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica. En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos observada, que es publicado y presentado al Consejo Permanente y a la Asamblea General de la OEA.

d) Solicita a los Estados miembros la adopción de “medidas cautelares”, por iniciativa propia o a petición de parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a los derechos humanos en casos graves y urgentes. Asimismo, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de “medidas provisionales” en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso aún no haya sido presentado ante la Corte.

129 Adoptada el 9 de junio de 1994 en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, La Comisión Interamericana tiene Competencia para conocer sobre las violaciones al artículo 7 (deberes de los Estados), conforme al artículo 12 de este instrumento.

¹³⁰ Aprobada el 6 de junio de 1999 en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

*e) Presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante ella durante la tramitación de los mismos y le solicita opiniones consultivas, en virtud del artículo 64 de la Convención Americana*¹³¹.

En resumen, en términos de la Corte IDH, *“conforme al artículo 106 de la Carta, la Comisión es un órgano de la OEA; por otra parte, es también un órgano de la Convención Americana, cuyas atribuciones constan en el artículo 41 de ese instrumento. En tanto órgano de la Convención, la Comisión se vincula con la Corte, ya que ambas tienen, aunque con diferentes facultades, la función de examinar comunicaciones individuales y estatales, de acuerdo con los artículos 44, 45, 51, 61 y siguientes de la Convención*”¹³².

Ahora bien, en ejercicio de su función cuasi jurisdiccional, la CIDH debe actuar respecto de las peticiones en ejercicio de las competencias establecidas en el literal f del artículo 41 de la Convención¹³³, para tal efecto se deben agotar una serie de requisitos, entre los que se encuentran:

- La materia o el asunto, debe versar sobre hechos que constituyan una trasgresión de los derechos humanos consagrados en alguno de los instrumentos que hacen parte del sistema interamericano, y que le atribuyan esa competencia a la Comisión Interamericana.

- Deben haber sido agotados los recursos contemplados en la jurisdicción interna, salvo las excepciones contempladas en la Convención Americana.

- La petición deberá ser presentada dentro de los seis meses siguientes al agotamiento de los recursos internos¹³⁴.

2.3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana es el organismo encargado de la salvaguarda de la Convención Americana y conoce de aquellos eventos en los cuales intervengan los Estados que han reconocido expresamente la competencia de ese tribunal internacional; dicha competencia

¹³¹ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2004. Capítulo II. Bases Jurídicas y Actividades de la CIDH durante 2004, p. 7.

¹³² CrIDH, *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Artículos 41 y 44 a 50 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-19/05, solicitada por la República Bolivariana de Venezuela, párr. 24.

¹³³ A cuyo tenor: *“actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención”*.

¹³⁴ Artículo 46 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y artículos 30 a 33 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones, modificado su 147º período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1º de agosto de 2013.

se refiere a la resolución de casos en los que se declara la responsabilidad internacional a un Estado parte¹³⁵ por la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención o de cualquier otro instrumento en el que se reconoce la competencia expresa de la Corte Interamericana para pronunciarse.

De acuerdo con la Convención, la Corte ejerce las siguientes funciones: i) Contenciosa, ii) Consultiva y iii) la de adoptar Medidas Provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia¹³⁶. En cuanto a la función contenciosa, ésta solamente puede ser ejercida por la Corte en aquellos casos en los cuales los Estados han ratificado o adherido a la Convención Americana y le han reconocido Competencia expresa. Dicha facultad se refiere a la resolución de casos en los cuales se alega la violación de los derechos amparados por la Convención (o de cualquier otro instrumento en el que se reconoce competencia expresa a la Corte para pronunciarse) de un Estado parte. De esta forma la Corte actúa como juez internacional de los Estados¹³⁷.

La segunda función de la Corte dice relación con a la facultad que tienen los Estados miembros de consultar acerca de la interpretación de la Convención o *“de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”*. También podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos de la OEA como la Comisión Interamericana, la Asamblea General y demás señalados en la Carta de la organización, *“[e]sta competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados Miembros y a los demás órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos”*¹³⁸.

De igual forma, la Corte IDH puede adoptar las medidas que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, y en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que

¹³⁵ Artículo 62 de la CADH.

¹³⁶ Al respecto el numeral 3 del artículo 62 de la Convención establece que *“[l]a Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia”*.

¹³⁷ Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos* (México DF: Editorial Porrúa, 2007), p. 56 a 57.

¹³⁸ CrIDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), “Otros tratados”, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 23; objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 25.

considere pertinentes. Si se trata de casos que aún no están sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión (artículo 63.2 de la Convención)¹³⁹.

2.4. Responsabilidad del Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para determinar los alcances de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos en el sistema interamericano resulta menester determinar dos cuestiones básicas, a saber: **i)** determinar cuáles son las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos (obligaciones primarias) y, **ii)** precisar cuáles son las hipótesis de atribución de responsabilidad internacional dentro del sistema.

En cuanto a los elementos de responsabilidad internacional, debe señalarse que, en sus primeros fallos, la jurisprudencia de la Corte IDH tuvo cierta confusión respecto de los elementos que debían concurrir para que el Estado incurriera en responsabilidad internacional, pues además de los elementos aceptados por el derecho internacional (ilícito que sea atribuible al Estado), la Corte exigía la concurrencia de un tercer requisito, cual era, la existencia de daño efectivo a partir de la infracción convencional¹⁴⁰. De esta forma, la Corte planteó que era necesario que existiera una víctima concreta que hubiese sufrido un daño a partir del ilícito atribuible al Estado¹⁴¹. No será sino a partir de la sentencia en el caso *La Última Tentación de Cristo*¹⁴², que la Corte Interamericana recoja una visión correcta de la responsabilidad, limitando los elementos necesarios para determinar la responsabilidad del Estado a la ocurrencia de un ilícito internacional atribuible al Estado, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño¹⁴³.

En el sistema interamericano de derechos humanos, junto a la Convención Americana, también se encuentran otros instrumentos que poseen efectos jurídicos iguales a los de aquélla: el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴⁴, Protocolo Adicional a la Convención Americana

¹³⁹ Francisco R. Barbosa Delgado, *Litigio Interamericano*, p. 64.

¹⁴⁰ Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos*, p. 18.

¹⁴¹ CrIDH, Caso “Genie Lacayo c. Nicaragua”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 175.

¹⁴² CrIDH, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 143.

¹⁴³ Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 18.

¹⁴⁴ Suscrito el 17 de noviembre de 1998, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General. De conformidad con el artículo 23 literal C. de este instrumento, la Corte Interamericana tiene competencia contenciosa para conocer sobre las violaciones a los artículos 8 (derechos sindicales) y 13 (derecho a la educación).

Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte¹⁴⁵, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁴⁶, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁴⁷, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁴⁸, y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁴⁹.

Ahora bien, la piedra angular sobre la cual se fundamenta la responsabilidad en el sistema interamericano de derechos humanos, se encuentra establecida en el art. 1° de la Convención Americana, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Obligación de respetar los derechos: 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 (...).”*

Como se puede observar, de la lectura de este artículo se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: **i)** la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado y; **ii)** se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos¹⁵⁰.

La obligación de respetar implica para los Estados que el ejercicio de sus poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) envuelve necesaria e irreductiblemente “unos límites que derivan de que los derechos humanos, atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, son superiores al poder del Estado”¹⁵¹. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) y/o

¹⁴⁵ Aprobado el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

¹⁴⁶ Adoptada el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

¹⁴⁷ Adoptada el 9 de junio de 1995 en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General.

¹⁴⁸ Adoptada el 9 de junio de 1994 en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, La Comisión Interamericana tiene Competencia para conocer sobre las violaciones al artículo 7 (deberes de los Estados), conforme al artículo 12 de este instrumento.

¹⁴⁹ Aprobada el 6 de junio de 1999 en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

¹⁵⁰ Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos*, p. 19.

¹⁵¹ CrIDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, p. 165; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 174; *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 151.

negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad. Al respecto, la CrIDH ha precisado que,

*"Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados (...)". A lo cual agregó que "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, si no por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"*¹⁵².

A su turno, la obligación de garantizar envuelve el deber positivo de hacer, conforme al cual el Estado debe afianzar los derechos estipulados en la Convención y, en tal sentido podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de esta obligación de garantía: **i)** asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos sin discriminación alguna; **ii)** proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; **iii)** adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos; **iv)** reparar a las víctimas¹⁵³; y **v)** cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control¹⁵⁴.

A su vez, esta obligación de garantía lleva en sí misma una serie de obligaciones para los Estados, cuales son *"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 humanos"*¹⁵⁵.

Ahora bien, en cuanto a la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno consagrada en el artículo 2 de la CADH¹⁵⁶, ha de decirse que el Estado puede incurrir en la

¹⁵² CrIDH, *Caso Los 19 Comerciantes v. Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004, p. 162. *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, párr. 146.

¹⁵³ CrIDH, *Caso La Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 142.

¹⁵⁴ Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos*, p. 21.

¹⁵⁵ CrIDH, *Caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, p. 175 a 177; *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia del 20 de julio de 1988, párrs. 166-168; *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, párr. 23.

¹⁵⁶ A cuyo tenor: *"Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: 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"*.

violación de dicho deber convencional por la adopción de disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones internacionales. Es decir, si se dicta una ley que es incompatible con las obligaciones que ha adquirido el Estado a través de los tratados de derechos humanos, el Legislativo podría hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional y, por lo tanto, lo expone a ser sujeto pasivo en el sistema internacional, así como objeto de un proceso internacional y ser, eventualmente, objeto de una condena¹⁵⁷. También puede el Legislativo comprometer la responsabilidad del Estado cuando no adopta disposiciones legislativas necesarias para hacer compatible su normativa interna con las obligaciones internacionales. Cuando los Estados ratifican un tratado, lo hacen parte de su legislación, por tanto, se están comprometiendo también a adecuar toda su legislación interna de acuerdo a los estándares del tratado internacional. En ese sentido, hay un esfuerzo que deben llevar adelante los Estados de ver cómo el conjunto de su cuerpo normativo y las prácticas que de él emanen se ajustan a las obligaciones que están adquiriendo¹⁵⁸.

Finalmente, el DIDH ha establecido como una obligación general el deber del Estado de no discriminar a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos. Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*¹⁵⁹.

En cuanto a la imputación de la responsabilidad a un Estado en el sistema interamericano de derechos humanos, al igual que ocurre en el derecho internacional general, resulta necesario determinar que el ilícito hubiese sido cometido por un órgano o agentes estatales que, por su actividad o inactividad, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Al respecto la CrIDH desde sus primeros casos contenciosos, manifestó que la responsabilidad puede emanar de la actuación de cualquiera de sus órganos, independientemente de su voluntad, actuación que puede estar dentro o fuera de sus atribuciones, o en cumplimiento de la normativa interna:

“Esa conclusión 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 de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por

¹⁵⁷ CrIDH. *Caso la Cantuta vs. Perú*, Interpretación de la sentencia de Fondo, párr. 18.

¹⁵⁸ CrIDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 72; *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 238 y *Caso Masacre de El Mozote y Lugares Aledaños v. El Salvador*, sentencia del 25 de octubre de 2012, párr. 189.

¹⁵⁹ CrIDH, *Condición Jurídica y derechos de los Inmigrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 98.

las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”¹⁶⁰.

De otra parte, en relación con la responsabilidad de los Estados por el hecho de particulares, la Corte IDH ha precisado que el Estado está llamado a responder dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso concreto y atendiendo al grado de previsibilidad y los medios que tenía para contrarrestarlo, sobre el particular discurrió de la siguiente manera:

“Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención”¹⁶¹.

En otra oportunidad, al pronunciarse sobre la responsabilidad internacional del Estado colombiano por el hecho ilícito de un grupo paramilitar, la Corte IDH discurrió de la forma que sigue:

“Para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”¹⁶².

De esta forma, el Estado puede ser responsable por las violaciones convencionales cometidas en forma directa por sus agentes (de cualquier órgano del Estado), o bien dicha responsabilidad puede surgir de una omisión del Estado, en aquellos casos en que particulares afectan los derechos convencionales, pues se entiende que el Estado no realizó una adecuada labor de control sobre tales actos ilícitos siendo previsibles y, en consecuencia, incumplió la obligación de garantizar activamente el libre y pleno ejercicio

¹⁶⁰ CrIDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 169.

¹⁶¹ CrIDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 173 y, en similar sentido, consultar, *Caso Masacre de Pueblo Bello*, sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 123.

¹⁶² CrIDH, *Caso Masacre de Pueblo Bello*, sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 123.

de los derechos contenidos en la Convención¹⁶³. En ese sentido, la Corte IDH ha señalado un criterio amplio de imputación de responsabilidad al establecer que,

*“Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones”*¹⁶⁴

Finalmente, resulta necesario precisar que la responsabilidad sólo puede ser exigida a nivel internacional luego de que el Estado hubiere podido actuar a nivel interno (es decir dar aplicación al principio del agotamiento de los recursos internos). No obstante, la responsabilidad del Estado ha surgido antes, esto es, al momento de la comisión del ilícito atribuible al Estado y, con ello, se hacen aplicables al acto en cuestión todos los criterios internacionales sobre obligaciones del Estado por violación de derechos humanos (obligación de investigar, sancionar y reparar); en consecuencia deberá determinarse qué y cómo debe reparar el Estado a las víctimas en el ámbito interno.

2.5. Concepto de reparación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Ahora bien, -según se indicó-, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación¹⁶⁵ y, en caso de ser posible, restituir las cosas a su estado anterior (*restitutio in integrum*), con el fin de evitar que se agraven las consecuencias de la violación¹⁶⁶. Así pues, en el sistema interamericano, al igual que ocurre en el régimen de responsabilidad internacional general, la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución, la cual incluye el restablecimiento de la situación anterior (*statu quo ante*), de no ser ello posible, se garantizará la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, por ejemplo, mediante el pago de una indemnización por los daños materiales e inmateriales¹⁶⁷.

¹⁶³ Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos*, p. 30.

¹⁶⁴ CrIDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 173.

¹⁶⁵ CrIDH, *Caso Baena Ricardo y otros v. Perú*, sentencia del 2 de febrero de 2001, p. 65; *Caso Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 235.

¹⁶⁶ CrIDH, *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Reparaciones, sentencia de 22 de febrero de 2002. párr. 37.

¹⁶⁷ CrIDH, *Caso de la Masacre de Ituango v. Guatemala*, sentencia del 1º de julio de 2006, párr. 238, *Caso Baldeón García v. Perú*, sentencia del 6 de abril de 2006, párr. 174; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros c. Colombia*, sentencia del 7 de febrero de 2006, párr. 294.

La disposición aplicable a las reparaciones en el Sistema Interamericano de protección de DH es el art. 63.1 de la Convención Americana¹⁶⁸ que recopila uno de los principios fundamentales del derecho internacional general, según el cual el incumplimiento de una obligación por parte de un Estado, genera su responsabilidad, circunstancia que genera, como consecuencia, la obligación de reparar de una forma adecuada, dicho principio fue acogido y reiterado por la jurisprudencia de la Corte IDH desde el primer caso contencioso (Velásquez Rodríguez V. Honduras)¹⁶⁹.

Por esta razón, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación¹⁷⁰. Sobre este punto, la Corte Interamericana en reiterada jurisprudencia, ha señalado que:

*“Toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, dicha reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”*¹⁷¹.

Las modalidades de reparación pueden ser pecuniarias y no pecuniarias, e incluyen: a) restitución, b) indemnización o compensación, c) rehabilitación, d) satisfacción; y e) garantías de no repetición, y f) proyecto de vida¹⁷².

a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación y que, sólo en la medida en que dicha *restitutio* no resulte accesible, resulta

¹⁶⁸ A cuyo tenor: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

¹⁶⁹ CrIDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 165; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrs. 40-57; el *Caso Goiburú y Otros vs. Paraguay*, sentencia del 22 de septiembre de 2006, párr. 138; *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. sentencia de 27 de noviembre de 2008. párr. 127.

¹⁷⁰ CrIDH, *Caso Baena Ricardo y otros v. Perú*. Competencia, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 65; *Caso Maritza Urrutia v. Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, párr. 142, y *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 235.

¹⁷¹ CrIDH, *Caso de la Masacre de Ituango v. Guatemala*, sentencia del 1º de julio de 2006, párr. 238, *Caso Baldeón García v. Perú*, sentencia del 6 de abril de 2006, párr. 174; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 195; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros c. Colombia*, sentencia del 7 de febrero de 2006, párr. 294.

¹⁷² Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos*, p. 18.

procedente decretar otras medidas reparatorias¹⁷³; este tipo de reparación incluye, entre otras, el regreso al país, el empleo, la propiedad, entre otras medidas¹⁷⁴; sin embargo, es una figura poco usada en la medida en que difícilmente es posible volver las cosas a su estado normal o anterior, como ocurre cuando nos encontramos frente a graves violaciones de derechos humanos, en las cuales se debe utilizar la indemnización u otras formas de reparación. Piénsese a manera de ejemplo, los casos de desaparición forzada, tortura, violación del derecho a la vida, entre otros. De ahí que la Corte haya considerado que: “obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable e irreversible”¹⁷⁵.

b) La Indemnización por los perjuicios sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial¹⁷⁶. El daño material comprende el daño emergente y el lucro cesante y, en tal sentido, “supone la pérdida, menoscabo o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso sub iudice, para lo cual, cuando corresponde, el Tribunal fija un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones que han sido declaradas en la respectiva Sentencia”¹⁷⁷.

Por su parte, el daño inmaterial, en términos corrientes, puede abarcar tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia¹⁷⁸. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad¹⁷⁹.

¹⁷³ Corte IDH. Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002, párr. 25. En Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 56 a 57.

¹⁷⁴ Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 59.

¹⁷⁵ CrIDH, *Caso Aloeboetoe y otros*, Reparaciones, sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No 15, párr. 48.

¹⁷⁶ CrIDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam*, sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C No 15, párr. 50.

¹⁷⁷ Corte IDH; *Caso la cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 213; *Caso Goiburú y otros vs Paraguay*, sentencia del 22 de septiembre de 2006, párr. 150; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, párr. 126 sentencia del 5 de julio de 2006, y *Caso Ximenes Lopes*, sentencia del 4 de julio de 2006, párr. 220.

¹⁷⁸ Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos*, p. 18.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

Respecto a la forma como se debe probar este tipo de daño, no existe un criterio unánime para establecerlo; no obstante lo cual, la Corte IDH, ha precisado que: “*es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a detención arbitraria, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas*”¹⁸⁰. De igual forma, la Corte ha reiterado que: “*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 misma*”¹⁸¹. Aunado a lo anterior, el Tribunal, ha considerado que los sufrimientos o muerte –como, la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial– de una persona acarrearán a sus hijas, hijos, cónyuge o compañera y compañero, madre y padre un daño inmaterial, que no es necesario demostrarlo¹⁸².

c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o los que sean necesarios para que la víctima se pueda recuperar¹⁸³.

d) Satisfacción, son medidas de carácter simbólicas y colectivas, que comprenden los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc¹⁸⁴.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, para que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras¹⁸⁵.

f) Dentro de esta forma de reparación de perjuicios inmateriales, la Corte ha ordenado la indemnización por un concepto denominado “proyecto de vida”, asociándolo como una

¹⁸⁰ CrIDH, *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*, sentencia del 1 de julio de 2006, p. 384, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 255.

¹⁸¹ CrIDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 248; *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 189; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, sentencia de 8 de Julio de 2004, párr. 237.

¹⁸² CrIDH, *Caso de la Masacre de Ituango v. Guatemala*, sentencia del 1º de julio de 2006, párr. 238, *Caso Baldeón García v. Perú*, sentencia del 6 de abril de 2006, párr. 174; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 195; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Colombia*, sentencia del 7 de febrero de 2006, párr. 294.

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ CrIDH, *Caso de la Masacre de Ituango v. Guatemala*, sentencia del 1º de julio de 2006, p. 238, *Caso Baldeón García v. Perú*, sentencia del 6 de abril de 2006, párr. 174; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 195; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros c. Colombia*, sentencia del 7 de febrero de 2006, párr. 294.

¹⁸⁵ CrIDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005. párr. 296. CrIDH, *Caso de la Masacre de Ituango v. Guatemala*, sentencia del 1º de julio de 2006, párr. 238.

forma de satisfacción, en la cual, según la Corte, no cabe una interpretación económica, en la medida en que ni jurisprudencial ni doctrinalmente se permitía tal reconocimiento en términos económicos¹⁸⁶. Al respecto, señaló que:

“Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

“El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”¹⁸⁷.

2.6. Responsabilidad agravada del Estado en la Corte IDH.

El concepto de “responsabilidad internacional agravada” de los Estados fue introducido en la Corte IDH en aquellos casos en los cuales se declaró la responsabilidad por violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos –que serán objeto de estudio más adelante–; no obstante, el mismo fue interpretado bajo ópticas disímiles y, en consecuencia, ha sido uno de los temas que más ha suscitado controversia en el ámbito del derecho internacional y, particularmente, en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos.

En efecto, por un lado, se encuentra la tesis expuesta por el ex juez de la Corte IDH, A. A. Cançado Trindade¹⁸⁸, quien, consideró que en atención a la gravedad de ciertas violaciones

¹⁸⁶ Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos*, p. 58.

¹⁸⁷ CrIDH, *Caso Loayza Tamayo v. Perú. Reparaciones*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrs. 147-154.

¹⁸⁸ CrIDH, Votos Razonados del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade en los casos: *la Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 14 a 22; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 40 a 57; el *Caso Goiburú y Otros vs. Paraguay*, sentencia del 22 de septiembre de 2006, párr. 3-18; *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005. párr. 30-40.

de Derechos Humanos por parte de los Estados, resulta necesario hacer una diferenciación y hablar específicamente de “crímenes de Estado”, teniendo como fundamento la denominación establecida en el anterior artículo 19 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional propuesta por el profesor Roberto Ago. Para tal efecto, razonó de la siguiente manera:

“... Hay otro aspecto que puede ser destacado en relación con la configuración del crimen de Estado, vinculado a la protección de los intereses fundamentales o superiores de la propia comunidad internacional como un todo. Así, desde esta perspectiva, el crimen de Estado se configura como una violación grave del derecho internacional perentorio (el jus cogens), que afecta directamente sus principios y fundamentos, y que concierne la comunidad internacional como un todo, no debiendo ser tratado por analogía con categorías del derecho penal interno.

El crimen de Estado figura, en suma, como una violación particularmente grave del derecho internacional acarreado una responsabilidad agravada (en medio a circunstancias agravantes, evocando así una categoría del derecho penal); la gravedad de la violación afecta directamente los valores fundamentales de la comunidad internacional como un todo”. (Negrillas fuera del texto original).

Y agrega refiriéndose a los daños punitivos, que

“Estas formas de reparación (...) pueden perfectamente ser consideradas como dotadas de carácter a un tiempo resarcitorio y sancionatorio (que contiene elementos de naturaleza tanto civil como penal). Tienen ellas propósitos ejemplarizantes o disuasivos, en el sentido de preservar la memoria de las violaciones ocurridas, de proporcionar satisfacción (un sentido de realización de la justicia) a los familiares de la víctima, y de contribuir a garantizar la no-repetición de dichas violaciones (inclusive a través de la educación y capacitación en derechos humanos).

Los ‘daños punitivos’ pueden también ser concebidos en este sentido, semejándose a ‘obligaciones de hacer’ de carácter tanto resarcitorio o compensatorio como sancionatorio (superando así la dicotomía entre lo civil y lo penal, propia del régimen de la responsabilidad en el derecho interno). De la rica jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones me permito extraer algunos ejemplos significativos (...). (Voto razonado en el Caso Myrna Mack Chang, párr 19,20, 27, 28, 49,50 y 51).

La responsabilidad agravada es, precisamente, la que corresponde a un crimen de Estado, sin que con esto se pretenda sugerir una analogía inadecuada con categorías del derecho penal interno. (...)... los crímenes de Estado sí existen, aunque parte de la doctrina jusinternacionalista, apegada a dogmas del pasado, busque negarlos o eludirlos. El crimen de Estado, acarreado una responsabilidad internacional agravada, afecta directamente los valores fundamentales de la comunidad internacional como un todo”¹⁸⁹.

¹⁸⁹ CrIDH, voto razonado del Juez Cancado Trindade en el Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala. sentencia de 29 de abril de 2004, párr. 34-35. Este razonamiento fue reiterado en sus también votos razonados

Por otro lado, se encuentra la posición encabezada por el también ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, quien con fundamento en la posición del relator de la Comisión de Derecho Internacional James Crawford, plasmada en la versión definitiva del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional, discurre de la siguiente forma:

“Terrorismo de Estado significa que el Estado se convierte en terrorista, siembra miedo y alarma en la población, causa la angustia que perturba gravemente la paz en el seno de la sociedad. Política de Estado implica que este mismo --un ente complejo y diverso, que ciertamente no es una persona física, u individuo, ni se resume en una pandilla criminal-- asume un plan y lo desarrolla a través de ciertas conductas que se disciplinan al fin y a la estrategia diseñados por el propio Estado. Igualmente, la noción de un crimen de Estado, si nos atenemos al significado literal de la expresión, se instala sobre el supuesto de que el Estado comete crímenes.

(...) prefiero hablar de “crímenes desde el Estado” o “terrorismo desde el Estado”, es decir, crímenes y terrorismo a través del empleo del poder y de los medios e instrumentos con que cuentan quienes lo detentan, enfilados a delinquir. En forma semejante se puede examinar la expresión “política de Estado”, que supone un consenso, una participación social y política, una admisión generalizada, o acaso unánime, generada a través de fines, metas y acuerdos democráticos, que no poseen y que jamás han tenido las conjuras criminales, los pactos de camarilla disfrazados con razones de Estado, consideraciones de bien común, motivos de unidad y paz pública que sólo tendrían sentido moral en una sociedad democrática.

Así las cosas, cuando se invoca la imputación internacional en materia de derechos humanos (otra cosa es la justicia penal internacional) se hace referencia a responsabilidad del Estado, y cuando se alude a imputación personal se analiza una responsabilidad criminal o penal. Aunque la responsabilidad internacional --y algunos extremos de la responsabilidad interna-- concierne al Estado, la responsabilidad penal corresponde a los individuos autores o participantes en el delito, bajo el concepto de “criminales”, “delincuentes” o “infractores”, cuando así lo resuelve la sentencia respectiva. En suma, son los individuos quienes cometen crímenes o delitos; y en determinadas hipótesis el Estado responde por aquéllos, sin perjuicio de la responsabilidad directa de los sujetos activos.”¹⁹⁰ (Se ha resaltado).

En otra oportunidad, esto es, en el caso Myrna Mack Chang, razonó de la siguiente manera:

“Queda presente la pregunta sobre la forma en que dicha mayor gravedad pudiera proyectarse sobre las reparaciones que disponga la Corte IDH. A mi juicio, es

efectuados en los casos *la Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006; *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006; *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, sentencia de 8 de Julio de 2004.

¹⁹⁰ CrIDH, voto razonado del juez García Ramírez en el caso *Goiboru v. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 16 a 29.

perfectamente posible que influya en actos de compensación moral, difusión de la sentencia, expresión de culpa y requerimiento de perdón en declaraciones oficiales, exaltación de la memoria de la víctima. Otra cosa son las consecuencias estrictamente patrimoniales –a saber, indemnizaciones por daño material e inmaterial, conceptos que tienen entidad propia y atienden a su propia normativa--, que surgirían si se pretendiese fundar en aquella mayor gravedad la fijación de “daños punitivos”, concepto que no ha acogido la jurisprudencia de este tribunal, que corresponde más a la noción de multa que a la de reparación del daño y que en todo caso gravitaría sobre el Erario, lo que implica, en definitiva, una carga adicional para los contribuyentes y una merma, también adicional, a los recursos que debieran servir para programas de orden social”¹⁹¹

De conformidad con lo anterior, ha de concluirse que, para la primera de las tesis expuesta, resulta notorio el establecimiento de un tipo diferente de responsabilidad internacional del Estado de carácter agravado, acorde con la realidad particular de los hechos constitutivos de violaciones graves a DH ocurridos al interior de los Estados americanos; por su parte, para la segunda tesis, es un criterio jurídicamente errado, en la medida en que en el ámbito internacional, la responsabilidad estatal es una sola y, por lo tanto, no existen circunstancias que agraven la responsabilidad, pues ello involucraría una responsabilidad penal en cabeza del Estado, la cual sólo es predicable frente al derecho penal interno e internacional y no en materia de derechos humanos, pues ello propiciaría la impunidad de las responsabilidades individuales. Bajo dicha perspectiva, es dable concluir que a pesar de que esta situación fue resuelta en el proyecto de artículos aprobado en 2001, dentro de la Corte IDH se continuó con dicha discusión.

De igual forma, ha de concluirse que, no obstante ambas posiciones discuten por el *nomen* que se le debe dar a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional, lo cierto es que los dos criterios señalan que la declaratoria de responsabilidad internacional agravada del Estado debe tener efecto en el sistema de reparación no pecuniaria, dado que ambos rechazan la posibilidad del denominado “daño punitivo” en *stricto sensu*, toda vez que la declaratoria de responsabilidad agravada de los Estados, no implica una condena económica sancionatoria para los Estados, pues la reparación no puede implicar un enriquecimiento para la víctima, sino, de lo que se trata, es censurar con mayor gravedad tales prácticas sistemáticas de violación a Derechos Humanos e impedir que las mismas se vuelvan a repetir¹⁹².

¹⁹¹ CrIDH, *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 140 a 150.

¹⁹² CrIDH, *Caso Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 211; *Caso Masacres de Ituango v. Colombia*, sentencia del 1 de julio de 2006, párr. 383.

2.6.1. Desarrollo jurisprudencial del concepto de responsabilidad internacional agravada en la Corte IDH.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus pronunciamientos contenciosos, en los cuales ha declarado la responsabilidad de algún Estado Parte por violaciones graves a derechos humanos, ha sostenido que “[e]l Estado incurre en ‘Responsabilidad Internacional Agravada’ cuando la violación concreta al derecho de la víctima se suscita en el marco de una práctica sistemática vulneratoria de normas *jus cogens*, que constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra”.

La mencionada teoría fue edificada por la Corte a partir de la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2003, dentro del caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*¹⁹³, en dicho pronunciamiento la Corte hizo un análisis respecto del “*modus operandi*” en el cual se desarrollaron los hechos del caso en mención, los cuales ocurrieron en un contexto de violaciones sistemáticas de derechos humanos ocurridos en Guatemala, planificadas y ejecutadas por ese Estado; en tal sentido la Corte concluyó que:

“... el Estado es responsable por la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang cometida a través de acciones de sus agentes, en cumplimiento de órdenes impartidas por el alto mando del Estado Mayor Presidencial, lo que constituye una violación del derecho a la vida. Esta circunstancia se ve agravada porque en la época de los hechos existía en Guatemala un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsadas por el Estado, el cual estaba dirigido a aquellos individuos considerados como “enemigos internos”. Además, desde ese entonces y hasta hoy en día, no han habido mecanismos judiciales efectivos ni para investigar las violaciones de los derechos humanos ni para sancionar a todos los responsables, todo lo cual resulta en una responsabilidad internacional agravada del Estado demandado”.

A partir de aquel pronunciamiento la Corte dio inicio a una nueva teoría de atribución respecto de los Estados Partes de la Convención Americana, la cual seguiría aplicándose en

¹⁹³ Básicamente los hechos del caso se resumen de la siguiente manera: La señora *Myrna Mack Chang* era una antropóloga que adelantaba un estudio del fenómeno de los desplazados internos y de las Comunidades de Población en Resistencia en Guatemala durante los años del conflicto armado y las políticas del Ejército guatemalteco hacia las mismas. Esta situación la llevó a ser señalada como una amenaza para la seguridad nacional y para el Gobierno guatemalteco y por ende un objetivo militar que debía ser eliminado. Myrna Mack Chang fue privada de su vida el 11 de septiembre de 1990 después de haber recibido 27 puñaladas, de tal manera que pareciera un delito perpetrado por la delincuencia común, como consecuencia de una operación de inteligencia militar, que obedeció a un plan previo y cuidadosamente elaborado por el alto mando del Estado Mayor Presidencial. Dicho plan consistió, en primer lugar, en seleccionar a la víctima de manera precisa debido a su actividad profesional; en segundo lugar, en asesinar brutalmente a Myrna Mack Chang; y en tercer lugar, en encubrir a los autores materiales e intelectuales del asesinato, entorpecer la investigación judicial y dejar en la medida de lo posible el asesinato inmerso en la impunidad. CrIDH, *Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrs. 140 a 150.

casos futuros en los cuales se presentaron violaciones graves a derechos humanos¹⁹⁴; posteriormente, en el caso de la Masacre de Plan de Sánchez¹⁹⁵ vs. Guatemala la Corte se pronunció respecto del asesinato de 268 personas pertenecientes a la comunidad indígena Maya, masacre perpetrada por miembros del Ejército de Guatemala con la colaboración de civiles, la cual, en términos de la Comisión fue planeada y ejecutada “*en el marco de una estrategia genocida del Estado guatemalteco realizada con la intención de destruir, total o parcialmente, al pueblo indígena maya*”. Al respecto la Corte manifestó que:

“No obstante, hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya aquí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones”.

Posteriormente en el caso Goiburú¹⁹⁶ contra Paraguay, la Corte hizo un análisis respecto de las prácticas sistemáticas de desaparición forzada de personas durante el régimen del general Stroessner y, la omisión de aquel Estado para investigar y sancionar a sus responsables. Dijo la Corte en aquella oportunidad:

“... La responsabilidad internacional del Estado agravada por los hechos ocurridos en el marco de la Operación Cóndor y por las faltas a la obligación de investigarlos efectivamente.

Las detenciones ilegales y arbitrarias o secuestro, torturas y desapariciones forzadas de los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro y de los hermanos Rodolfo y Benjamín Ramírez Villalba fueron producto de una operación de inteligencia policial, planificada y ejecutada en forma encubierta por miembros de la policía paraguaya, con el conocimiento y por órdenes de las más altas autoridades del gobierno del General Stroessner y al menos en las fases previas de planeación de las detenciones o secuestros, en estrecha colaboración con autoridades argentinas. Esto es consistente con el modus operandi de la práctica sistemática de detenciones ilegales, torturas y desapariciones forzadas verificada en la época de los hechos, en el marco de la Operación Cóndor”.

Más adelante, la Corte se pronunció sobre la responsabilidad agravada del Estado peruano en el caso de la cárcel “La Cantuta”, en el cual, al igual que en los anteriores casos, se presentaron múltiples, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos. En esa oportunidad precisó la Corte que:

¹⁹⁴ Resulta necesario precisar que la Corte Interamericana, únicamente, está facultada para interpretar dichas normas de DIH, -en el contexto de conflictos armados internos-, pero no para aplicarlas, es decir, no tiene competencia para derivar responsabilidad por la violación de mismas. Ver CIDH *Caso Las Palmeras v. Colombia*, sentencia del 6 de diciembre de 2001.

¹⁹⁵ CrIDH, *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2005, párr. 51.

¹⁹⁶ CrIDH, *Caso Goiburú y Otros v. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 122.

"...la responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado, por ser un delito contra la humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano.

(...) La responsabilidad internacional del Estado se configura de manera agravada en razón del contexto en que los hechos fueron perpetrados, (...) así como de las faltas a las obligaciones de protección e investigación (...)"¹⁹⁷.

En los casos contra el Estado Colombiano, la Corte en varias oportunidades ha declarado la responsabilidad agravada, para tal efecto ha tenido en consideración el hecho de que el Estado hubiera propiciado la creación de grupos paramilitares a través de la legislación interna y la estrecha relación y colaboración de dichos grupos con la Fuerza Pública, así como la impunidad por tales crímenes resulta el común denominador en tales casos.

Al respecto, la Corte en el caso la Masacre de Pueblo Bello razonó de la forma que sigue:

"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, 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"¹⁹⁸.

En el Caso de la Masacre de Mapiripan, la Corte hizo referencia a los trágicos sucesos acaecidos en julio de 1997 donde fueron asesinadas 49 personas por grupos de autodefensa en colaboración con agentes del Estado, actos de barbarie que constituyeron, entre otras violaciones, la privación de la libertad, la tortura y el posterior asesinato de las víctimas. En relación con tales hechos la Corte sostuvo:

".... las violaciones declaradas a los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas (párr. 139), resultan agravadas como consecuencia de las faltas al deber de protección y al deber de investigar los hechos, como consecuencia de la falta de mecanismos judiciales efectivos para dichos efectos y para sancionar a todos los responsables de la masacre de Mapiripan"¹⁹⁹.

¹⁹⁷ CrIDH, Caso la Cantuta v. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrs. 115-116.

¹⁹⁸ CrIDH, Caso la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 126.

¹⁹⁹ CrIDH, Caso la Masacre de Mapiripan vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 241.

Igualmente, en el caso de las Masacres de Ituango²⁰⁰, la Corte declaró la "responsabilidad agravada" del Estado colombiano, luego de considerar que:

“Para la determinación de la responsabilidad agravada, se debe tomar en cuenta que las presuntas víctimas de este caso señaladas en el párrafo anterior eran niños. Al respecto, la Corte considera necesario llamar la atención sobre las consecuencias que tuvo la brutalidad con que fueron cometidos los hechos del presente caso en los niños y las niñas de La Granja y El Aro, quienes experimentaron semejante violencia en una situación de conflicto armado, han quedado parcialmente huérfanos, han sido desplazados y han visto violentada su integridad física y psicológica. La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, como en el presente caso, pues los niños y niñas son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada” (párr. 246).

Con fundamento en lo anterior, puede concluirse entonces que el concepto de “responsabilidad internacional agravada”, ha sido aplicado por la Corte en aquellos casos relativos a graves violaciones, masivas y sistemáticas de derechos humanos - específicamente normas *Ius cogens*- apoyadas, planificadas y/o toleradas por los Estados, en los cuales se desconoció los derechos de las víctimas a un recurso efectivo, generándose, por ende, un clima de impunidad parcial o total²⁰¹, todo lo cual, desconoció de forma grave y sistemática las obligaciones a los cuales se han obligado los Estados al ratificar la Convención Americana (arts. 1 y 2).

De conformidad con lo anterior, puede inferirse que los elementos para que se profiera dicha declaratoria en el ámbito del Sistema Interamericano son, básicamente: **i)** Conjunto de acciones/omisiones que constituyen violaciones de obligaciones internacionales; **ii)** Tales violaciones son atribuibles según las normas de la Convención Americana de DH al Estado; **iii)** Las violaciones a las normas de la Convención Americana resultan “graves” en términos del art. 41 del Proyecto de Responsabilidad, pues implican la vulneración de forma flagrante y sistemática de normas imperativas del Derecho Internacional (por ejemplo: Prohibición de tortura, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales generalizadas, etc.).

²⁰⁰ CrIDH, *Caso de las Masacres Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 179.

²⁰¹ En la mayoría de aquellos casos, en los cuales se promulgaron leyes de amnistía, la Corte ha sido enfática al señalar que: “[n]inguna ley ni disposición de derecho interno - incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción - puede impedir a un Estado cumplir la orden de la Corte de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos - como las del presente caso, desapariciones forzadas - son inadmisibles, ya que dichas violaciones contravienen derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. ²⁰¹ Corte IDH, “caso Barrios Altos v. Perú”. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 177.

2.6.2. Consecuencias de la declaratoria de responsabilidad agravada de los Estados en la Corte IDH.

A pesar de la gravedad que podría generar la declaratoria de la denominada “responsabilidad internacional agravada”, no se evidencia en las sentencias de la Corte IDH unas consecuencias disimiles a aquellos casos en los cuales no ha habido dicha declaratoria de responsabilidad agravada, puesto que también en estos casos ha aplicado el mismo estándar de reparación, esto es la condena a las correspondientes medidas de restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, entre éstas últimas se encuentra las respectivas órdenes a los Estados para investigar, procesar y sancionar a los responsables materiales o intelectuales de las violaciones a los derechos humanos y asegurar que las mismas no se vuelvan a producir. De ahí que, precisamente, ese sea el problema con la responsabilidad agravada en el SIDH, pues la Corte IDH no ha señalado cuál es la consecuencia de dicha declaratoria.

No obstante lo cual, consideramos que en tratándose de una violación grave de normas imperativas de derecho internacional, con fundamento en el art. 42 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional, pueden y deben aplicarse dichas consecuencias a esos casos específicos, tales como:

- i)** Los demás Estados miembros del SIDH no deben reconocer como lícita dicha violación y que se abstengan de prestar ayuda o asistencia al Estado responsable para mantener la situación vulneratoria creada;
- ii)** Los Estados deben cooperar para poner fin a dicha situación;
- iii)** Cualquier Estado miembro del SIDH estará legitimado para invocar la responsabilidad internacional agravada del Estado infractor. Así pues cada Estado lesionado está habilitado para solicitar el cese y la reparación, y para adoptar contramedidas y, en general, emplear cualquier comportamiento lícito, si el cese y la reparación no son satisfechos.
- iv)** La reparación de la violación debe ser integral y deben adoptarse medidas de no repetición eficaces, lo cual implica la investigación y sanción de los responsables directos;
- v)** Debe establecerse un programa o fondo de reparaciones para las víctimas de las violaciones múltiples y masivas perpetradas por el Estado.

Respecto de las consecuencias de una violación grave a una norma imperativa de derecho internacional, la doctrina especializada en el tema ha considerado que,

“Pretender que las reparaciones de los daños ocasionados por las violaciones graves de derechos humanos se obtengan sólo por medios individuales, es un espejismo. En efecto, por la naturaleza de las violaciones masivas y sistemáticas, por los problemas procesales que normalmente se presentan, por el temor y falta de recursos de las víctimas para acudir ante la jurisdicción, entre otros factores, no es posible pensar que la sola vía individual sea el camino para resolver estas materias. Es necesario un esfuerzo colectivo y para ello nos parece desarrollar una política estatal en este ámbito. (...). Un Programa de reparaciones deberá consistir en una política pública que articule criterios que sirvan para reparar un tipo particular de afectación de los derechos humanos, esto es, aquellas vulneraciones en que el Estado ha implementado una política de violaciones masivas y sistemáticamente aplicadas a un grupo de la población”²⁰².

²⁰² Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos*, p. 90-91.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

3.1. Desarrollo histórico de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia.

La Constitución Política de 1.886 no contenía una norma expresa sobre responsabilidad patrimonial en la cual se hubiere estipulado la obligación del Estado de indemnizar los daños que causara con ocasión del ejercicio de sus actividades, circunstancia que determinó un notable esfuerzo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia en un primer momento y posteriormente por el Consejo de Estado, que finalmente lograra la necesaria autonomía de esta institución respecto de la similar existente en el derecho privado en relación con los daños causados entre particulares²⁰³.

En el transcurso de dicha evolución, se dotó a la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado de reglas propias extraídas, fundamentalmente, de los principios de la Constitución Política de 1886, principalmente, de los artículos 2, 19 y 32²⁰⁴, los cuales consagraban los principios de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos

²⁰³ En efecto, como se verá en este capítulo la Corte Suprema de Justicia tuvo la competencia general sobre la materia hasta el año de 1964, ya que desde el siglo XIX fue llamada a dirimir “los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación” (art. 151 de la C.P. de 1886). Desde 1964, en virtud del Decreto-ley 528, el Consejo de Estado adquiere la competencia general para conocer de las controversias de responsabilidad contra los entes públicos. Así pues, en el interregno, es decir, desde el siglo XIX hasta 1964, la competencia entre las dos Corporaciones fue repartida, debiendo anotarse que era la Corte Suprema de Justicia la que tenía la competencia general. Al Consejo de Estado sólo le correspondía, en virtud de la Ley 130 de 1913, el estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de una declaratoria de nulidad, y desde la Ley 138 de 1918, las reclamaciones intentadas contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas, sin dejar de anotar que desde 1941 le correspondió la responsabilidad por trabajos públicos con los cuales no se produjera ocupación permanente. La división de competencia supondrá entonces una separación de la normatividad aplicable para dirimir los conflictos. En Juan Carlos Henao Pérez, *“Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia - Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público”* (Bogotá D.C. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1997) p. 729.

²⁰⁴ “Artículo 2.- La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece.

Artículo 19.- Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos.

Artículo 32.- En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación”.

adquiridos con justo título. A partir de tales fundamentos constitucionales tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado plantearon y desarrollaron en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado la existencia de diversos regímenes de responsabilidad subjetivos y objetivos, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo excepcional o el de daño especial²⁰⁵.

La Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia del 22 de octubre de 1896²⁰⁶ y durante las primeras décadas del siglo XX, empezó el proceso de formulación jurisprudencial de la institución con base en las normas del Código Civil, impulsada no sólo por los postulados del Estado de Derecho, sino fundamentalmente por una nueva realidad social y económica que imponía la necesidad de un mayor intervencionismo del Estado, razón por la cual, se ha señalado acertadamente que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es hija del intervencionismo del Estado²⁰⁷; sin embargo, contrariamente a lo sucedido en el derecho francés, en donde desde el “*fallo Blanco*” de 1873²⁰⁸ se predicó la autonomía del régimen jurídico en materia de responsabilidad del Estado, en Colombia inicialmente se concibió dicha responsabilidad asimilada a la de los particulares y sólo a mediados del siglo pasado se fundamentó en normas y principios propios del derecho administrativo²⁰⁹.

3.1.1. La responsabilidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En relación con la evolución de la jurisprudencia en materia de responsabilidad estatal antes de la Constitución Política de 1991, se pueden identificar tres períodos en la

²⁰⁵ Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Catalina Franco Gómez, “*Responsabilidad Extracontractual del Estado – Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*” (Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica, 2007), p. 51. Libardo Rodríguez Rodríguez, “*Derecho Administrativo, General y Colombiano*” (Bogotá D.C., Editorial Temis, 2013), p. 610. Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública* (Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2011), p. 95.

²⁰⁶ En aquella oportunidad manifestó la Corte Suprema de Justicia: “*Todas las Naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes*”. Citado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de junio de 1975, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial Vol. XLI, p. 124.

²⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C - 832 del 8 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰⁸ Sentencia proferida por el Tribunal de Conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873. Citado en Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, p. 71.

²⁰⁹ Libardo Rodríguez Rodríguez, “*Derecho Administrativo, General y Colombiano*”, p. 611; Carlos Enrique Pinzón Muñoz, “*La Responsabilidad Extracontractual del Estado - Una Teoría Normativa*”, (Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley 2014), p. 245. Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, “*La Responsabilidad Patrimonial del Estado*” (Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley 2014), p. 297. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Catalina Franco Gómez, “*Responsabilidad Extracontractual del Estado – Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*”, p. 51.

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a saber: **i)** el de la responsabilidad indirecta, **ii)** el de la responsabilidad directa y **iii)** el de la falla del servicio²¹⁰.

En cuanto a la responsabilidad indirecta, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aquella partía del principio de que la Administración Pública se hallaba obligada a elegir sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, ya que eran sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurrían en culpa, ejerciendo sus cargos, ésta se proyectaba sobre la entidad jurídica, en la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil²¹¹, es decir por el denominado “hecho ajeno”, que las citadas disposiciones estatuyen literalmente. De igual forma, se aplicaron algunas presunciones de culpa a los entes jurídicos, las cuales podían desvirtuarse al demostrar que se habían tomado las medidas encaminadas a una acertada escogencia y un esmerado control de sus agentes²¹². Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia discurrió, en su oportunidad, de la siguiente forma:

“a) Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas.

b) Se presume la culpa de la persona moral, porque ésta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente.

c) Dicha presunción puede desvirtuarse probado ausencia de culpa.

d) Existe, además, una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima.

²¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 1976, Exp. 1.482, Actor: Banco Bananero del Magdalena, M.P. Jorge Valencia Arango.

²¹¹ Artículo 2347. Responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así, el padre, y a falta de este la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, el marido es responsable de la conducta de su mujer. Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Artículo 2349. Daños causados por los trabajadores. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

²¹² Ver Corte Suprema de Justicia, sentencias de 17 de junio de 1938, de la Sala de Negocios Generales (G.J. XLVI, 1937, p. 686) y sentencia de mayo 12 de 1939 (G.J. XLVIOLI, 1947, p. 30).

e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último. (...)”²¹³.

Posteriormente, la jurisprudencia de la Corte Suprema introdujo el concepto de responsabilidad directa, según el cual la culpa personal de un agente comprometía de manera inmediata a la persona jurídica, porque se entendía que la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, era su propia culpa; subsistía por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado; en consecuencia, desaparecieron las presunciones de culpa de las entidades fundadas en las obligaciones de elegir y vigilar y, en su lugar, se dio aplicación al artículo 2341 del Código Civil²¹⁴, el cual es el fundamento general de la responsabilidad extracontractual²¹⁵. Al respecto la Corte Suprema precisó:

“a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que sean, es su propia culpa; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado.

b) Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por el “hecho ajeno” de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales.

c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito, hecho de terceros o culpa de la víctima).

d) Responden solidariamente la persona jurídica y el autor; y aquella puede exigir a éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima. (...)”²¹⁶.

Adicionalmente, cabe agregar que la concepción de esta responsabilidad “directa” para las personas morales se dividió luego bajo dos hipótesis diferentes: una de naturaleza “organicista”²¹⁷, aplicable tanto a las personas privadas como públicas, y otra, predicada

²¹³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez, (G.J. XCIX, 1962, p. 87).

²¹⁴ A cuyo tenor: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga”.

²¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de julio 10 de 1942 (G.J. LIV 189, p. 27), abril 7 de 1943 (G.J. LVI, 196, p. 35), mayo 26 de 1944 (G.J. LVII, 201, p. 72), noviembre 28 de 1944 (G.J. LVIII, 221, p. 48) y abril 18 de 1945 (G.J. LIV 271, p. 98). Todas ellas citadas en Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez, (G.J. XCIX, 1962, p. 127).

²¹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez, (G.J. XCIX, 1962, p. 87).

²¹⁷ De acuerdo con esta teoría, las personas morales se obligarían comprometiendo su responsabilidad directa, cuando actúan quienes tienen capacidad para representarlas, ya que en tal caso es la persona moral misma quien obra. En consecuencia, serán órganos de la persona moral quienes la dirigen. En los demás casos si quienes actúan son personas que no encarnan su voluntad, ellos serán sólo sus agentes, pero no sus órganos. Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, p. 104. Juan Carlos Henao Pérez, *“Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia -*

sólo de los entes públicos y fundadas en las denominadas “*fallas en la organización y funcionamiento de un servicio público*”²¹⁸.

De esta forma, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia evolucionó hasta llegar al concepto de falla del servicio, concepto bajo el cual se sustituyó la noción de culpa individual de un agente determinado, por la ‘*falla de servicio*’, o culpa de la Administración; desapareció, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado y por tanto resultaba suficiente acreditar la falla funcional, orgánica o anónima del Estado²¹⁹. Así, la atribución de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública se fundamentaba no en las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente -puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no tenían cabida en la responsabilidad directa-, sino en el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos; asimismo, se estableció que los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generaban una responsabilidad exclusiva de aquél²²⁰. En cuanto a los elementos de la denominada falla del servicio, la Corte Suprema los identificó así:

“a) Desaparece la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima.

b) Basta a la víctima demostrar la falla en el servicio público y el daño.

c) En favor de la Administración procede la prueba de un elemento extraño para exculparse: caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.

d) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en servicio o con ocasión de él, la Administración y el agente responden solidariamente, con acción de reembolso a favor de aquella.

*e) Los actos u omisiones dañosas del agente, por fuera del servicio, generan su exclusiva responsabilidad”*²²¹

Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público” (Bogotá D.C. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1997) p. 740.

²¹⁸ Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, p. 108.

²¹⁹ Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Catalina Franco Gómez, “*Responsabilidad Extracontractual del Estado – Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*”, p. 71.

²²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, sentencias de 27 de octubre de 1947 (G.J. LIUT, 254, p. 87) abril 16 de 1955 (G.J. LXXX, 292, p. 130), diciembre 6 de 1969 (G.J. XCTV, 233, p. 94), y septiembre 1º de 1960 (G.J. XCII, 257, p. 74).

²²¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 1941, (G.J. LII, 1977, p. 117).

3.1.2. La responsabilidad estatal en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En relación con la competencia del Consejo de Estado para decidir los casos en los cuales se discutiera la responsabilidad de la Administración Pública, sólo con la expedición de la Ley 167 de 1941(Código Contencioso Administrativo entonces vigente)²²², se atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad del Estado pero, únicamente, derivadas de dos fuentes, a saber, la primera cuando se tratara de la reclamación de un acto jurídico, y la segunda, referida a la reclamación por una actuación material de la Administración²²³.

Bajo dicha normatividad, se desarrolló el concepto de atribución de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, el cual ya no tenía como base la categoría civilista de la culpa, sino que se desarrolló con base a la concepción *ius* administrativista de la falta o falla del servicio público, incluso, se introdujo el concepto de daño especial. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado de la época manifestó:

*“No quiere [el Estado] que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de un momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés individual, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor”*²²⁴.

El esfuerzo por fundar la responsabilidad del Estado en reglas distintas de las establecidas en el Código Civil para los particulares constituyó, a partir de entonces, una constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, por ejemplo, en sentencia de 30 de septiembre de 1960, sostuvo la Corporación:

“... La responsabilidad del Estado... no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad civil extracontractual sino a la luz de los

²²² “Ley sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”. Los artículos 67 y 68 del referido C.C.A. disponían: “Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho.

“Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”.

²²³ Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, p. 205. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Catalina Franco Gómez, *Responsabilidad Extracontractual del Estado – Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, p. 51; En Juan Carlos Henao Pérez, “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia - Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público”, p. 729.

²²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 1947. Actor : El Siglo S.A., M.P. Gustavo A. Balbuena.

principios y doctrinas del Derecho Administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados”²²⁵.

Posteriormente, el Consejo de Estado mostraría más claramente, el entramado constitucional y legal que servía de base a la obligación indemnizatoria del Estado, al dejar establecido que:

“En la Constitución Nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el código contencioso administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante en estas materias, la reglamentación del derecho privado”²²⁶.

Con la expedición del Decreto 528 de 1964 se le atribuyó la competencia plena en materia de responsabilidad extracontractual del Estado a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo y por ende al Consejo de Estado, la cual -como se vio-, sólo tenía competencia residual para conocer de tales asuntos en dos aspectos únicamente. Más recientemente, con la expedición del Decreto-ley 01 de 1984²²⁷ en su artículo 86 se dio origen a la “acción de reparación directa”, la cual sustituyó las disposiciones de la Ley 167 de 1941, y se unificó el criterio de “*hecho de la Administración*” y “*operación administrativa*”, cuandoquiera que lo que se pretendiera demandar fuera la indemnización de un daño generado por aquellas actuaciones administrativas, así como cuando se deprecara el pago de una indemnización por causa de daños producidos por trabajos públicos u ocupaciones permanentes de inmuebles²²⁸.

En este punto debe señalarse que la expedición del nuevo código (Decreto-ley 01 de 1984), no modificó la preeminencia de la falla del servicio como fundamento principal de la responsabilidad administrativa y, en tal virtud, el Consejo de Estado continuó estructurando un amplio “*corpus iuris jurisprudencial*” en materia de responsabilidad extracontractual del Estado aplicado a las más variadas situaciones derivadas de la ausencia, del tardío o del mal funcionamiento de la Administración Pública²²⁹. No obstante lo anterior, en casos en los cuales resultaba particularmente exigente la carga de la prueba para acreditar la aludida falla de la Administración, el Consejo de Estado prohijó el concepto de “falla del servicio presunta” para ciertos casos en los cuales el daño se hubiere causado con la realización de

²²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de septiembre de 1960, .M.P. Carlos Gustavo Arrieta.

²²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de noviembre de 1960. M.P. Carlos Gustavo Arrieta.

²²⁷ “*Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*”.

²²⁸ Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública* (Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2011), p. 205; Juan Carlos Henao Pérez, “*Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia - Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*”, p. 729.

²²⁹ Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, p. 135.

actividades “riesgosas” o la utilización de cosas “peligrosas”, tal es el caso de los daños ocasionados con armas de dotación oficial²³⁰, lo mismo que los daños causados con vehículos oficiales²³¹, incluso, posteriormente, se amplió el concepto de “falla presunta” al campo de la responsabilidad médica²³². Sobre la noción de falla presunta el Consejo de Estado razonó de la siguiente manera:

“El caso concretamente fue estudiado por esta Sala en relación con el uso de una arma de dotación oficial. Se trató de las lesiones causadas a un particular por un agente de la Policía Nacional, cuando se encontraba gozando de vacaciones pero con el arma de 'la cual se le había dotado y que éste no había devuelto al entrar a disfrutar de su descanso'. Encontró aquí la Sala un típico evento de falla presunta del servicio, porque consideró que “el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexa instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio...” (fallo de 31 de julio de 1989, Expediente núm. 2852 252; actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez).

En los casos de falla presunta no será necesario, entonces, demostrar el mal funcionamiento del servicio sino que al actor le bastará probar el hecho dañoso, el perjuicio y que el instrumento causal de éste pertenecía al servicio y la administración no podrá desvirtuar dicha presunción sino mediante probanzas que demuestren la ausencia de la falla bien porque observó una extremada prudencia y diligencia en el cuidado del instrumento y su uso o que se presentó un evento de fuerza mayor que por imprevisible e inevitable (es decir, irresistible) constituyó la verdadera causa del perjuicio.

El hecho de tercero exculpará a la administración sólo en cuanto reúna las mismas características de imprevisible e inevitable. (Por esto es que este hecho, en realidad, no es propiamente sino una especie del género fuerza mayor, como lo anotaba con propiedad el doctor Ricardo Uribe Holguín en su obra De las Obligaciones y del Contrato en General, Ed. Rosaristas, Bogotá 1980, pág. 121)”²³³.

La importancia de la labor jurisprudencial en esa época inicial resultó trascendental, pues desligó la deducción de responsabilidad patrimonial del Estado, sobre todo la extracontractual, de las regulaciones del Código Civil y la situó en preceptos de derecho público contenidos en la Constitución Política de 1886 y en el Código Contencioso Administrativo para entonces vigente, en los cuales nunca fue consagrada tal obligación indemnizatoria; sin embargo, las bases trazadas por el esfuerzo interpretativo del juez permitieron, inicialmente, la construcción de diversos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado y, luego, facilitaron el camino para que tuviese entrada una cláusula

²³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de julio de 1989, M.P. Antonio José de Isarri Restrepo, A.C.E. T., CIV, p. 276.

²³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de diciembre de 1989, M.P. Antonio José de Isarri Restrepo, A.C.E. T., CXII, p. 212.

²³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, Expediente No. 6.897, M.P. Daniel Suárez Hernández.

²³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de noviembre de 1989, Expediente No. 5.573, M.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

general de responsabilidad de naturaleza constitucional, lo cual vino a ocurrir con la Constitución Política de 1991²³⁴.

3.2. Los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado contenidos en la Constitución Política de 1991.

En el artículo 90 del Estatuto Superior²³⁵ se encuentran establecidos los elementos para la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado -bien sea de origen precontractual, contractual o extracontractual-²³⁶. El inciso primero del aludido texto constitucional, es del siguiente tenor literal:

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

“(…)” (negritas fuera del texto original).

Así pues, los elementos cuya acreditación resulta necesaria para que proceda la declaratoria de la responsabilidad del Estado con base en cualesquier régimen y/o título de imputación son: **(i) un daño** o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, **cierto y determinado —o determinable—**, que se inflige a uno o a varios individuos y; **(ii) una conducta**, activa u omisiva, jurídicamente **imputable a una autoridad pública**, esto es, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada²³⁷.

En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, contenida en el artículo 90 *ibídem*, se soporta única y exclusivamente en los dos elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación –entendida ésta última como atribución de la respectiva lesión–, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad estatal.

²³⁴ Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, p. 205. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Catalina Franco Gómez, *Responsabilidad Extracontractual del Estado – Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*”, p. 51; En Juan Carlos Henao Pérez, *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia - Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, p. 729.

²³⁵ Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

²³⁶ En Juan Carlos Henao Pérez, *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia - Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, p. 729. Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, p. 5.

²³⁷ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Bogotá D.C., Editorial Temis, 6° Edición, 2013), p. 39. Allan R. Brewe-Carías, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado* (Bogotá D.C., Universidad Externado, 2013), 176. Juan Carlos Henao Pérez, *El Daño*, (Bogotá D.C., U. Externado, 1998), p. 131.

Ciertamente, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas, sean precontractuales, contractuales o extracontractuales²³⁸.

La anterior posición ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones²³⁹, en las cuales se ha puntualizado, entre otros aspectos, los siguientes:

"[S]on dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar."

*"Esta última cita es pertinente para recalcar en la cuestión objeto de estudio en la presente decisión, pues tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. **En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distingos en cuanto al causante del daño**"* (negritas fuera del texto original)²⁴⁰.

3.2.1. El daño antijurídico como primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado.

3.2.1.1. El daño susceptible de ser indemnizado y/o reparado.

En primer lugar resulta menester realizar una precisión del concepto de "daño", para luego abordar el estudio del "daño antijurídico" como elemento de la responsabilidad del Estado. En efecto, el término daño es una noción previa al Derecho, el cual lo ha tomado del lenguaje usual, donde se lo entiende como perjuicio, lesiones, quebrantos, etc.²⁴¹ El concepto de daño se presenta bajo este aspecto sumamente amplio y se refiere de manera general a toda afectación que padece una persona, o como cualquier tipo de consecuencia

²³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, Exp. 8.118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

²³⁹ Al respecto ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-333 del 1º de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; y C-038 del 1º de febrero de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

²⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-038 del 1º de febrero de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

²⁴¹ Adriano De Cupis, *El Daño*, (Barcelona, Casa Editorial BOSH S.A., 1970), p. 81; Juan Carlos Henao Pérez, *El Daño*, (Bogotá D.C., U. Externado, 1998), p. 35.

perjudicial sufrida como efecto de una conducta propia o ajena, e incluso, como producto de fenómenos de la naturaleza, y bajo este entendido es objeto del conocimiento común; no obstante, todas aquellas situaciones que si bien son constitutivas de daño en sentido psicofísico, no son constitutivas de daño en sentido jurídico, toda vez que el Derecho no se interesa de todos los daños que padecen las personas, sino que se ocupa de los que tienen significación jurídica²⁴².

El daño en sentido jurídico ha sido definido tradicionalmente como la lesión a un derecho o a un interés protegido²⁴³ o, en otras palabras, *“el daño es la pérdida sufrida por una persona como consecuencia de la lesión a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de la víctima”*²⁴⁴. Respecto de la definición de daño, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en términos similares a las anteriores definiciones, ha entendido el concepto de la siguiente forma:

“El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman:

*‘Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre. Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio cierto. Por eso, no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético...’*²⁴⁵.

²⁴² Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, p. 5; Carlos Enrique Pinzón Muñoz, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado - Una Teoría Normativa*, (Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley 2014), p. 23.

²⁴³ Oriol Mir Puigpelat, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria – Organización, imputación y causalidad*, (Madrid, Ed. Civitas, 2000), p. 82. Edgar Cortés, *“Responsabilidad Civil y Daños de la persona”* (Bogotá D.C., U. Externado, 2009), p. 53.

²⁴⁴ Adriano De Cupis, *El Daño*, p. 84, citado en Paolo Emanuele Roza Sordini *El Daño Biológico*, (Bogotá D.C., U. Externado, 2002), p. 63.

²⁴⁵ Mazeaud, Henri y Leon y Tunc, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* (Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. Edición. Tomo I, Vol. I. 5ª Ed. 1977), p. 301-302.

Dentro de la misma perspectiva, la Sala en sentencia del 27 de septiembre de 1990. Exp. 5835, Actor: Norberto Duque Naranjo, Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff R., expresó:

‘...cierto es aquel que en cuanto a su existencia y extensión puede afirmarse (que no excluye, por tanto, al futuro, que es aquel aun no realizado pero que necesariamente habrá de producirse) y determinado es, aquel que puede ser tasado. (La certidumbre se distingue de su determinación, porque la primera dice relación a la existencia y extensión del daño y ésta con su cuantía’.

En este orden de ideas, la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que la eventualidad precisamente se opone a aquélla característica, es decir, es incierto el daño “cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no”²⁴⁶ y por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad extracontractual. Y la concreción del daño se dirige a que el bien que se destruye, deteriora o modifica se precisa finalmente en la determinación o cuantificación del monto indemnizable’²⁴⁷.

De las anteriores definiciones esbozadas por la doctrina y la jurisprudencia, pueden destacarse dos características básicas del daño para que éste sea susceptible de ser indemnizado y/o reparado, esto es: **i)** debe ser cierto y/o determinado y **ii)** debe ser personal²⁴⁸.

i) Respecto de la certidumbre del daño, dicho elemento dice relación con la demostración efectiva de la producción de una afectación o lesión material o inmaterial en el patrimonio y/o derechos humanos de quien lo sufre²⁴⁹ o, en otros términos, “es el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”²⁵⁰; dicha afectación tiene la potencialidad de que pueda seguir produciéndose indefinidamente en el tiempo -daño futuro-, esto es que ‘aparezca como la prolongación cierta y directa de una afectación o estado de cosas actual’²⁵¹. En cambio, el daño es hipotético, y en consecuencia no hay

²⁴⁶ Sentencia del 8 de agosto de 1988, expediente No.5154, actor: Hugo Napoleón Tovar Silva y Otros, C.P. Carlos Ramírez A.

²⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 1998, Exp. 10.397, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1° de agosto 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 3 de febrero de 2000, Exp. 14.787, M.P. Alir E. Hernández. Enríquez y del 6 de marzo de 2008, Exp. 14.443, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Dentro de la doctrina se encuentran: Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 39. Allan R. Brewe-Carías, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, p. 176. Juan Carlos Henao Pérez, *El Daño*, p. 131.

²⁴⁹ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 39.

²⁵⁰ Luis Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La responsabilidad civil extracontractual* (Navarra, Thomson-Civitas, 2011), p. 329.

²⁵¹ Juan Carlos Henao Pérez, *El Daño*, p. 131.

lugar a reparación, cuando la víctima sólo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina²⁵².

ii) El daño debe recaer siempre en un sujeto determinado, la víctima, que debe ser determinada o determinable²⁵³, comoquiera que es a quien deberá otorgarse la indemnización en caso de que concurran los requisitos restantes²⁵⁴.

Adicionalmente, cabe precisar que según la tradición jurídica nacional, la existencia del daño es el punto de partida del análisis de la responsabilidad estatal, pues en aquellos casos en los cuales se está en presencia de una falta de prueba respecto del daño antijurídico, dicha circunstancia impide o torna inocuo adelantar un análisis respecto del otro elemento - imputación-²⁵⁵. En este sentido se ha pronunciado la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos. (...). En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...’ y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado”²⁵⁶.

En el mismo sentido, la doctrina nacional respecto de la necesidad de la acreditación del daño ha precisado que *“si él [daño] no aparece demostrado, las actuaciones del sujeto*

²⁵² Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, (Bogotá D.C., Temis, 2 Ed, 2011), p. 339 a 340. En el mismo sentido ver, Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 41.

²⁵³ Así, por ejemplo, en casos de acciones de grupo, en los cuales si bien no está integrado o identificado plenamente el grupo de personas afectado con la presentación del escrito de demanda, lo cierto es que por tratarse de personas afectadas con un mismo hecho dañoso, incluso, después de proferido el fallo definitivo, se pueden identificar a las personas víctimas del daño antijurídico. Al respecto consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 1º de noviembre de 2012, Exp. AG-99 (caso de contaminación por el Relleno de Doña Juana), y del 18 de octubre de 2007 Exp. AG 0029 (caso de construcción de viviendas ilegalmente en un sector deprimido de Bogotá), ambas con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero. Para profundizar sobre este aspecto, consultar: Carlos Mauricio López Cárdenas, *La acción de grupo: reparación por violación a los derechos humanos* (Bogotá D.C, Ed. Universidad del Rosario, 2011).

²⁵⁴ Oriol Mir Puigpelat, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria – Organización, imputación y causalidad*, (Madrid, Ed. Civitas, 2000), p. 58 y 59.

²⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, Exp. 16.516 y del 4 de junio del 2008, Exp. 16.643. ambas con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero.

²⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002. Exp. 12.625, M.P. Germán Rodríguez Villamizar. En ese mismo sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, Exp. 16.516 MP. Enrique Gil Botero y del 6 de junio de 2012, Exp. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón.

resultan inocuas desde el punto de vista de los derechos de los administrados. Aún el comportamiento más riesgoso, o la conducta más ineficiente o temeraria de la Administración carecerán de relevancia jurídica frente a las personas sino se traducen en perjuicios apreciables”²⁵⁷.

3.2.1.2. Diferencia entre daño y perjuicio.

Ahora bien, vale la pena precisar en este punto la diferencia entre daño y perjuicio, comoquiera que cotidianamente se los entiende como sinónimos, no obstante, tanto la doctrina y jurisprudencia han realizado importantes distinciones encaminadas a señalar que por daño se entiende la lesión material a la integridad de una persona o de una cosa, mientras que el perjuicio guarda relación con las consecuencias que se derivan de ese daño para la víctima del mismo. En ese sentido, el profesor Juan Carlos Henao señala:

“El daño es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...), el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada. (...). En esencia la diferencia entre daño y perjuicio permite concluir que el patrimonio individual es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión- y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, es decir la consecuencia del daño sobre la víctima-, lo cual permite concluir que se indemniza solo el perjuicio que proviene del daño”²⁵⁸.

La anterior clasificación no es nada diferente a lo que sostiene la doctrina italiana entre el denominado “daño-evento” y el “daño-consecuencia”, en el primero, el daño sería la pérdida del bien en sí mismo, es decir la afectación material o el suceso de la lesión, en tanto el segundo comporta los diferentes efectos o consecuencias que se derivan de ese hecho dañoso²⁵⁹. La anterior clasificación tiene efectos prácticos pues no se indemnizan los eventos dañosos en sí, sino las consecuencias que esos eventos tienen en una persona determinada, de esta manera dos personas pueden sufrir el mismo daño pero pueden experimentar diferentes perjuicios, si las consecuencias de la lesión en uno y otro son diferentes, por ejemplo si un pianista sufre una lesión en una mano el

²⁵⁷ Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, p. 596.

²⁵⁸ Juan Carlos Henao Pérez, *El Daño*, p. 54.

²⁵⁹ Mazeud Henri y León, Tunc André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, Vol. I, 1961), p. 40.

perjuicio -moral y material- es más grande que si se la misma lesión la sufre un locutor²⁶⁰. Así, pese a que la lesión es la misma los efectos son diferentes.

3.2.1.3. Daño antijurídico.

De conformidad con el referido artículo 90 superior, se tiene que el primer elemento que se debe observar en el análisis de la existencia de la responsabilidad es la existencia del daño, el cual, además debe ser antijurídico, no obstante, a partir de la referida disposición constitucional no puede extraerse una definición clara y precisa sobre el daño antijurídico, por lo que para ello la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han acudido a la doctrina extranjera y nacional, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española²⁶¹ y 90 de la Constitución Colombiana²⁶², y han definido el daño antijurídico como *“toda lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, que no está justificado por la ley o por el derecho”*²⁶³.

En este punto es preciso indicar que no todo daño es susceptible de ser indemnizado y/o reparado, porque la condición primigenia es que sea antijurídico, habida cuenta de que existen innumerables obligaciones que pueden causar daños al patrimonio de las personas y que son impuestas por el ordenamiento jurídico, como lo son el pago de tributos, pagar multas o sanciones penales, servir de jurado de votación, prestar servicio militar, entre otras, todas las cuales son cargas públicas consagradas en la ley y que en condiciones de igualdad todos estamos en la obligación de soportar²⁶⁴. Y es precisamente ese umbral de lo que todos los ciudadanos deben asumir en beneficio de la colectividad, lo que establece el límite para considerar que el daño se convirtió en antijurídico y superó lo que razonablemente debe tolerar un ciudadano para contribuir al interés colectivo y es en ese momento es que debe valorarse el daño como indemnizable²⁶⁵. En relación con los anteriores conceptos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

²⁶⁰ Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, *“La Responsabilidad Patrimonial del Estado”*, p. 14-15.

²⁶¹ Cuyo tenor literal es el siguiente: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

²⁶² Juan Carlos Henao Pérez, *“Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia - Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público”*, p. 741. Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, *“La Responsabilidad Patrimonial del Estado”*, p. 370.

²⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 5 de diciembre de 2005, Exp. 12.158, M.P. Alier E. Hernández Enríquez, del 7 de mayo de 1998, Exp. 10.397, M.P. Ricardo Hoyos Duque, del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre muchas otras.

²⁶⁴ Wilson Ruiz Orejuela, *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*, (Bogotá D.C., Ecoe Ediciones, 2013), p. 52.

²⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, Exp. 11.892, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

“... Nótese que, de la simple definición de daño antijurídico, pueden deducirse fácilmente dos de sus principales características, a saber: La primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta). Ahora bien, esta característica del daño antijurídico resulta especialmente relevante en aquellas limitaciones impuestas por el Estado al ejercicio de los derechos reconocidos y garantizados por las normas jurídicas, en tanto que solamente pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que “superan la normal tolerancia” o que impiden el goce normal y adecuado del derecho. Específicamente en cuanto a la razonabilidad de la limitación del derecho a la propiedad y al límite de la obligación del titular a soportar dicha restricción en el ejercicio de su derecho, para efectos de establecer el deber de los particulares de reparar los daños.

En consecuencia, para efectos del caso objeto de estudio, sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto al derecho a la propiedad que ha sido restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo. La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares”²⁶⁶

Con fundamento en lo anterior puede inferirse entonces que la concepción de daño antijurídico en la jurisprudencia colombiana comprende la aplicación de principios de eficiencia de la función pública, eficacia de los derechos, igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que son los pilares del Estado Social de Derecho²⁶⁷, razón por la cual forzoso resulta concluir que la indemnización y/o reparación del daño, no es una

²⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 5 de diciembre de 2005, Exp. 12.158, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

²⁶⁷ Wilson Ruiz Orejuela, *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*, p. 57.

sanción que se imponga a la Administración pública en razón de su culpa, sino que es una disposición que se funda en la posición de la víctima, pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente resarcido. Por ello, puede haber daño antijurídico sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio probada o presunta, es decir, se pasó de la antijuricidad de la conducta a la antijuricidad del daño²⁶⁸.

En ese sentido, la doctrina española, la cual sirvió de fundamento para la consagración de la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 Superior, ha entendido este régimen de responsabilidad en los siguientes términos:

"Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión 'funcionamiento anormal de los servicios públicos', sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de "funcionamiento normal" (o "funcionamiento de los servicios públicos", simplemente, en el artículo 106.1 de la Constitución).

*"Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial".*²⁶⁹

Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha precisado que *"el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"*²⁷⁰.

²⁶⁸ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 39; Juan Carlos Henao Pérez, *"Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia - Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, p. 740.

²⁶⁹ Eduardo García de Enterría, Thomas Ramón Fernández *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas, 1993, Tomo II), p. 371-372.

²⁷⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 12625. M.P. Juan de Dios Montes, del 4 de diciembre de 2002. M.P. Germán Rodríguez Villamizar; y del 11 de agosto de 2010, Exp. 18.593 M.P. Enrique Gil Botero, entre otras providencias.

Como conclusión de este apartado, ha de decirse que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el daño, por lo cual éste se reputa indemnizable.

3.3. La imputación como elemento de atribución de la responsabilidad.

El segundo elemento de la responsabilidad del Estado consiste en aquel criterio material y/o normativo que permite vincular o atribuir la conducta o comportamiento del Estado -por acción u omisión-, con el daño por cuya indemnización se demanda. Así pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia reciente han coincidido en analizar este elemento de la responsabilidad desde dos esferas diferentes: **i)** el ámbito fáctico o material, y; **ii)** la imputación jurídica²⁷¹, es decir que no basta con que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un fundamento jurídico -regímenes y títulos de imputación- que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública²⁷².

En cuanto al aspecto fáctico o material, éste se manifiesta en aquellas circunstancias naturales o fenomenológicas que confluyen para producir un resultado dañoso, esto es el vínculo o nexo que une la causa -acción- con un efecto -daño-²⁷³ (vgr. accidentes de tránsito, daños causados con armas de fuego, etc).

De otra parte, la imputación jurídica guarda relación con la realización de un análisis netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico de reparar los perjuicios ocasionados por el daño²⁷⁴, análisis que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuales son: i) régimen subjetivo -falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada- y; ii) régimen objetivo -daño especial -desequilibrio de las cargas públicas- y riesgo excepcional -actividades o cosas peligrosas-²⁷⁵.

²⁷¹ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. En Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo. Parte general.*, (Bogotá D.C., Temis, 2002), p. 927.

²⁷² Según la Corte Constitucional “La indemnización del daño antijurídico le corresponde al Estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁷³ Allan R. Brewe-Carías, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, p. 175.

²⁷⁴ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 121. Allan R. Brewe-Carías, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, p. 176.

²⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre del 2013, Exp. 25.981, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En este punto, es necesario precisar que la imputación jurídica está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, se produce una confusión entre tales conceptos, puesto que no siempre que se produzca un hecho material -daño-, desplegado por el deudor ocasionará automáticamente del deber de indemnizar y/o reparar a su cargo, puesto que resulta necesario un examen de imputación para que ello ocurra²⁷⁵. Así por ejemplo, el Consejo de Estado al resolver un caso en el cual si bien se acreditó la relación causal entre el daño -muerte de un particular- y la acción de unos agentes de policía, lo cierto es que se determinó que no le resultaba imputable jurídicamente a la Administración, habida cuenta del proceder imprudente de la propia víctima. Al respecto, con especial *sindéresis* se razonó de la siguiente forma:

*“En el anterior orden de ideas, concluye la Sala que se encuentra demostrada en el plenario la existencia de relación de causalidad entre la actuación de los agentes de la entidad demandada y el daño cuya reparación reclaman los actores comoquiera que, sin lugar a la menor hesitación, la actividad desplegada por los agentes de la Policía Nacional con ocasión de los hechos que dieron lugar al deceso del señor Manuel Ángel Tabares Calderón efectivamente tuvo incidencia naturalística, empírica, ontológica, en la producción de los daños derivados del fallecimiento del mencionado señor; ello resulta tan incuestionable como que está plenamente probado en el sub júdice que fue el disparo efectuado con un arma de fuego de dotación oficial, por parte de un agente de la Policía Nacional, el acontecimiento que desencadenó la muerte Manuel Ángel Tabares. La **causalidad**, entonces, en el presente caso, se encuentra fuera de toda discusión.*

*Cosa distinta ocurre, no obstante, con la **imputación**, puesto que también está cabalmente acreditado en el proceso que el señor Manuel Ángel Tabares Calderón intentó agredir con un arma cortopunzante a un agente de policía que se encontraba en situación de indefensión y de riesgo para su propia vida como consecuencia del ataque del señor Tabares y que, como consecuencia de ello, un segundo agente de policía que se encontraba en el lugar de los hechos, después de haber agotado otros mecanismos a través de los cuales se intentó desarmar al agresor, efectuó un disparo contra éste con el propósito de evitar que el policial agredido fuera lesionado o incluso ultimado por el señor Tabares. (...).*

Así las cosas, el acervo probatorio obrante en el expediente no deja a la Sala duda alguna en torno a que si bien es cierto que entre la actuación desplegada por los agentes de la Policía Nacional que intervinieron en los hechos de marras y el daño irrogado a los actores existe —por las razones ya expuestas— relación de causalidad, no lo es menos que tales daños no resultan jurídicamente imputables a la Administración actuante, toda vez que el proceder asumido por el hoy lamentablemente fallecido señor Tabares Calderón reúne los elementos necesarios para entender configurada la eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima, la cual

²⁷⁵ Juan Carlos Henao Pérez, *El Daño*, p. 45.

²⁷⁶ Enrique Gil Botero, “La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, artículo publicado en el libro “*La Filosofía de la Responsabilidad Civil*”, (Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2013), p. 489.

excluye la imputabilidad del daño a la entidad demandada, en relación con la cual pueden entenderse concurrentes los tres elementos referidos en el presente proveído, como necesarios para establecer la ocurrencia de una eximente de responsabilidad como el hecho de la víctima: la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la exterioridad jurídica del hecho dañoso para la autoridad accionada”²⁷⁷.

De conformidad con lo anterior, se tiene que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no basta con evidenciar la existencia de la relación de causalidad (en el sentido estrictamente naturalístico o empírico) entre un comportamiento y un resultado (relación causa-efecto), de suerte que automáticamente éste devenga atribuible a aquél, pues a fin de que se abra paso la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado se precisa que, además del anotado nexo causal, se requiere la concurrencia de una serie de requisitos normativos, de índole jurídico, que permitan sostener que un concreto resultado es obra de un determinado sujeto.

Así las cosas, la imputación va más allá de la simple causalidad, puesto que esta última presupone la existencia del daño, como una entidad material o fenomenológica, es decir, una vez constatada o verificada la existencia de un daño, es indiscutible que el mismo tuvo una génesis material o causal, es decir, en la relación causa y efecto, pero verificada la existencia de un daño desde la dimensión jurídica lo relevante es establecer a quién es atribuible esa afectación que sufre una determina persona en sus derechos, bienes o intereses legítimos. Es precisamente en ese específico escenario donde el término imputación adquiere relevancia, puesto que dicho examen se debe realizar con base en los regímenes jurídicos de imputación antes descritos²⁷⁸. En cuanto a la imputación como elemento de la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha discurrido de la siguiente forma:

“La Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.

²⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 17.145, posición jurisprudencial reiterada en la sentencia proferida el 20 de mayo de 2009, Exp. 17.145, ambas con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, así como las sentencias proferidas los días 24 de mayo de 2012, Exp. 23.417 y el 9 de octubre de 2013, Exp. 29.357, ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón.

²⁷⁸ Allan R. Brewes-Carías, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, p. 198.

*En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños, el concepto filosófico de **causa**, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción “no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como **fundamento jurídico suficiente** para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia”²⁷⁹.*

En ese orden de ideas, es dable concluir que el análisis de la causalidad es un requisito necesario, más no suficiente con miras a establecer si un específico daño antijurídico resulta imputable a un sujeto y, por consiguiente, si resulta atribuible a éste la obligación de repararlo de manera integral. Además del examen relacionado con la causalidad, se hace ineludible, entonces, acometer aquél que ha de realizarse en sede de imputación. De ahí que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado coincidan en señalar que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño sea *"menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ‘imputatio juris’, además de la imputatio facti”*²⁸⁰.

3.4. Las causales eximentes de responsabilidad o causales excluyentes de imputación.

Las tradicionalmente denominadas *causales eximentes de responsabilidad* -fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista *jurídico*, la responsabilidad al Estado por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio²⁸¹. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: i) su *irresistibilidad*; ii) su *imprevisibilidad* y iii) su *exterioridad* respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁸² ha sostenido lo siguiente:

“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe

²⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 11 de febrero del 2009. Exp. 17.145 y del 20 de mayo del mismo año, Exp. 17.405, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Exp. 8.163. M.P. Juan de Dios Montes Hernández, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 11 de febrero del 2009. Exp. 17.145 y del 20 de mayo del mismo año, Exp. 17.405, ambas con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, y sentencia del 9 de octubre de 2013, Exp. 29.357 M.P. Hernán Andrade Rincón.

resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo. Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable. (...).

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, (...) debe entenderse aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia.

*Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente (...), razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada*²⁸³ (subrayas del texto original).

Ahora bien, en tratándose de las citadas causales eximentes de responsabilidad estatal —hecho de un tercero²⁸⁴ o de la víctima—, se tiene que es necesario acreditar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquéllos tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño, razón por la cual, es dable concluir que para que dichas eximentes tengan plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, se requiere que la conducta desplegada por el tercero o la víctima sean tanto la causa del daño, como la raíz determinante del mismo, pues en el evento de resultar catalogable como una **concausa** en la producción del daño no podrá eximir al Estado de su responsabilidad y, por ende, de su deber de reparar el daño antijurídico, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima²⁸⁵.

²⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 9 de octubre de 2013, Exp. 29.357 M.P. Hernán Andrade Rincón y sentencia del 15 de octubre de 2008, Exp. 18.586. M.P. Enrique Gil Botero.

²⁸⁴ Al respecto cabe mencionar que dentro de esta casual eximente de responsabilidad se encuentra contenido también la causal de exculpación denominada “*culpa personal del agente*”. Wilson Ruiz Orejuela, *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*, p. 512.

²⁸⁵ En la anotada dirección, ha sostenido el Consejo de Estado: “*El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333*”. En Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 2 de mayo de 2007, Exp. 24.972, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; y sentencias del 14 de marzo de 2013, Exp. 25.888 y del 9 de octubre de 2013, Exp. 29.357 M.P. ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón.

De otra parte, conviene precisar las diferencias existentes entre las causales eximentes de responsabilidad consistentes en la fuerza mayor y el caso fortuito, dado que no en pocos casos tienden a confundirse; en efecto, en la legislación colombiana en el art. 1° de la Ley 95 de 1890 se estableció que *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*. Esa disposición se redactó, como lo dice la doctrina, bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, esto es, la tendencia que acepta la identidad entre el caso fortuito y la fuerza mayor, utilizada por nuestra jurisprudencia civil -mayoritaria- al considerar que no son conceptos separados *“sino elementos de una noción. El casus fortuitus indica la imprevisibilidad del acontecimiento, y la vis major, su irresistibilidad”*²⁸⁶.

No obstante lo cual, en la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido *monista* sino *dual*, esto es bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas; en efecto, el Consejo de Estado ha predicado la tesis dualista respecto al caso fortuito y la fuerza mayor, en los siguientes términos:

*“Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida”*²⁸⁷.

La anterior tesis jurisprudencial ha sido ratificada en varias sentencias posteriores, así por ejemplo en sentencia proferida el día 16 de marzo de 2000²⁸⁸, dijo la Corporación:

*“Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que **la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado**; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. **El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél**, y puede ser desconocido permanecer oculto, y la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”*²⁸⁹ (negritas adicionales).

²⁸⁶ Arturo Valencia Zea. *“Derecho Civil. De las Obligaciones”* (Bogotá D.C., Tomo III. 8ª ed. Temis. 1990), p. 252.

²⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 1993, Exp. 7635, C.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁸⁸ Exp. 11.670, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2002, Exp. 13.477, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

3.5. Regímenes de responsabilidad y títulos jurídicos de imputación.

Tal y como se indicó anteriormente, la imputación del daño antijurídico a la Administración Pública implica que debe existir un fundamento o razón jurídica que permita la atribución de una conducta (activa u omisiva) a una autoridad pública, en una circunstancia determinada. En consecuencia, la denominada imputación jurídica supone el establecer y/o identificar aquél fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado daño antijurídico a partir de los diferentes regímenes y títulos de imputación que tienen cabida en el artículo 90 de la Constitución Política²⁹⁰, esto es el régimen subjetivo -falla del servicio- y el régimen objetivo -daño especial y riesgo excepcional-, los cuales serán objeto de estudio y análisis más adelante.

No obstante cabe advertir *ab initio* que la diferencia fundamental entre ambos regímenes de responsabilidad radica en la acreditación del elemento de la “culpa” de la Administración, el cual se traduce en el incumplimiento de un deber jurídico a su cargo²⁹¹. Así, mientras que en el régimen subjetivo, para atribuir un daño antijurídico al Estado debe probarse dicho incumplimiento normativo, en el régimen objetivo, fundamentado en actuaciones lícitas de la Administración bastará con acreditarse el daño y la relación de causalidad entre aquel y la actuación del Estado, sin que se requiera analizar si se produjo dicho incumplimiento o “culpa”. Así por ejemplo dentro del título de imputación de riesgo excepcional se encuentran contenidos aquellos daños producidos por la concreción de riesgos derivados de actividades o de cosas peligrosas, tales como armas de dotación, vehículos oficiales, transmisión de energía eléctrica, etc.²⁹²; de igual forma, dentro régimen objetivo, aparece el título de imputación denominado -daño especial-, derivado de daños causados por el rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas²⁹³.

Adicionalmente, debe indicarse que el uso de tales regímenes y títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la aplicación de cada título de imputación consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del

²⁹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Exp. 8.163. M.P. Juan de Dios Montes Hernández, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹¹ Juan Carlos Henao Pérez, *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia - Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, p. 757.

²⁹² En Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 121.

²⁹³ Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, p. 230.

Estado²⁹⁴. Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera ha precisado lo siguiente:

“(…) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”²⁹⁵.

Resulta preciso agregar en este punto que, en virtud del principio *iura novit curia*, cuando el demandante alega determinado régimen de imputación de responsabilidad —subjetivo u objetivo—, y el juzgador encuentra que es otro el que se ajusta a los hechos narrados en el libelo introductorio, puede, si así lo considera necesario, apartarse de aquél y aplicar el que considere correcto; sin que ello sea causal de rechazo de la demanda o de motivo para que se profiera un fallo inhibitorio; sin embargo, sea uno u otro el régimen de imputación procedente, los elementos que lo conforman deben aparecer plenamente demostrados en el plenario²⁹⁶.

3.5.1. Régimen subjetivo de responsabilidad (falla del servicio).

La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se traduce -como se indicó-, en el incumplimiento de un deber jurídico a cargo del Estado, la cual se configura por retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía²⁹⁷. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante y reiterada en definir a la falla del servicio como:

²⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, Exp. 21.115 y de 23 de agosto de 2012, Exp. 24.392, ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón.

²⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, Exp. 21.115 y de 23 de agosto de 2012, Exp. 24.392 ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón.

²⁹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 27 de enero de 2000, Exp. 10.867.

²⁹⁷ Libardo Rodríguez Rodríguez, “Derecho Administrativo, General y Colombiano”, p. 619. Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 39. Allan R. Brewe-Carías, Jaime Orlando

*“... la violación de una obligación a cargo del Estado, y que para lograr determinar cuál es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan de manera concreta y específica la actividad pública causante del perjuicio. Y si se afirma que el juez debe referirse en primer término a la mencionada normatividad concreta y específica, es porque, como se afirma en la precitada sentencia, ‘los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que ésta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir’. En el presente evento se produjo la detención de un ciudadano por fuera de las pautas legales, configurándose así, a juicio de la Sala, una falla del servicio imputable al Departamento Administrativo de Seguridad, que compromete la responsabilidad extracontractual de esa dependencia administrativa”*²⁹⁸

Así pues, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades *“debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”*²⁹⁹. De este modo, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo³⁰⁰.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación indemnizatoria y/o reparatoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su

Santofimio Gamboa, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, p. 176. Juan Carlos Henao Pérez, *El Daño*, p. 131.

²⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 1990, Exp. 3.510, M.P. Antonio de Isarri Restrepo. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2002. M.P. Ricardo Hoyos Duque; del 19 de abril de 2012. M.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 21515, y del 10 de marzo del 2011, Exp. 16.975 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre muchas otras.

²⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de abril de 1998, Exp. 11.837, Alier E. Hernández Enríquez.

³⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de febrero de 2000, Exp. 14.787, M.P. Alier E. Hernández Enríquez y del 30 de noviembre de 2006, Exp. 14.880, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

responsabilidad³⁰¹. En este sentido la jurisprudencia de la Sección Tercera ha desarrollado el concepto de “*falla relativa o relatividad de la falla del servicio*”, la cual, según la jurisprudencia del Consejo de Estado consiste en que,

*“No es el Estado un asegurador general, obligado a reparar todo daño, en toda circunstancia, pues la [A]dministración de [J]usticia, debe observar la ley sustantiva, consultar la jurisprudencia e inspirarse en la equidad, para aplicar los principios de derecho y fundamentar las decisiones en las diversas tesis sobre los cuales se edifica y sirve de razón a la imputación del deber reparador. Así en el caso presente la relatividad del servicio debe entenderse en cuanto no era exorbitante disponer, porque existían elementos materiales y humanos para una misión debida. Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe hacer todo cuanto está a su alcance.”*³⁰²

3.5.1.1. Imputación objetiva dentro del régimen de falla del servicio.

Respecto de la imputación del daño antijurídico por conductas omisivas, específicamente, cuando el Estado pese a tener la obligación de impedir un resultado lesivo se abstiene de actuar, la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha utilizado el concepto de imputación objetiva para abordar el estudio de la atribución de responsabilidad en tales eventos. En efecto, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sección Tercera,

*“... es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño; de lo contrario la omisión no tendría asidero, comoquiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir no se modifica el entorno físico, en ese orden de ideas, el derecho de daños ha evolucionado en la construcción de instrumentos normativos y jurídicos que permiten solucionar las insuficiencias del denominado nexo causal importado de las ciencias naturales, para brindar elementos que permitan establecer cuándo un determinado daño es atribuible a la acción u omisión del sujeto”*³⁰³.

³⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2002. M.P. Ricardo Hoyos Duque; del 19 de abril de 2012. M.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 21515, y del 10 de marzo del 2011, Exp.16.975 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, expediente 9.940, M.P. Jesús María Carrillo y sentencias del 7 de marzo de 2012, Exp. 20.042, y del 29 de enero de 2014, Exp. 24.579, ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón.

³⁰³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17.794, M.P. Enrique Gil Botero.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la imputación objetiva ha servido para atribuir ciertos daños que el denominado “*nexo causal*” no lograba explicar con fundamento en las ciencias naturales. En efecto, la imputación objetiva, cuyo génesis está en el derecho penal, ha venido permeando otras ramas del derecho de daños como la administrativa y la civil, incluso, el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados³⁰⁴, y ha suministrado al juez herramientas propias de las ciencias sociales para que pueda establecer cuándo un daño resulta imputable (atribuible) a un determinado sujeto³⁰⁵.

En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, de manera reciente, han avalado la posibilidad con que cuenta el juez de lo contencioso administrativo de emplear los criterios normativos y jurídicos construidos por la dogmática penal, concretamente, por la teoría de la imputación objetiva, que configuran importantes y significativas herramientas a la hora de establecer cuándo un daño es imputable a la acción u omisión de una persona, sujeto o entidad determinada³⁰⁶. En consecuencia, hemos de decir que se ha pasado de un escenario de causalidad a un esquema de imputación fáctica objetiva, en el que se les suministra a los operadores judiciales una serie de instrumentos normativos que les permite analizar con otra óptica la responsabilidad del Estado³⁰⁷.

En este punto, resulta pertinente aclarar que el adjetivo “objetiva” con el que se califica a la imputación no quiere significar de forma alguna que el examen de ésta se realice con fundamento en el régimen objetivo de responsabilidad estatal derivado del uso de cosas o actividades peligrosas -riesgo excepcional o daño especial-, sino que dicho adjetivo guarda relación con la ausencia del elemento intencional del sujeto que comete la conducta, es decir que no importa si éste actuó con dolo o culpa; en otros términos, la teoría de la imputación objetiva resulta aplicable -como se verá-, a los eventos en los cuales se discuta la responsabilidad del Estado con fundamento en la falla del servicio, pues es en el marco de dicho régimen en el que se debe analizar la responsabilidad por la omisión o el

³⁰⁴ En el artículo 2 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos -ONU 2001-, se establecen los elementos concurrentes para que proceda la responsabilidad internacional del Estado, los cuales son: *i)* “*un comportamiento consistente una acción u omisión*” que debe ser atribuible a un Estado según el derecho internacional (artículos 4 a 11) y, *ii)* debe constituir una violación de una obligación internacional del Estado, sea cual fuere el origen de la obligación de que se trate (artículos 12 a 15). Al respecto se ha manifestado que la responsabilidad internacional de los Estados está basada en la “responsabilidad objetiva” y no en la culpabilidad (dolo o culpa), es decir la responsabilidad internacional se deriva de la mera violación de la obligación atribuida al sujeto, sin que sea relevante analizar la falta o el aspecto subjetivo de la conducta, es decir si fue con dolo o culpa. Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), p. 406.

³⁰⁵ Enrique Gil Botero, “*La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*”, artículo publicado en el libro “*La Filosofía de la Responsabilidad Civil*”, (Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2013), p. 495.

³⁰⁶ Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, “*La Responsabilidad Patrimonial del Estado*”, p. 224.

³⁰⁷ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 79.

incumplimientos de la Administración respecto de los deberes a su cargo, lo que pone de presente su compatibilidad con ese título.

Precisado lo anterior, para acercarse a mostrar los contornos de la teoría de la imputación objetiva, debe señalarse que existen seis eventos básicos que le dan configuración y permiten aplicarla, son los siguientes: **i)** la posición de garante; **ii)** el riesgo permitido; **iii)** el principio de confianza; **iv)** la acción a propio riesgo; **v)** la prohibición de regreso y; **vi)** el fin de protección de la norma³⁰⁸.

Por la limitación del objeto que corresponde a este trabajo de investigación, nos centraremos en analizar los dos primeros de los de los aludidos eventos configurativos de responsabilidad objetiva, esto es la posición de garante y el desbordamiento del riesgo permitido, pues es alrededor de éstos que se han dado mayor aplicación a la teoría de imputación objetiva con relación con daños relacionados con violaciones graves de derechos humanos.

Respecto de la posición de garante, la doctrina ha afirmado que, entre el sujeto llamado a responder por su no actuar –omisión- y el afectado por el daño antijurídico, debe existir una relación de protección y cuidado, que se estructura por una obligación de intervención del primero, exigida como conducta positiva –hacer-, ante determinadas circunstancias que crean ese deber de acción, en aras de evitar que el segundo sea vulnerado en sus derechos, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella, acarrea las mismas consecuencias, obligaciones y sanciones que puedan predicarse del autor material y directo del hecho³⁰⁹. Importa en este punto señalar que la posición de garante puede tener su génesis en una de dos circunstancias: de una parte, la garantía organizacional (v.gr. relativa a la generación o creación de riesgos)³¹⁰ y, de otra, en la existencia de ciertas estructuras estatales y sociales (v.gr. garantía institucional)³¹¹.

³⁰⁸ Claudia López, *Introducción a la imputación objetiva*, (Bogotá D.C., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996), p. 141-143; Günter Jakobs, *“La imputación objetiva en el derecho penal”*, (Bogotá D.C., Ed. Universidad Externado de Colombia, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, 1998), p. 32-33. Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 95 y ss.

³⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, Exp. 15567, M.P. Enrique Gil Botero.

³¹⁰ El primer evento configurativo de la posición de garante surge por la introducción de peligros o riesgos que tienen potencialidad para causar daño, respecto de los cuales surge para quien realiza dicha actividad la obligación de asumir las consecuencias de la concreción de tales riesgos (v.gr. El propietario de un vehículo es garante de que éste se encuentre en buen estado mecánico. Lo mismo pasa con el propietario de una casa que debe asegurar las tejas del techo de manera habitual), eventos en los cuales, el sujeto cuenta con un margen de libertad para determinar si avoca o no el rol que se desprende de la circunstancia consistente en introducir peligros o riesgos a la sociedad. Claudia López, *“Introducción a la imputación objetiva”*, (Bogotá D.C., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996), p. 141-143

³¹¹ El segundo caso de configuración de posición de garante se deriva de instituciones básicas como la familia o el Estado, casos en los cuales la persona que haga parte de la estructura de esas instituciones se encuentra en posición de garante respecto de sus miembros (v.gr. en una piscina unos padres no podrán excusarse de

Como se aprecia, la posición de garante institucional que es la que interesa a este examen-, surge no de la generación de un riesgo por determinada actividad, sino del hecho de pertenecer a determinada institución, de ahí su denominación³¹². Al ser el agente o la entidad misma parte de un estamento –Estado-, nace una relación de especial protección que se configura entre los asociados y el Estado, el cual está llamado a encargarse, por razones de solidaridad, de la defensa y auxilio de los primeros, en aras de evitar que en el curso de la vida social sean dañados en sus derechos y bienes³¹³.

Así pues, a partir del desconocimiento de los deberes normativos de protección de la vida e integridad física de los ciudadanos, analizado en cada caso en concreto, de donde se puede derivar la responsabilidad del Estado, ya que si bien, desde una perspectiva material el hecho dañoso puede corresponder al hecho de un tercero que es ajeno a las autoridades públicas, no es menos cierto que, a partir de criterios normativos de atribución, se pueda afirmar que no evitar el resultado lesivo equivale a la realización del mismo³¹⁴.

En esa línea de pensamiento, debe señalarse que la posición de garante ha asumido vital connotación en eventos en los cuales si bien, el Estado no intervino directamente en la concreción de un daño antijurídico –como autor o partícipe del hecho-, la situación en la cual estaba incurso, le imponía un deber específico, esto es, asumir determinada conducta; llámese de protección, o de prevención, cuyo rol, al ser desconocido –infracción al deber objetivo de cuidado- dada su posición de garante, configura la atribución a éste de las mismas consecuencias o sanciones que radican en cabeza del directamente responsable del daño antijurídico³¹⁵.

En relación con la posibilidad de emplear el criterio de la posición de garante, como elemento normativo para la construcción de la imputación fáctica del resultado, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

que su hijo se ahogó en virtud de la peligrosidad de ese lugar³¹¹; o el Estado (v.gr. si sobre una persona o comunidad de personas recaen amenazas que son conocidas o podían fácilmente ser inferidas por la Administración pública, habrá posición de garante). En estos eventos –a diferencia de lo que ocurre en el primer evento en donde la voluntad del sujeto es determinante-, la asunción del riesgo se asigna como una carga obligatoria impuesta por la sociedad o por la ley. Claudia López, *Introducción a la imputación objetiva*, p. 147-149

³¹² Enrique Gil Botero, “La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, artículo publicado en el libro “La Filosofía de la Responsabilidad Civil”, p. 489.

³¹³ Roberto Molina Palacios, *Causalidad e imputación objetiva en materia de responsabilidad por la prestación del servicio médico -Tesis de maestría-*, (Bogotá D.C., Universidad Externado, 2013), p. 74.

³¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de noviembre de 2013, Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

³¹⁵ Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, p. 374.

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida”³¹⁶.

En similares términos a los utilizados por el Consejo de Estado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la posición de garante como fundamento de la imputación, ha discurrido de la siguiente forma:

“En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa”³¹⁷.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha servido de este criterio de imputación objetiva en múltiples eventos para declarar la responsabilidad del Estado en supuestos en los cuales se esperaba una conducta activa de la Administración Pública y, concretamente, de las fuerzas militares en la protección de los ciudadanos que se han visto afectados por la acción de grupos criminales, lo que ha supuesto un significativo avance, ya que, al margen de que causalmente el daño haya sido producto del actuar de un tercero, se ha declarado imputable a la organización estatal como consecuencia del desconocimiento de la posición de garante mencionada. Al respecto, ha discurrido de la siguiente forma:

“Bajo esa línea de argumentación, la Policía Nacional tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera el resultado dañoso, sin embargo se abstuvo de ejercer un riguroso control sobre su personal e instrumentos destinados al servicio de la

³¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, Exp. 15.567, ver igualmente sentencias de 15 de octubre de 2008, Exp. 18.586, de 20 de febrero de 2008, Exp. 16.996, de 1º de octubre de 2008, Exp. 27.268, todas con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero.

³¹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 13 de noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Fuerza Pública (vehículos, armas de dotación, etc.) y sobre los personas que ingresaban a la institución policial, con ello dio lugar a la producción del hecho dañoso que originó la presente acción, el cual habría podido ser impedido.

Reitera y resalta Sala que la Fuerza Pública ostenta la custodia y resguardo respecto de los instrumentos destinados a la prestación del servicio a ella encomendado en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico, por tal razón, debe existir un grado notable de disciplina y control estricto sobre sus agentes, su armamento y sus vehículos automotores, ello con el fin de impedir que tales instrumentos -los cuales per se comportan un riesgo-, sean utilizados para causar daños a los particulares y, más aún, que se destinen a la comisión de actividades delictivas, más aún teniendo en cuenta que en el presente caso dichas actividades delictivas se realizaban dentro de la misma estación de Policía, todo lo cual lleva a deducir, como se indicó, la configuración de una falla en la vigilancia sobre los hombres a cargo de la Policía Nacional, la cual está relacionada directamente con el hecho dañoso por cuya indemnización se demandó³¹⁸.

Ahora bien, en cuanto al denominado *riesgo permitido*, puede afirmarse que éste constituye el eje central de la teoría de imputación objetiva, comoquiera que para su formulación se parte del supuesto de que la sociedad funciona a la manera de un engranaje armónico, de ahí que cualquier disfuncionalidad en alguna estructura puede conllevar al incremento del riesgo normalmente permitido en ese contexto social, elevación del riesgo que puede provenir de una acción en sentido genérico (acción u omisión).

En la teoría del *riesgo permitido* se parte del supuesto según el cual en el contacto social se generan de manera permanente riesgos; por lo tanto, el punto de origen de ese criterio lo constituye la premisa de que las actuales sociedades están estructuradas sobre la base del riesgos que se toleran y que, por ello, están dentro de la categoría de “*permitidos*”, pues, de no aceptarse que así fuera, se imposibilitaría la relación ciudadana y el desarrollo de la sociedad (científico, económico, industrial, social, familiar, entre otros).

Siendo, entonces, que, como viene de decirse, el núcleo de la teoría de la imputación objetiva lo constituye el criterio del *riesgo permitido* y, al lado de este concepto, el inverso a él, de la concreción de un *riesgo jurídicamente desaprobado*, fácil resulta aceptar que lo relevante del análisis propio en sede de la imputación fáctica (objetiva) consiste en determinar: *i*) si se creó o no el riesgo jurídicamente desaprobado y *ii*) si se concretó o no, para —según sea la respuesta a tales aspectos—, se pueda determinar si el daño le resulta atribuible o no³¹⁹. En jurisprudencia más reciente de la Corporación, se ha dado aplicación al concepto de “*posición de garante*”, al igual que al “*desbordamiento del riesgo*

³¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 24 de julio de 2013. Exp. 23.958, y sentencia del 12 de junio de 2013, Exp. 28.390. M.P. Hernán Andrade Rincón.

³¹⁹ Enrique Gil Botero, artículo denominado “La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, publicado en “La Filosofía de la Responsabilidad Civil”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2013, págs. 473 a 511.

permitido”, para atribuir la responsabilidad al Estado por el incumplimiento de la obligación de impedir un resultado dañoso, específicamente, en un caso de desaparición forzada y ejecución extrajudicial. En sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013³²⁰, se manifestó:

“Pues bien, en el caso sub examine, se itera, el daño no tuvo origen en el ámbito del actuar estatal, en la medida en que ningún agente suyo actuó en la comisión de la desaparición de los ocho habitantes del Municipio de San Roque, comoquiera que, no se demostró que ello hubiere ocurrido, ni en ningún proceso penal ni en el disciplinario adelantado con ocasión del deplorable suceso; sin embargo era de público conocimiento en el municipio de Puerto Berrío, que los miembros del grupo paramilitar que operaban en la zona, eran quienes empleaban esta modalidad de delitos para lograr sus cometidos, situación que bien conocía la fuerza pública, y fue omisiva en la labor de protección y vigilancia de los habitantes de la zona afectada por la gravedad contextual, y prueba incontrastable de ello, es el hecho sin antecedentes ni justificación, de que un alto miembro de la brigada que custodiaba la zona, hubiere acompañado a algunos de los familiares de los desaparecidos a los sitios de comandancia del grupo paramilitar que perpetró el delito, para ser enterados de la suerte de los mismos, circunstancia que no solo es reprochable, amén de execrable.

Así las cosas, concluye la Sala, que a la Nación- Ministerio de Defensa, Ejército Nacional- se le debe imputar el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente por el mismo, pues está demostrado el incumplimiento del deber convencional, constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida de que los señores: Henry De Jesús Jiménez Arroyave; (...).

De igual forma, la Sala reitera que en estos eventos la responsabilidad del Estado se ve comprometida de forma especial y particular, toda vez que, precisamente, la administración pública –y especialmente en el departamento de Antioquia– fomentó la creación y constitución de grupos armados denominados “Convivir” cuya finalidad era dotar de aparente legalidad y legitimidad a un fenómeno de paramilitarismo cuyo objetivo era exterminar los grupos subversivos.

Por tal motivo, los daños antijurídicos irrogados por esos grupos ilegales son imputables al Estado no sólo por la vía de la comisión por omisión (posición de garante), sino, de igual forma, en virtud de un riesgo que la misma organización estatal promovió, comoquiera que en un Estado que se dice Social de Derecho el manejo de las armas y de la defensa de la soberanía sólo está a cargo de las Fuerza Pública; fue precisamente esa comportamiento permisivo de la administración pública lo que permitió que se cometieran y perpetuaran actos execrables que atentaron contra los bienes e intereses jurídicos más esenciales de la población, en una punible y reprochable connivencia entre las autoridades públicas y los grupos armados ilegales”.

Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha servido de estos criterios de imputación objetiva -posición de garante y desbordamiento del riesgo permitido- en múltiples eventos, para declarar la responsabilidad del Estado en supuestos en los cuales se esperaba una

³²⁰ Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

conducta activa de la Fuerza Pública en la protección de los ciudadanos que se han visto afectados por la acción de grupos criminales, lo que ha supuesto un significativo avance en materia de estándares de protección y garantía de derechos humanos por parte del Estado³²¹.

3.5.2. Régimen objetivo de responsabilidad.

Bajo la égida de este régimen de responsabilidad -como se indicó antes-, no se está en presencia del incumplimiento de un deber jurídico a cargo de la Administración, sino que, por el contrario, se está en presencia de actividades lícitas desarrolladas por el Estado, pero que, eventualmente pueden causar daños a los particulares, en ese sentido, dos son las formas de actuación de la Administración que comprometen su responsabilidad patrimonial; *i)* el daño especial, derivado de la ruptura del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas y, *ii)* el riesgo excepcional -o responsabilidad por riesgo creado-.

i) El título jurídico de imputación consistente en el *daño especial*, resulta aplicable, de acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia de la Sección Tercera, cuando se presenta el denominado “*rompimiento del principio de equilibrio frente a las cargas públicas*”, ocasionado por la actividad lícita y legítima de autoridades estatales, que causa daño antijurídico, respecto del cual, el ciudadano no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el daño irrogado a las víctimas. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P.³²².

Como bien es sabido, la primera aplicación del concepto de daño especial por parte del Consejo de Estado Colombiano se dio en el año 1947, al decidirse la existencia de responsabilidad patrimonial estatal por los perjuicios causados al periódico “El Siglo” en el año 1944 por la suspensión del diario durante 27 días, con ocasión del acordonamiento de que fueron objeto sus instalaciones por parte de la Policía, debido a las medidas de orden público para controlar el intento de golpe de Estado del Presidente de la época. En esta ocasión, la Corporación consideró que si bien la influencia del derecho comparado

³²¹ Enrique Gil Botero, “La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, artículo publicado en el libro “La Filosofía de la Responsabilidad Civil”, p. 508.

³²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 19 de 1994. Exp. 7.096, M.P. Juan de Dios Montes, sentencia del 25 de septiembre de 1997, Exp. 10.392, M.P. Ricardo Hoyos Duque, y más recientemente, sentencia del 8 de mayo de 2013, Exp. 22.886, M.P. Olga Valle De La Hoz.

resultaba útil para la jurisprudencia, la adopción de nuevas instituciones debía acompañarse a la realidad nacional³²³. Así se expuso tal criterio en dicha providencia:

“... Examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que comparadas con remotas teorías de derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso, no por saltos sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a los actualmente en vigor del enriquecimiento sin causa y del daño especial, señalando los avances del derecho tanto en el tiempo como en el espacio.

*Ahora bien: al aplicar tales doctrinas jurídicas, expuestas, según se ha visto, con envidiable claridad por eminentes tratadistas, es evidente, desde luego, que en el caso de autos debe desecharse por improcedente la relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivó ningún aumento de patrimonio con la suspensión del diario El Siglo, ni mucho menos con detrimento de esta Empresa; y, **en cambio, acogerse la del daño especial, en armonía con la de la responsabilidad sin falta...**”* (negrillas fuera de texto).

Sólo hasta el año de 1991, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en un intento de abarcar con mayor precisión la teoría del daño especial, estableció los parámetros para que pudiera atribuirse un determinado daño antijurídico al Estado bajo dicho título de imputación, y lo dijo así:

“A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;*
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;*
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;*
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados;*
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y*
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración.*

Se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva dentro de la cual demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena,

³²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de julio de 1947, M.P. Gustavo Valbuena. Ref: El Siglo S.A.

teniendo en cuenta (...) que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen”³²⁴.

Este título de imputación ha sido utilizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado para fundamentar la solución de una serie de casos de disimiles presupuestos fácticos, como por ejemplo, asuntos donde se solicita la indemnización por la desvalorización de la propiedad inmobiliaria particular causada por la construcción de un puente peatonal³²⁵, o por la afectación del derecho de dominio con ocasión de la expedición de un acto administrativo que declara un sector de la ciudad como patrimonio arquitectónico³²⁶, o por la daños causados a personas que prestan servicio militar obligatorio³²⁷, entre otros supuestos.

ii) El título de imputación de riesgo creado -riesgo excepcional-, deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de éstos en el evento en que sobrevengan o de que, aun cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia³²⁸.

Dentro del título jurídico de imputación del *riesgo creado o riesgo excepcional* pueden existir cuatro modalidades de responsabilidad, a saber: a) responsabilidad por riesgo-peligro³²⁹; b) responsabilidad por riesgo beneficio³³⁰, c) riesgo-conflicto³³¹ y d)

³²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991, Exp. 6453. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de enero de 1987, Exp. 4493. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 1985, Exp. 3504. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

³²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de mayo de 2014, Exp. 33.679 M.P. Hernán Andrade Rincón.

³²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 26 de marzo de 2008, Exp. 16.530, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 15 de marzo del 2001, Exp. 11.222, M.P. Alir Hernández Enríquez.

³²⁹ La imputación por riesgo-peligro procede en aquellos casos en los que la Administración interviene en la ocurrencia del daño, pero no por haber fallado en el cumplimiento de sus obligaciones, sino por haber creado consciente y lícitamente un riesgo a partir de la utilización de un objeto (armas, vehículos), una sustancia (combustibles, químicos) o una instalación (redes de energía eléctrica) que resulta en sí misma peligrosa, pero que es útil o necesaria para el cumplimiento de los fines del Estado o para satisfacer demandas colectivas de bienes y servicios. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, Exp. 22.304, M.P. Enrique Gil Botero.

³³⁰ Se incluye dentro de la categoría de riesgo-beneficio aquella actividad que, aunque no entrañe verdadera peligrosidad, “conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia”. En este caso, el fundamento de la responsabilidad recae, no ya en el peligro creado por el Estado, sino en el provecho que éste o la comunidad reciben como consecuencia del ejercicio de la actividad riesgosa correspondiente. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, Exp. 16.530, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

responsabilidad por riesgo álea³³², respecto de los cuales, para efectos del objeto del presente trabajo de investigación, sólo será materia de análisis el concerniente al denominado “riesgo conflicto”, derivados de ataques terroristas producidos por grupos subversivos, habida cuenta que es en dicho contexto, donde se presentan numerosas violaciones graves a derechos humanos en contra de la población civil.

3.5.2.1. Desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado respecto del régimen objetivo de responsabilidad en casos de ataques terroristas.

En un primer momento, la jurisprudencia del Consejo de Estado negó la existencia de responsabilidad del Estado al entender que estos ataques³³³ no se dirigían contra el Estado sino contra la población civil y que, por tanto, eran de carácter imprevisible e irresistible para las instituciones encargadas de la defensa de la población, sin que fuera posible admitir que la sola presencia del Estado constituía un riesgo para los asociados. Así se indicó en sentencia del 27 de noviembre de 2003³³⁴.

Para mediados del año 2005, la Sala cambió su posición en torno al tema de ataques guerrilleros en contra de objetivos estatales, y consideró que era procedente la declaratoria de responsabilidad estatal, a título de riesgo excepcional, siempre y cuando tales agresiones se dirigieran contra una entidad estatal que generara riesgo. Para llegar a dicha conclusión

³³¹ Esta categoría de riesgo, “*surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades*”. Consejo de Estado, sentencia de 29 de octubre de 2012, Exp. 18.472, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³³² Dentro del cual se encuentran “cierto tipo de actividades o procedimientos, que pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2011, Exp. 17.990, M.P.(E) Gladys Agudelo Ordóñez.

³³³ En sentencia del año 2003, al definir la responsabilidad del Estado por el ataque a un oleoducto el Consejo de Estado precisó dicho concepto de la siguiente manera:

“I. Si bien no se ha elaborado jurisprudencialmente una definición precisa del terrorismo, podrían considerarse como notas distintivas del concepto para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, los actos de violencia con los cuales se pretende causar un efecto psicológico de terror, sin importar quiénes sean las víctimas; utilizando medios de destrucción masiva, dirigidos contra el Estado con el fin de destruir o causar estragos, o al menos desestabilizar su organización u obtener considerables beneficios.

“La ley 600 de 2000 -Código Penal- en el artículo 187 sanciona el delito de terrorismo, el cual tipifica así: “El que con fines de crear o mantener ambiente de zozobra o perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes medios de destrucción colectiva ...”.

“De esta definición se destacan: a. Un elemento objetivo: utilización de medios de destrucción colectiva; b. Un elemento intencional: el móvil consiste en crear o mantener un ambiente de temor o de perturbar el orden público”. En Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre de 2003, Exp. 12916 y 13627, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

³³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Exp. 14.220, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

la Sección tuvo en cuenta que estos eventos se enmarcaban dentro de una confrontación armada entre el Estado y determinados grupos subversivos, razón por la cual, la decisión de ubicar cuarteles policiales en medio de una población, si bien beneficiaba al conjunto de moradores, constituía un riesgo para quienes habitaban a su lado³³⁵.

En el año 2008, y ante las dificultades que presentaba la teoría del riesgo para justificar la existencia de responsabilidad en los casos de ataques de la guerrilla, la Sección consideró procedente aplicar el título del daño especial y asumió que estas incursiones tenían connotaciones terroristas y, por tanto, la reacción del Estado para repelerlos era totalmente legítima, por lo cual la obligación de indemnizar nacía del rompimiento de las cargas públicas al que habían sido sometidos los pobladores afectados con tales ofensivas³³⁶.

Posteriormente, la Sección utilizó nuevamente la teoría del daño especial para resolver el caso de un atentado terrorista en el cual se utilizó un artefacto explosivo en contra de un convoy militar. En esa ocasión la Sección afirmó que la imputación contra el Estado no nacía de una relación causal –entendida desde una noción física– entre el hecho y el daño, sino desde “*un punto de vista jurídico*”, bajo el cual se hacía necesario reequilibrar el desbalance de cargas al que habían sido sometidos los actores, “*con ocasión de la actividad lícita del Estado*”. Así razonó la Sala en aquella oportunidad³³⁷:

“Por lo que queda dicho, utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea del Estado, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad”.

A partir del año 2011, con la división de la Sección Tercera en tres Subsecciones, se profirieron varios pronunciamientos en los que se acudió de manera indistinta a resolver casos semejantes acudiendo a la teoría del riesgo excepcional, a la del daño especial e,

³³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 41001-23-31-000-2001-00948-01(AG), M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Esta posición, sería reiterada entre otras, en las siguientes sentencias: sentencia de 28 de junio de 2006, Exp. 16.630, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 15.571, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

³³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de octubre de 2008, Exp. 52001-23-31-000-2004-00605-02(AG), M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de marzo de 2010, Exp. 15.591, M.P. Enrique Gil Botero.

incluso, en algunos eventos a negarse la existencia de responsabilidad³³⁸. Teniendo en cuenta la existencia de tales posiciones discrepantes, la Sala Plena de la Sección, en pronunciamiento de 19 de abril de 2012, con ocasión de un ataque guerrillero dirigido en contra de una estación de Policía, unificó su jurisprudencia y precisó que la utilización de un determinado título de imputación no representaba una especie de camisa de fuerza para el fallador sino que el uso de estos fundamentos de imputación *“por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”*³³⁹.

En esa misma sentencia, al momento de abordarse el estudio del caso traído a consideración, la Sección encontró que, al no haberse demostrado la existencia de falla en el servicio, debía darse prevalencia a la aplicación de los principios constitucionales que rigen a la responsabilidad estatal y se declaró la responsabilidad de la Policía Nacional con aplicación de la teoría del daño especial al entenderse que este fundamento de imputación permitía una concreción efectiva de los principios de solidaridad, de equidad y de justicia material, motivación que fue expuesta de la manera que se transcribe *in extenso*, dada la claridad conceptual empleada³⁴⁰:

“No obstante lo anterior, la ausencia de falla en el servicio en estos casos no puede llevar automáticamente a la exoneración de responsabilidad estatal, por cuanto el nuevo orden constitucional impone que se analice el daño antijurídico desde la óptica de las víctimas, quienes se han visto obligadas a soportar un daño que en ningún momento tenían por qué asumirlo.

“Como sea que los hechos que dieron lugar al daño por el cual hoy se reclama ocurrieron en el marco del conflicto armado interno y resulta evidente que es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas...

“... Ahora, en cuanto al título de imputación como herramienta de motivación que debe ser aplicada para dar respuesta al caso concreto, la Sala considera que, en aras de materializar el valor justicia, la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial, por entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a entidad demandada, quien actuó dentro del marco de sus

³³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, Exp. 17.046, M.P. (E): Gladys Agudelo Ordóñez.

³³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, Exp. 21.115, M.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, Exp. 21.115, M.P. Hernán Andrade Rincón.

posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causó un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un rompimiento de las cargas públicas....

“Y es que si bien ha sido claro para la Sección Tercera que la teoría del daño especial exige un factor de atribución de responsabilidad al Estado, es decir, que el hecho causante del daño por el que se reclame pueda imputársele jurídicamente dentro del marco de una “actuación legítima”, esta “actuación” no debe reducirse a la simple verificación de una actividad en estricto sentido físico, sino que comprende también aquellos eventos en los que la imputación es principalmente de índole jurídica y tiene como fuente la obligación del Estado de brindar protección y cuidado a quienes resultan injustamente afectados.

“En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable la legitimidad del Estado”.

De todo lo anteriormente visto, puede concluirse que la utilización del criterio objetivo de responsabilidad como título de imputación para resolver este tipo de eventos ha tenido como soportes, la verificación de que los atentados se hubieren dirigido contra el Estado y la necesidad de aplicar los principios de solidaridad, de equidad y de justicia material para reparar a las víctimas injustamente ofendidas con ocasión del conflicto armado interno.

3.6. Aplicación de la falla del servicio en casos de violaciones graves a derechos humanos.

Como es de público conocimiento, han sido numerosos los casos en los cuales la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad de la Administración por violaciones graves de derechos humanos, como torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, desplazamiento forzado, masacres, violaciones a las normas de Derecho Internacional Humanitario, entre otras tantas conductas execrables, casos en los cuales se ha aplicado el régimen de falla del servicio, tanto por acción como por omisión en el cumplimiento de los deberes jurídicos a cargo del Estado. En ese sentido ha señalado que la falla del servicio ha sido en nuestro Derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en

efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para declarar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual³⁴¹.

3.6.1. Falla del servicio por acción en casos de violaciones graves a derechos humanos.

Tal y como se señaló anteriormente, el mandato la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, establece que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, no obstante, en tales casos -violaciones graves a derechos humanos-, los miembros de la Fuerza Pública no solo no cumplieron con tales obligaciones, sino que pervirtieron el servicio a ellos encomendado³⁴². En otras ocasiones, se ha demostrado que para perseguir y combatir la delincuencia, se perpetraron algunos de los más censurables y execrables crímenes contra la humanidad, como son la desaparición forzada, la tortura y la ejecución extrajudicial, poniéndose éstos otrora servidores de la sociedad en un lugar mucho más bajo que los mismos delincuentes que ellos debían perseguir³⁴³. Al respecto, con especial claridad, la Sección Tercera ha manifestado:

*“Para la Sala, es inadmisibile que la Policía Nacional permita y patrocine que agentes de su institución hagan parte activa de grupos dedicados a desaparecer y asesinar personas que supuestamente ostentaban la calidad de criminales, esta lamentable circunstancia reviste la entidad suficiente como para dar por acreditado el incumplimiento del deber constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida del joven Ardila Elorza”*³⁴⁴.

En otra oportunidad, al destacar los deberes impuestos a la Fuerza Pública y el grave incumplimiento y violación por parte de algunos de sus miembros, la Sala Plena de la Sección Tercera³⁴⁵ recordó lo siguiente:

“(…) En esa línea de pensamiento, la Sala reitera los refulgentes argumentos expuestos en el pasado por esta Corporación, oportunidad en la que en relación con la inviolabilidad del derecho a la vida y el especialísimo deber de protección a cargo de la

³⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 8.163, del 16 de julio de 2008, Exp. 16.423, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 17.993, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 12 de marzo de 2014, Exp. 28.224, M.P. Hernán Andrade Rincón, ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 20.046, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de junio de 2013, Exp. 25.180, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁴⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 4 de mayo de 2011., Exp. 19.355, M.P. Enrique Gil Botero.

fuerza pública señaló:

“Nadie en Colombia se puede arrogar la facultad de definir (con fines de exterminio o de perdón) quien es útil, bueno y merece seguir con vida y quién es mal, inútil, “desechable”, y debe morir. Nadie, y mucho menos la autoridad.

“Cuando la autoridad asume ese papel, pierde su basamento moral, y legal, y de protectora de la vida, honra y bienes de los demás (deberes y obligaciones que justifican su existencia) se convierte en la monstruosa dueña de la vida, de la honra y de los bienes.

“Es el primer paso para la anarquía social y el mundo está plagado de esos ejemplos.

“La “limpieza” de un país, que conduce a los peores y desviaciones, “normalmente” empieza con los llamados, por “los nuevos justos”, desechos humanos (homosexuales, vagos, rateros, drogadictos, prostitutas) para envolver luego a los líderes agrarios, comunales, sindicales o a las personas que profesan ideología contraria al sistema y son incómodas porque la pregonan³⁴⁶”.

Ahora bien, la Sección Tercera ha considerado que la utilización de armas de dotación por la Fuerza Pública y otros organismos del Estado resulta necesaria para garantizar la seguridad de los ciudadanos y en tal sentido el estudio de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por la utilización de tales elementos peligrosos debería realizarse bajo el régimen objetivo -riesgo excepcional-³⁴⁷; sin embargo, se ha precisado que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también son capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar diferentes situaciones sin que implique atentar contra la vida e integridad de las personas, de manera que cuando se advierte que éstos actuaron de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, así como en uso desproporcionado de la fuerza, se confirma una falla del servicio que debe declararse, salvo que se logre probar una causa extraña³⁴⁸. Reflejo de lo anterior, son las siguientes consideraciones expuestas por la Corporación:

“Así las cosas, a efectos de establecer si en el presente caso se incurrió en una falla del servicio por desproporción en el uso de la fuerza, tal y como se plantea en la demanda, resulta imperativo precisar que el uso de la fuerza debe someterse a un juicio de

³⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 1992, Exp. 6986, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

³⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 12.053, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

³⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de mayo de 2012, Exp. 23.810, M.P. Hernán Andrade Rincón.

razonabilidad, necesidad y de proporcionalidad, para determinar si se ajustó o no a los parámetros legales y constitucionales, para establecer si la reacción fue adecuada respecto de la agresión. En el caso concreto se tiene que la persona que ofrecía peligro debió ser neutralizada y que en esta ocasión lo fue pero mediante un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza, toda vez que en el momento en que llegaron los policías el señor Pineda Saldarriaga se encontraba parqueado y, posteriormente, si bien arrancó y pasó por un lado de los policías, en momento alguno accionó su arma de fuego contra los uniformados; pretendía huir del lugar hacía su casa –como lo demuestra el sitio donde fue hallado el cadáver–, y nunca accionó el arma que supuestamente portaba en contra de la patrulla policial y sus tripulantes, esto es los agentes Orlando de Jesús Márquez García y Darío Londoño Morales.

Así las cosas, como se desprende de la valoración probatoria, el hecho de que dos uniformados no hubieren procurado una neutralización más efectiva que no implicara dar muerte de la persona que pretendía huir, sino que hubieren partido de una falsa convicción consistente en una supuesta agresión por parte de aquél, configuró una falla del servicio, por desconocimiento del derecho a la vida de Carlos Mario Pineda Saldarriaga, derecho que, se insiste, es inviolable y sólo puede ceder en este tipo de situaciones o circunstancias cuando se demuestra una legítima defensa o un estado de necesidad, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango, es decir, otra vida humana en términos de inmanencia y urgencia”³⁴⁹.

En similar sentido, en sentencia fechada el 12 de febrero de 2004, en un caso en el que se presentó exceso o abuso de la fuerza pública, la Sección Tercera declaró la responsabilidad del Estado representado por el Ejército Nacional con fundamento en la falla del servicio y, para cuyo propósito expuso lo siguiente:

“(…) en realidad no estaba en juego la vida e integridad personal de los miembros de la fuerza pública que participaron en el enfrentamiento en cuestión, y lo que se presentó fue un desbordamiento en el cumplimiento de sus funciones, que se tradujo en la muerte y lesión de numerosos civiles inocentes que bien se ha podido evitar con algo de medida y prudencia por parte de los militares, que por tener tal condición, no están exentos del deber de actuar dentro de ciertos límites que garantizan la seguridad de la comunidad en general; como consecuencia de tal desbordamiento y exceso en la utilización de las armas de dotación oficial, se produjo el daño antijurídico”³⁵⁰.

De igual forma, el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado con fundamento en la falla del servicio derivada de ejecución extrajudicial de personas, así como por casos de los mal llamados “falsos positivos”, eventos en los cuales se ha manifestado:

³⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2011, Exp. 17.738, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2004, Exp. 13.952, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

“Con fundamento en todo lo anterior, forzoso resulta concluir que en el presente caso está claramente evidenciada la existencia de una falla en el servicio, toda vez que los miembros del Ejército Nacional causaron la muerte de Luis Parménides Daza con sus armas de dotación y cuando se hallaba en cumplimiento de sus funciones, no obstante lo cual ese hecho se alejó de sus deberes oficiales y se constituyó en una perversión del mismo, razón por la cual vino a configurarse la señalada falla en el servicio, pues -bueno es insistir en ello-, según el análisis realizado tales uniformados dispararon injusta e indiscriminadamente contra el señor Luis Parménides Daza causándole la muerte.

En conclusión, en este caso se configuró una falla en el servicio por parte del Ejército Nacional, pues las circunstancias de la muerte del señor Luis Parménides Daza, tal y como quedaron demostradas, resultan desde cualquier punto de vista arbitrario y antijurídico, por decir lo menos, comoquiera que se ultimó sin formula de juicio a un inerte ciudadano que de forma alguna ofrecía peligro para el grupo de militares y menos aún para la comunidad.

Adicional a lo anterior, resulta necesario destacar que en el presente caso no se le hace honor a la justicia ni a la verdad, cuando la persona no solo es víctima de la irracionalidad del poder que le arrebató la vida misma y, como si ello fuera poco - cuando lo es todo-, se mancilla, además, la honra y la dignidad de la persona fallecida, al hacerla pasar ante la ciudadanía en general, pero específicamente ante sus conocidos, como delincuente, con lo cual se victimiza su memoria y la propia verdad de los hechos; nadie y menos las autoridades pueden deshonestar la vida de una persona y la verdad y fue eso sin eufemismo alguno, lo que en este caso ocurrió, pues así lo evidencian los hechos que se demostraron en este juicio”³⁵¹.

En decisión del 13 de marzo del 2013, el mencionado Tribunal condenó patrimonialmente al Estado por cuanto el Ejército Nacional dio muerte a tres personas dedicadas a labores del campo, desarmadas, vestidas de civil, sin nexos con grupos subversivos, uno de ellos ultimado a corta distancia y existió irregularidades en el manejo de los cuerpos. Al respecto se precisó:

“La Corporación ha establecido que es posible inferir la responsabilidad del Estado en aquellos casos en los cuales el detallado análisis del acervo probatorio demuestra la existencia de un hecho previo (en este caso concretado en el último avistamiento de los jóvenes en la vereda “La Arroyuela”) y uno posterior (aparecimiento de los cuerpos sin vida en la vereda Monteredondo), sin que exista ningún otro elemento probatorio que indique que dichos decesos fueron ocasionados por terceros ajenos al proceso, sino que, por el contrario, existen elementos que señalan que la muerte de los jóvenes obedeció a un comportamiento anómalo y altamente irregular por parte de los miembros de la demandada”³⁵².

³⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el 7 de julio de 2011, Exp. 20.720, M.P. Enrique Gil Botero y del 9 de mayo de 2012, Exp. 23.810 M.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de marzo del 2013, Exp. 21.359, M.P. Hernán Andrade Rincón.

En similares términos la Sección Tercera al estudiar casos de tortura y desaparición forzada de personas ha concluido que el régimen bajo el cual debe analizarse dichos daños es el de falla del servicio derivado de la violación grave de derechos humanos y, para tal efecto, ha declarado la responsabilidad del Estado bajo los siguientes razonamientos:

“Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional se ve comprometida en este caso, por cuanto la desaparición forzada, tortura y posterior ejecución extrajudicial del señor Juan Carlos Palacios Gómez fue planeada y perpetrada por miembros de la DIJIN de la Policía Nacional, mientras se encontraban en ejercicio activo del servicio y en desarrollo de sus labores de Inteligencia contrainsurgente, pues en virtud de tales labores tuvieron conocimiento previo de la presunta pertenencia al grupo subversivo autodenominado FARC por parte del hoy occiso y de las otras cinco (5) víctimas, lo cual motivó su desaparición y posterior ejecución, por esa misma razón o circunstancia de haberseles imputado cercanía con elementos de la guerrilla, y de haber sido supuestamente responsables de un atentado contra una estación de Policía del barrio Kennedy de la ciudad de Bogotá en el mes de mayo de 1995.

Así las cosas, las circunstancias y los móviles de tales actos criminales resultan desde cualquier punto de vista contradictorios, ilegales y absolutamente reprochables, toda vez que para perseguir y combatir la delincuencia, se perpetraron algunos de los más censurables y execrables crímenes contra la humanidad, como son la desaparición forzada, la tortura y la ejecución extrajudicial, poniéndose éstos otrora servidores de la sociedad en un lugar mucho más bajo que los mismos delincuentes que ellos debían perseguir.

Tal actuación criminal desplegada por los agentes de la DIJIN de la Policía Nacional en este caso en particular constituye, sin lugar a dudas, además de una censurable y protuberante falla del servicio, una trasgresión particularmente grave de derechos humanos, dado que éstos (vida, libertad, integridad) hacen parte integral del jus cogens, lo cual significa que su garantía y respeto no puede ser sometido a convención que implique el límite o restricción por parte de los Estados o sujetos de derecho internacional, comoquiera que han sido entendidos como parte del bagaje cultural universal de la humanidad, lo cual supone su respeto y garantía irrestricta”³⁵³.

En tratándose del desconocimiento de las normas de Derecho Internacional Humanitario por parte de la Fuerza Pública, la Sección Tercera ha aplicado el plurimencionado régimen subjetivo de falla del servicio, bajo el siguiente razonamiento:

“[A] partir de la violación de normas de derecho humanitario por parte de los miembros de la fuerza pública que intervinieron en el operativo, específicamente las que regulan el trato a la población civil en situaciones de conflicto armado interno.

³⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 12 de marzo de 2014, Exp. 28.224, M.P. Hernán Andrade Rincón, ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 20.046, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En efecto, en el presente caso se desconoció el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, establecido en el "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)", incorporado a la normatividad interna mediante la ley 171 de 1994. (...).

En el presente caso, se desconoció el principio de distinción por parte de los miembros del Ejército Nacional en el operativo del siete de octubre de 1992, dado que los pasajeros del bus, personas civiles, fueron atacados de manera indiscriminada por los miembros de la fuerza pública. Debe recurrirse a la definición de términos del Protocolo I para entender la anterior afirmación: se trató de un ataque, término bajo el cual quedan comprendidos tanto los actos defensivos como los ofensivos contra el adversario, tal como lo prevé el artículo 49 de dicho protocolo; resulta irrelevante si en este caso los subversivos o la fuerza pública iniciaron el enfrentamiento, dado que el deber de respeto a la población civil subsistía cualquiera que fuera la naturaleza del ataque. En el mismo sentido, además de tratarse de un ataque contra no combatientes, éste fue de carácter indiscriminado, como lo establece, en el mismo protocolo, el artículo 51 (...) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”³⁵⁴.

Como puede apreciarse con los anteriores ejemplos, existe una línea jurisprudencial constante y reiterada respecto de declarar la responsabilidad del Estado, en casos de violaciones graves de derechos humanos, con fundamento en el régimen de falla del servicio, dado el grave desconocimiento por parte de las autoridades estatales de los deberes jurídicos tanto internos como internacionales a su cargo.

De otra parte, resulta menester señalar que en estos eventos las entidades demandadas para exculparse de responsabilidad utilizan reiteradamente el argumento según el cual los agentes de la Fuerza Pública han actuado por fuera del servicio y por cuenta propia, es decir se alega la configuración de la eximente de responsabilidad consistente en la “*culpa personal del agente*”; no obstante, la Sección Tercera ha precisado que, para establecer los límites entre el nexo con el servicio y la culpa personal del agente, se deben analizar y valorar las particularidades de cada caso específico, comoquiera que el vínculo instrumental, funcional u ocasional, por sí mismo no compromete, la responsabilidad patrimonial del Estado. Al respecto, en cuanto se refiere a los daños ocasionados por miembros de la Fuerza Pública, la jurisprudencia ha precisado, entre otros aspectos, lo siguiente:

“Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar

³⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, Exp. 13.969, M.P. Alir E. Hernández Enríquez, ver también sentencia proferida el 5 de junio de 2008, Exp. 14.526, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer ‘si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público’ ...”³⁵⁵

Como se aprecia, en cada asunto particular se requiere estudiar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los acontecimientos puesto que, a partir de ellas será que se define en qué casos se está en presencia de una culpa personal del agente o ante a un daño antijurídico imputable al Estado.

3.6.2. Falla del servicio por omisión en casos de violaciones graves de derechos humanos.

En este supuesto de falla del servicio por omisión, se tiene en cuenta que fue un actuar negativo –no hacer-, lo que posibilitó la comisión de un determinado hecho dañoso -violación grave de derechos humanos-, es decir que, si bien en tales casos el daño fue cometido por terceras personas, lo cierto es que el mismo se posibilitó y concretó a partir de la falla del servicio en que incurrió la entidad pública demandada, toda vez que lo decisivo en la causación del perjuicio fue el *iter* de acontecimientos en los cuales la autoridad jugó un papel preponderante, pues al no evitar la materialización de tales conductas, incurrió en una manifiesta omisión en el cumplimiento de las funciones legales, en atención a que se trataba de la fuerza pública, que constitucionalmente está instituida para la protección, garantía y satisfacción de los derechos de los asociados, y ello comporta labores de: reacción, prevención y persecución, ante la perpetración de tales crímenes³⁵⁶.

En consonancia con lo anterior, la Corporación ha dicho que en lo que concierne a la responsabilidad del Estado por hechos de terceros, en eventos en los que, si bien, los agentes estatales no participan de forma directa en la causación del daño, en tanto no han sido autores, ni figuran como partícipes, con su omisión propiciaron o permitieron que personas ajenas a la administración lo causaran³⁵⁷, en efecto, el conocimiento del riesgo por parte de las autoridades llamadas a proteger a los asociados en condición de inminencia de ser víctimas, generó una posición de garantía, y por ello era el Estado el obligado a asumir

³⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de junio de 2001, expediente 13303, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁵⁶ Enrique Gil Botero, *La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*, artículo publicado en el libro “*La Filosofía de la Responsabilidad Civil*”, p. 489.

³⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 1997. Exp No 11875, C.P. Daniel Suárez Hernández.

ese rol de garante de los derechos de quienes estaban expuestos a ese tipo de ilícitos³⁵⁸.

La primera providencia en la que se definió una controversia con apoyatura en la posición de garante, corresponde a la sentencia del 4 de octubre de 2007³⁵⁹, caso en el que se juzgó la responsabilidad patrimonial del Estado por las lesiones irrogadas a un campesino a quien le fue impuesta la carga de ser colaborador de las fuerzas militares, circunstancia que si bien es lícita, dado el deber de colaboración para con la fuerza pública en el cometido de seguridad nacional, supuso la generación de un riesgo que, en el caso concreto, estaba el Ejército Nacional en el deber jurídico de evitar³⁶⁰.

Otro supuesto que tiene que ver con la posición de garante en la que se encuentra la fuerza pública, se reseña en la sentencia del 26 de marzo de 2009. En el caso concreto, se definió la responsabilidad del Ejército y la Policía Nacional por el desaparecimiento de tres ciudadanos que se movilizaban desde Villavicencio al municipio de Monfort, y se ordenó a las entidades demandadas reparar integralmente el perjuicio causado a las familias demandantes, pues se comprobó que la fuerza pública se encontraba en posición de garante respecto de la integridad de quienes ocupaban el vehículo de transporte público que por allí se desplazaba. En efecto, existía un retén conjunto de las dos fuerzas –militar y civil– y se le dio aviso de las circunstancias que se desarrollaban en la vía y no pese a ello los miembros de esas instituciones fueron omisivos en desplegar un comportamiento que evitara la consumación del execrable hecho³⁶¹.

En sentencia del 18 de febrero de 2010, al declarar la responsabilidad del Estado en un asunto de desplazamiento forzado perpetrado en la “Hacienda Bellacruz”, Departamento del Cesar, señaló el Consejo de Estado que dicho daño le resultaba imputable por el incumplimiento de sus deberes derivados de la “*posición de garante*”, que tenía en relación con las víctimas. Sobre el particular el aludido tribunal razonó de la siguiente forma:

“El Estado en cabeza de la Fuerza Pública debía adelantar todas las acciones militares necesarias y eficaces tendientes a impedir que el grupo de autodefensas incurriera en los graves hechos de violencia, de los cuales hicieron víctimas a las personas ocupantes de la Hacienda Bellacruz, más aún si contaba con los recursos suficientes para hacerlo, por manera que si éste hubiere decidido evitar la agresión del grupo paramilitar y defender a la población civil, bien habría podido interrumpir el proceso causal iniciado con las amenazas del grupo paramilitar a los ocupantes de la Hacienda Bellacruz, quienes, se insiste, ante la desprotección estatal no tuvieron

³⁵⁸ Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, p. 247.

³⁵⁹ Exp. 15.567, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁶⁰ Enrique Gil Botero, *La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*, artículo publicado en el libro “*La Filosofía de la Responsabilidad Civil*”, p. 489.

³⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

alternativa diferente a abandonar su domicilio para padecer las penurias del desplazamiento forzado.

Desde esa perspectiva es claro que el Ejército Nacional en cuanto tuvo conocimiento efectivo de la situación de peligro que se había radicado en cabeza de los campesinos ocupantes de la Hacienda Bellacruz, asumió posición de garante frente a la integridad de tales personas, razón por la cual debe concluirse que el desplazamiento forzado del cual fueron víctimas los campesinos desplazados de la Hacienda Bellacruz si bien fue generado por un tercero, en este caso por miembros de grupos denominados paramilitares, lo cierto es que su resultado (daño antijurídico), es atribuible a la Administración Pública, concretamente, por el desconocimiento del deber de protección y cuidado establecido en el plurimencionado inciso segundo del artículo 2º de la Constitución Política.

En línea con las anteriores consideraciones, resulta claro para la Sala que el daño deviene imputable jurídicamente a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional, a título de falla del servicio, puesto que estando en posición de garante, tanto la Policía como el Ejército Nacional incumplieron con los deberes de protección y seguridad que les han sido encomendados constitucionalmente; también actuaron de manera permisiva en la producción del mismo, el cual constituye, además, una grave violación tanto a los Derechos Humanos como al Derecho Internacional Humanitario, en una de sus más censurables y execrables modalidades cual es el desplazamiento forzado”³⁶².

En jurisprudencia más reciente de la Corporación, se ha dado aplicación al concepto de “posición de garante”, para atribuir la responsabilidad al Estado por el incumplimiento de la obligación de impedir un resultado dañoso, específicamente, en un caso de desaparición forzada y ejecución extrajudicial. En sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013³⁶³, se manifestó:

“Pues bien, en el caso sub examine, se itera, el daño no tuvo origen en el ámbito del actuar estatal, en la medida en que ningún agente suyo actuó en la comisión de la desaparición de los ocho habitantes del Municipio de San Roque, comoquiera que, no se demostró que ello hubiere ocurrido, ni en ningún proceso penal ni en el disciplinario adelantado con ocasión del deplorable suceso; sin embargo era de público conocimiento en el municipio de Puerto Berrío, que los miembros del grupo paramilitar que operaban en la zona, eran quienes empleaban esta modalidad de delitos para lograr sus cometidos, situación que bien conocía la fuerza pública, y fue omisiva en la labor de protección y vigilancia de los habitantes de la zona afectada por la gravedad contextual, y prueba incontestable de ello, es el hecho sin antecedentes ni justificación, de que un alto miembro de la brigada que custodiaba la zona, hubiere acompañado a algunos de los familiares de los desaparecidos a los sitios de comandancia del grupo paramilitar que perpetró el delito, para ser enterados de la suerte de los mismos, circunstancia que no solo es reprochable, amén de execrable.

³⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, Exp. 18.436. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁶³ Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

Así las cosas, concluye la Sala, que a la Nación- Ministerio de Defensa, Ejército Nacional- se le debe imputar el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente por el mismo, pues está demostrado el incumplimiento del deber convencional, constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida de que los señores: Henry De Jesús Jiménez Arroyave; (...).

De igual forma, la Sala reitera que en estos eventos la responsabilidad del Estado se ve comprometida de forma especial y particular, toda vez que, precisamente, la administración pública –y especialmente en el departamento de Antioquia– fomentó la creación y constitución de grupos armados denominados “Convivir” cuya finalidad era dotar de aparente legalidad y legitimidad a un fenómeno de paramilitarismo cuyo objetivo era exterminar los grupos subversivos.

Por tal motivo, los daños antijurídicos irrogados por esos grupos ilegales son imputables al Estado no sólo por la vía de la comisión por omisión (posición de garante), sino, de igual forma, en virtud de un riesgo que la misma organización estatal promovió, comoquiera que en un Estado que se dice Social de Derecho el manejo de las armas y de la defensa de la soberanía sólo está a cargo de las Fuerza Pública; fue precisamente esa comportamiento permisivo de la administración pública lo que permitió que se cometieran y perpetuaran actos execrables que atentaron contra los bienes e intereses jurídicos más esenciales de la población, en una punible y reprochable connivencia entre las autoridades públicas y los grupos armados ilegales”.

Así pues, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha servido de este criterio de imputación -posición de garante- en múltiples eventos, para declarar la responsabilidad del Estado en supuestos en los cuales se esperaba una conducta activa de la Administración Pública y, concretamente, de las fuerzas militares en la protección de los ciudadanos que se han visto afectados por la acción de grupos criminales, lo que ha supuesto un significativo avance, ya que al margen de que causalmente el daño haya sido producto del actuar de un tercero, el mismo en esos casos específicos, se ha declarado imputable a la organización estatal como consecuencia del desconocimiento de la posición de garante mencionada³⁶⁴.

3.7. Desarrollo del concepto reparación integral en el régimen de responsabilidad estatal colombiano.

El daño antijurídico considerado como lesión de un derecho, bien o interés legítimo, supone la alteración o afectación de un estado de cosas que impacta de manera negativa la esfera interna y externa de la persona que lo padece y, por consiguiente, no sólo comprende la órbita patrimonial³⁶⁵.

³⁶⁴ Enrique Gil Botero, “La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, artículo publicado en el libro “La Filosofía de la Responsabilidad Civil”, p. 508.

³⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 22 de agosto de 2013, Exp. 32.919 M.P. Hernán Andrade Rincón, del 23 de junio de 2011, Exp. 20.324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y del 14 de abril de 2010, Exp. 18.960, M.P. Enrique Gil Botero, entre otras.

En ese sentido, la reparación del daño en nuestro modelo jurídico obedece al criterio de la *restitutio in integrum*, cuyo objeto es el restablecimiento de los bienes jurídicos afectados y/o el patrimonio material dañado por una conducta (activa u omisiva) desplegada por el Estado, lo cual encuentra su fundamento y límite en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: i) la *restitución in integrum* (art. 16 Ley 446 de 1998³⁶⁶) y ii) el enriquecimiento injusto o sin causa (Ley 153 de 1887³⁶⁷ artículo 8^{o368})³⁶⁹; por ello, la indemnización debe cubrir nada más que el daño causado, comoquiera que si se va más allá, sería motivo de enriquecimiento ilegítimo para el afectado, y si es menos, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así el principio de la reparación integral³⁷⁰. En palabras de la Corte constitucional “*el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite*”³⁷¹.

En nuestro régimen de responsabilidad estatal, hasta el año 2007, las consecuencias derivadas de violaciones a derechos humanos eran exactamente iguales a aquellas que se derivaban del incumplimiento de una norma administrativa, toda vez que la imputación por uno u otro “daño antijurídico”, generaban, únicamente, la imposición de una condena a una indemnización pecuniaria por los perjuicios o las consecuencias lesivas que por causa del daño se derivaron, los cuales son de orden material (daño emergente y lucro cesante³⁷²) e inmaterial (moral, fisiológico, daño a la vida de relación, alteración grave a las condiciones de existencia, etc.)³⁷³.

³⁶⁶ “A través de la cual se expidieron normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”, el artículo en cuestión preceptúa: “Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales (Se resalta).”

³⁶⁷ “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”.

³⁶⁸ A cuyo tenor: “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

³⁶⁹ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 39. Henao Pérez, Juan Carlos, *El daño*, p. 131.

³⁷⁰ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 127. Juan Carlos Henao Pérez, *El daño*, p. 131.

³⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Dicha providencia estudió las normas sobre asistencia a las víctimas de atentados terroristas.

³⁷² En cuanto a los perjuicios del orden material, el primero de ellos (daño emergente), dice relación con aquellos recursos económicos que las víctimas se ven llamadas a desplazar de su patrimonio para sufragar los gastos necesarios para una atención médica, de sepelio, de arreglo de bienes etc. En tanto que el lucro cesante es entendido como la ganancia que se deja de percibir, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que deja de materializarse como consecuencia del daño antijurídico imputado. Por su parte, los perjuicios del orden inmaterial son aquellas afectaciones que no tienen contenido económico, pero que se encuentran igualmente protegidas por el ordenamiento jurídico.

³⁷³ Hasta hace un tiempo en nuestro ordenamiento jurídico las clases de daños que se venían reconociendo eran los materiales y los morales; sin embargo, a partir de la sentencia de 6 de mayo de 1993, se dio una ruptura en la jurisdicción contenciosa administrativa que incorporó al conjunto de la integridad de la reparación del daño una faceta del mismo a la que se denominó “*perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación*”. Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 7.428, M.P. Julio César Uribe.

En nuestro ordenamiento jurídico, salvo contadas excepciones, la jurisprudencia de las diversas jurisdicciones (constitucional, civil y contencioso administrativa), aplicó lo que pudiera denominarse “*el principio indemnizatorio*”, en vez del “*principio de la reparación integral del perjuicio*”³⁷⁴. Así las cosas, el paradigma vigente desde la perspectiva de resarcimiento consistía en el otorgamiento de una suma de dinero que, en los términos del artículo 1614 del Código Civil colombiano, pretendía cubrir los aludidos perjuicios de orden material e inmaterial irrogados a la persona³⁷⁵.

No obstante, a partir del año 2007³⁷⁶, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado aceptó la absoluta compatibilidad de las reparaciones adoptadas por la Corte IDH y las normas de reparación integral establecidas en el derecho interno (Art. 16 de la Ley 446 de 1998), a partir de entonces, en varios casos relacionados con graves violaciones a derechos humanos, el Consejo de Estado, además de fijar la respectiva indemnización por los perjuicios antes referidos, ordenó una serie de medidas de “*reparación integral*” con apoyo en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en consecuencia, ha condenado a partir de ese fallo a adoptar las denominadas medidas de “*restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición*”, las cuales han incluido también las órdenes de apertura o reapertura de las respectivas investigaciones penales y/o disciplinarias respecto de los responsables por tales violaciones, entre muchas otras medidas³⁷⁷.

³⁷⁴ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 129.

³⁷⁵ “Artículo 1614. daño emergente y lucro cesante. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

³⁷⁶ Consejo de Estado, sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29.273, Actor: Roberto Zuleta Arango y otros, MP. Enrique Gil Botero. En aquella oportunidad el Consejo de Estado declaró la existencia de la “*Cosa Juzgada Internacional*”, pues los hechos por los cuales se demandó en acción de reparación directa, habían sido sometidos con anterioridad al conocimiento de la Corte IDH, la cual condenó al estado colombiano en el denominado caso “*masacres de Ituango*”; en dicha providencia se aceptó la absoluta compatibilidad entre los regímenes de responsabilidad aplicados por la Corte Interamericana y los regímenes de responsabilidad internos; así como respecto de las medidas de reparación integral adoptadas por el Tribunal internacional. Al respecto señaló: “*Por consiguiente se puede afirmar, sin ambages, que si existe una condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un Estado por la violación de uno o varios derechos humanos, y dentro del proceso se adoptó una decisión vinculante en relación con la indemnización de los perjuicios a favor de las víctimas y sus familiares, a nivel interno la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo -en sede de un proceso ordinario de reparación directa- deberá declarar, de oficio o a petición de parte, la cosa juzgada internacional, como quiera que no le es viable al órgano jurisdiccional de carácter nacional desconocer la decisión proferida en el marco internacional, más aún cuando la Corte Interamericana define de manera genérica toda la responsabilidad del Estado, y no sólo se circunscribe al aspecto puntual del perjuicio*”.

³⁷⁷ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 39.

A partir de la aludida sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29.273, el Consejo de Estado, no sólo se limitó a decretar la condena económica deprecada con la demanda, sino que, además, consideró que “la indemnización” del perjuicio resultaba insuficiente en aquellos casos de vulneración grave de derechos humanos, comoquiera que se entendió que la lesión de una garantía de ese tipo conlleva la afectación de multiplicidad de facetas de quien lo soporta³⁷⁸.

La aplicación efectiva y material del principio de reparación integral en Colombia, ha permitido que se reconozca la insuficiencia del criterio de la sola indemnización en relación con el derecho de daños, razón por la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado ha articulado los postulados de reparación integral contenidos en los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 90 de la Constitución Política con los criterios contenidos en la jurisprudencia de Tribunales internacionales, concretamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal manera que se ha abierto camino a las “medidas de reparación integral”, encaminadas al restablecimiento del núcleo de los derechos que se ven afectados con la producción del daño³⁷⁹.

En este punto, cabe precisar que si bien el artículo 90 de la Constitución Política dispone que “el Estado responderá patrimonialmente ...”, es decir, no establece una norma expresa sobre reparación integral, lo cierto es que el Consejo de Estado con fundamento tanto en instrumentos de derecho internacional en materia de derechos humanos, como en la Ley 446 1998 ha desarrollado el concepto de reparación integral del daño y ha establecido que, en casos de violaciones graves de derechos humanos, la sola indemnización no basta para resarcir el daño, sino que se requiere, además una serie de medidas simbólicas y conmemorativas tendientes a que la persona que ha padecido dicha vulneración grave de sus derechos, sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. Al respecto, la Corporación ha razonado de la siguiente forma:

“Cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño.

³⁷⁸ Consejo de Estado, sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29.273, Actor: Roberto Zuleta Arango y otros, MP. Enrique Gil Botero.

³⁷⁹ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 130.

En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones, tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad.

Dichos planteamientos respecto de la reparación integral del perjuicio han sido reiterados en múltiples oportunidades por esta Sección del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“... Cuando se trate de graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados. Así las cosas, en estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales antes mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías, el hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio”³⁸⁰.

En oportunidad anterior, el Consejo de Estado respecto de las facultades con las que cuenta el juez de lo contenciosos administrativo, ya se había manifestado en los siguientes términos:

“La labor del juez de lo contencioso administrativo, en tratándose de los procesos que se formulen para su conocimiento, con ocasión de la vulneración o trasgresión de derechos humanos, es la de un funcionario dinámico, con amplias facultades resarcitorias y de restablecimiento, suministradas éstas por el propio ordenamiento jurídico interno e internacional, encaminadas a que se obtenga una verdadera reparación integral del daño derivada de ese quebrantamiento. En ese orden de ideas, la jurisprudencia contencioso administrativa, debe acompañarse con los lineamientos que le son trazados por los principios y la regulación contenida en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico, como quiera que dichas disposiciones prevalecen sobre cualquier otra norma o regla de derecho vigente, en los términos del artículo 93 de la Carta Política. (...).

“Así las cosas, los jueces de lo contencioso administrativo y los tribunales constitucionales, a nivel interno, deben procurar el pleno y completo restablecimiento de los derechos humanos de los que tengan conocimiento, comoquiera que esa es su labor, con el propósito, precisamente, de evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos

³⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. 17.994. M.P. Enrique Gil Botero, consultar también, sentencias dictadas por la Subsección A de esta Sección el 9 de mayo de 2012, Exp. 23.810 y del 2 de abril de 2013, Exp. 20.067, entre otras.

*Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos*³⁸¹.

A partir de los anteriores pronunciamientos, puede concluirse que el Consejo de Estado ha adoptado una protección activa y progresiva de los derechos humanos, lo que supone una prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, dado el objeto protegido. En ese orden, es posible señalar, en relación con el principio de reparación integral, que sólo en los supuestos en que el daño antijurídico tiene su génesis en la grave violación a derechos humanos, o el flagrante desconocimiento de derechos fundamentales –pero principalmente en el primer escenario–, el Juez de lo Contencioso Administrativo puede decretar todo tipo de medidas encaminadas a la restitución de las garantías mínimas afectadas. En otras palabras, la naturaleza y entidad del daño producido –graves violaciones a derechos humanos o vulneración significativa de derechos fundamentales–, marca al juez la posibilidad de imponer medidas de oficio, en desarrollo del principio de reparación integral.

Por otro lado, en casos en los que no esté de por medio una grave violación grave a derechos humanos, o la vulneración flagrante de un derecho fundamental –en su dimensión subjetiva u objetiva–, el marco de acción del juez administrativo está definido por los principios de congruencia y de *no reformatio in pejus*; por lo tanto, en estos eventos la parte actora podrá solicitar en la demanda cualquier tipo de medida relacionada con las modalidades en las que se hace materiable este principio de reparación integral, siendo éstas: la *restitutio in integrum* del daño; medidas de satisfacción; indemnización plena de perjuicios; la rehabilitación, y garantías de no repetición, pero no podrán ser decretadas medidas o pretensiones de oficio³⁸².

Ahora bien, de los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre el tema, se pueden extraer algunas conclusiones en torno a los alcances del principio de reparación integral en su aplicación judicial, a saber:

i) la reparación integral prevalece sobre otros principios, específicamente sobre aquellos de tipo procesal como el de congruencia, sin que ello suponga una alteración al principio constitucional al debido proceso;

ii) si se trata de apelante único, el principio de la *no reformatio in pejus* debe ceder ante la reparación integral. En otros términos, el juez de segunda instancia puede hacer más

³⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 16.996. M.P. Enrique Gil Botero.

³⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

gravosa la situación del apelante único condenado en la primera instancia, en los procesos de violación a derechos humanos³⁸³;

iii) el fundamento de esta serie de conclusiones se encuentra en el artículo 93 de la Carta Política Colombiana que establece la prevalencia de los convenios, tratados y protocolos relativos a derechos humanos en el orden jurídico interno, lo cual significa que integran el bloque de constitucionalidad; y

iv) en asuntos en los cuales se juzgue la responsabilidad del Estado, derivada de la violación grave a derechos humanos, es imperativo en primera medida, por parte del funcionario judicial, garantizar la *restitutio in integrum* del daño y, en caso de que ésta se torne imposible, decretar las medidas pecuniarias y no pecuniarias que sean necesarias para revertir los efectos del daño³⁸⁴.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que habida cuenta de la prevalencia de la regulación internacional que reconoce y regula derechos humanos, a nivel normativo e interpretativo, frente al sistema interno, resulta claro entonces que el juez de lo contencioso administrativo cuenta con diversas herramientas e instrumentos dirigidos a asegurar la reparación integral derivada de la violación grave de derechos humanos, cuandoquiera que sean sometidas a su consideración, con miras a la plena reparación del daño antijurídico. Por lo tanto, es deber del juez, en estos eventos, no sólo limitarse a decretar indemnizaciones monetarias –a partir de la aplicación de bases y criterios actuariales–, sino que, debe integrar las medidas con que cuenta a partir del ordenamiento jurídico interno en su plenitud, con el ordenamiento

³⁸³ Al respecto, vale la pena transcribir los siguientes apartes del fallo del 20 de febrero de 2008: “Los anteriores planteamientos, en modo alguno, desconocen los principios de jurisdicción rogada y de congruencia (artículo 305 del C.P.C.), toda vez que frente a graves violaciones de derechos humanos (v.gr. crímenes de lesa humanidad), el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, a los diferentes órganos que los integran –incluida la Rama Judicial del Poder Público–, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo.

“Por ende, el principio de reparación integral cobra mayor fuerza en aquellos eventos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo, debe decidir asuntos relacionados con presuntos desconocimientos de las garantías fundamentales del ser humano, por cuanto en tales supuestos el ordenamiento jurídico interno e internacional, lo dota de una serie de herramientas e instrumentos para procurar el restablecimiento de los derechos.

“La anterior óptica no implica, en ningún sentido, el desconocimiento de los postulados de índole procesal trazados por el legislador, sino que, por el contrario, representa la correcta y adecuada armonización de las reglas jurídicas del sistema interno, con los principios y normas que protegen al ser humano a nivel internacional, la mayoría de las cuales, han sido suscritas y ratificadas por Colombia”.

³⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 24 de octubre de 2013, Exp. 25.981, M.P. Jaime Orlando Santofimio, del 8 de febrero de 2008, Exp. 16.996, M.P. Enrique Gil Botero, del 23 de junio de 2011, Exp. 20.324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y sentencia de la Subsección A, del 13 de noviembre de 2013, Exp. 34.205, M.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

internacional, con miras a que el restablecimiento derivado de una vulneración a los derechos humanos sea materializado.

Así las cosas, en procesos en los que el daño proviene de violaciones a derechos humanos o la vulneración de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de *restitutio in integrum* y de reparación integral, atendiendo, claro está, a las particularidades de cada caso concreto³⁸⁵.

Ahora bien, en cuanto a las medidas de reparación integral que ha dispuesto el Consejo de Estado, cabe citar las siguientes providencias, en las cuales se han adoptado medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado, entre las cuales vale la pena destacar, la petición de excusas públicas a los familiares de las víctimas directas, la orden a la Fiscalía General de la Nación para que se esclarezcan las circunstancias de los delitos, así como sus autores materiales e intelectuales, la difusión de la sentencia a través de medios magnéticos e impresos, la orden de realizar cursos en materia de derechos humanos al personal adscrito a las entidades condenadas, entre otras medidas. Al respecto resulta ilustrativo citar algunos apartes de las partes resolutivas en donde se han dispuesto la adopción de tales medidas reparatorias.

- Sentencia del 14 de abril de 2010, Exp. 18.960, M.P. Enrique Gil Botero, caso de privación injusta de la libertad de personas señaladas como miembros de grupos terroristas en la Comuna Nororiental de Medellín; en dicha providencia se ordenaron las siguientes medidas de reparación integral:

“i) El Director Seccional de Fiscalías de Medellín, en una ceremonia que se llevará a cabo en las instalaciones administrativas de esa entidad en esa ciudad, pedirá excusas públicas a Rogelio Aguirre López y a sus hijos por haber trasgredido los derechos a la dignidad, la libertad personal, y la honra del primero. ii) Sin perjuicio de su autonomía institucional y funcional, iniciará las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal de los presuntos responsables de los hechos que terminaron con la muerte de la señora María Antonia Castaño, ocurrida el 6 de octubre de 1994, en la ciudad de Medellín. De abrirse investigación, los familiares de la señora Castaño deberán ser citados al proceso. iii) Establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Por lo tanto, la entidad demandada, en el término de 3 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo subirá a la red el archivo que contenga esta decisión, y mantendrá el acceso al público del respectivo link durante un lapso de 6 meses. iv) La entidad demandada, por intermedio del Director Nacional de Fiscalías, remitirá a todas y cada una de las Unidades de Fiscalías Especializadas del país, copia íntegra de esta providencia, con

³⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 12 de marzo de 2014, Exp. 28.224, y del 13 de noviembre de 2013, Exp. 34.205, M.P. Hernán Andrade Rincón.

miras a que sirva como medio de capacitación y prevención de este tipo de circunstancias”.

- Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp. 18.436, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, caso del desplazamiento de varias familias campesinas de la hacienda “Beracruz”, Departamento del Cesar, por parte de grupos paramilitares. En la sentencia se adoptaron las siguientes medidas simbólicas y conmemorativas:

“1) Oficiar a la Fiscalía General de la Nación, para que, sin perjuicio de su autonomía institucional, inicie las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal y los presuntos responsables de los hechos ocurridos a partir del 14 de febrero de 1994, en la Hacienda Bellavista, puesto que se trata de una grave violación tanto de los Derechos Humanos, como del Derecho Internacional Humanitario. La instrucción respectiva deberá comprender, de igual manera, cualquier tipo de responsabilidad derivada de la omisión. 2) Tanto la parte resolutive, como el acápite de esta sentencia denominado “La imputación del daño (desplazamiento forzado) al Estado, por omisión en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas a su cargo” serán publicadas en un lugar visible, en el Comando de Policía de los Municipios de Pelaya, La Gloria y Talameque, Cesar, así como en el Batallón del Ejército de la ciudad de Valledupar, por el término de seis (6) meses. 3) Se deberá fijar una placa en un lugar visible, en el Comando de Policía de los Municipios de Pelaya, La Gloria y Talameque, Cesar, así como en el Batallón del Ejército de la ciudad de Valledupar, en un lugar público apropiado en cada uno de las anteriores dependencias, con el propósito de que las nuevas generaciones conozcan acerca de los hechos que dieron lugar al presente caso. 4) Como garantía de no repetición, se ordenará que la entidad demandada Nación – Ministerio de Defensa envíe copia íntegra y auténtica tanto de la parte resolutive, como del acápite de esta sentencia denominado “La imputación del daño (desplazamiento forzado) al Estado, por omisión en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas a su cargo”, mediante una circular conjunta que debe llevar las firmas del titular de la cartera del Ministerio de Defensa, del Comandante General de las Fuerzas Militares, de cada uno de los Comandantes de Fuerza (Ejército – Armada – Fuerza Aérea) y del Director General de la Policía Nacional, para que sea enviada a las diferentes Divisiones, Brigadas, Batallones, Comandos y Estaciones de cada una de las dependencias que integran la Fuerza Pública que operan actualmente en el país, con el propósito de que se instruya acerca de las consecuencias, responsabilidades y sanciones que para el Estado Colombiano representan y/o generan conductas u omisiones como las que dieron lugar a la formulación de la demanda con que se inició el proceso citado en la referencia, para evitar que esa clase de acciones u omisiones vuelvan a repetirse”.

- Sentencia de 21 de febrero de 2011, Exp. 20.046, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, caso de desaparición, tortura y muerte de tres personas por parte de miembros del DAS, las cuales eran sindicadas de pertenecer al movimiento M-19 y haber secuestrado a una persona. En la providencia se ordenaron las siguientes medidas:

“3.1. Tanto la parte resolutive, como el acápite de esta sentencia denominado “La imputación del hecho dañoso demandado al Estado”, serán publicados en una cartelera ubicada en un lugar de acceso al público y visible de la sede principal del Departamento

Administrativo de Seguridad DAS en la ciudad de Bogotá D.C., así como en la página web de esa entidad, por el término de seis (6) meses. 3.2 El Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS realizará un acto solemne de presentación de excusas públicas a los familiares de las víctimas directas del presente caso, el cual deberá contener, además, un reconocimiento expreso de responsabilidad administrativa por los hechos que dieron origen a la presente acción; para la realización de dicho acto solemne se deberá citar con prudente anticipación a distintos medios de comunicación nacional (radio, prensa, televisión, etc.). 3.3. Como garantía de no repetición, se ordenará a la entidad demandada Nación – Departamento Administrativo de Seguridad DAS que con el contenido de la parte resolutive y del acápite de esta sentencia denominado “La imputación del hecho dañoso demandado al Estado”, elabore una circular que debe llevar la firma del Director del DAS, para que sea enviada y entregada a cada uno de los funcionarios que laboran en la entidad y que operan en las diferentes sedes que integran esa entidad en el país”³⁸⁶.

Finalmente, se encuentra la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014³⁸⁷, a través de la cual se ordenaron las siguientes medidas de reparación integral dentro de un caso de desaparición forzada de personas:

“(…). TERCERO: REMÍTASE el caso del abandono forzado de la finca de la familia Zapata Montoya a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras para que inicie, si hay lugar a ello, los trámites correspondientes para la posible restitución jurídica y material de su predio en los términos de la Ley 1448 de 2011 y el Decreto 4829 de 2011.

CUARTO: A título de garantía de no repetición, se ordenarán las siguientes:

ENVÍASE por secretaría copias auténticas de la totalidad del expediente en el que conste el presente trámite contencioso administrativo con destino a la Fiscalía General de la Nación para que estudie la posibilidad de avocar la competencia sobre los hechos de que trata esta sentencia, su declaratoria de estas violaciones como delito de lesa humanidad, si es del caso, a efectos de determinar no solo los responsables directos, sino también los autores intelectuales (...).

REMÍTASE copia del expediente a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas para que se accionen los mecanismos de su competencia.

³⁸⁶ En similares términos puede consultarse las medidas de reparación integral adoptadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en las sentencias del 25 de mayo de 2011, Exp. 15.838, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, caso de la Toma de la Base Militar Las Delicias; sentencia del 19 de mayo de 2012, Exp. 20.334, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, caso de la masacre ocurrida en el corregimiento “El Siete”, del municipio de Carmen de Atrato (Chocó); sentencia del 13 de noviembre de 2013, Exp. 34.205, M.P. Hernán Andrade Rincón, caso de un recluso que murió en condiciones “infrahumanas”, dentro del centro penitenciario; sentencia del 23 de junio de 2011, Exp. 23.324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, caso de la muerte de un niño por “inhibición”, dentro de un hogar del ICBF; sentencia del 2 de abril de 2013, Exp. 27.067, M.P. Hernán Andrade Rincón, caso de la ejecución extrajudicial de una persona por parte de miembros del Ejército Nacional adscritos a la Unidad de Inteligencia, entre otras sentencias.

³⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

ENVÍASE una copia de esta sentencia al señor Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y al Director del Archivo General de la Nación, con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia y la reparación integral de las víctimas.

QUINTO: A título de medida de satisfacción el señor Ministro de la Defensa deberá realizar una declaración oficial a través de un periódico de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación local en el departamento de Antioquia en donde se deberá informar que la muerte de Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle, y la desaparición forzada de José Elías Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez, en hechos ocurridos el 27 y 28 de marzo de 1997 en la vereda Las Nieves del Corregimiento de San José de Apartadó, municipio de Apartadó, Antioquia, no ocurrió como consecuencia de un combate entre soldados del Ejército Nacional y las FARC, sino que fue consecuencia de una ejecución extrajudicial y desaparición forzada perpetrada por los efectivos militares desplegados con ocasión de la orden fragmentaria “Neptuno” del 23 de marzo de 1997.

DIVULGAR este fallo por medios magnéticos a todos los batallones y brigadas del Ejército Nacional, así como en su página web”.

De conformidad con todo lo anterior, viene a ser claro que ante la imposibilidad de garantizar la *restitutio in integrum* del daño, el juez de lo contencioso administrativo, en aquellos casos de afectación grave a derechos humanos, atendiendo las particularidades de cada caso en concreto, puede decretar las medidas pecuniarias y no pecuniarias que sean necesarias para garantizar el pleno restablecimiento de los derechos humanos de las víctimas y, además, para evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos.

CAPÍTULO IV.

APLICACIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AGRAVADA EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL INTERNO.

4.1. Compatibilidad de los regímenes de responsabilidad internacional, regional e interno.

Una vez establecidas las principales características de cada uno de los aludidos regímenes de responsabilidad, resulta pertinente abordar el estudio sobre su compatibilidad y concurrencia, para luego concluir sobre la aplicabilidad de la responsabilidad agravada en el régimen de responsabilidad interno; para tal efecto, se abordará dicho análisis a partir del siguiente cuadro comparativo:

Principales similitudes y diferencias entre los regímenes de responsabilidad Internacional, Interamericano e Interno			
Regímenes / Características	Derecho Internacional General	Sistema Interamericano de Derechos Humanos	Régimen de responsabilidad Estatal Colombiano
Fundamento jurídico	Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos CDI, ONU 2001.	Principalmente la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Arts. 1.1. y 2) y, en términos similares, también se encuentran consagradas dichas obligaciones en los demás instrumentos del SIDH ³⁸⁸ .	Constitución Política de Colombia (Art. 90).

³⁸⁸ Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1), Protocolo Adicional a la Convención Americana Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (art. 1), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 1), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. 1), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 7), y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. 3), entre otros.

Objeto y finalidad del régimen de responsabilidad	Declaratoria de responsabilidad al Estado por el incumplimiento de una “obligación primaria”. No obstante también existe la “ <i>responsabilidad internacional por actos no prohibidos por el derecho internacional</i> ” ³⁸⁹ , derivado del ejercicio de actividades peligrosas.	Declaratoria de responsabilidad por el incumplimiento por parte del Estado miembro del SIDH de las obligaciones contenidas tanto en los artículos 1.1. y 2 de la CADH, como de las obligaciones establecidas en los demás instrumentos del SIDH.	Declaratoria de responsabilidad por un daño antijurídico, que bien puede ser por falla del servicio (régimen subjetivo), derivado del incumplimiento de un deber jurídico a cargo del Estado o, por el ejercicio de actividades lícitas que pueden causar daños (régimen objetivo), daño especial y riesgo excepcional.
Elementos constitutivos de la responsabilidad	1. Incumplimiento de una obligación internacional a su cargo y, 2. Conducta por acción u omisión imputable al Estado (art. 1 del Proyecto de Artículos CDI). El daño no es un elemento esencial.	1. Incumplimiento de una obligación internacional (artículo 1.1. y 2 de la CADH) sobre deberes de respecto, garantía y adopción de medidas de derecho interno y, 2. Conducta por acción u omisión imputable al Estado³⁹⁰. El daño no es un elemento esencial.	1. Daño antijurídico y, 2. Imputación al Estado por acción u omisión de las autoridades públicas, la cual tiene dos fases, <i>i</i>) imputación fáctica y <i>ii</i>) imputación jurídica (art. 90 C.P.). El daño antijurídico es indispensable para el análisis de responsabilidad.
Sujeto Activo de la conducta	Autoridades del Estado en general, independiente de la posición de los órganos o ramas del poder. Así como los particulares investidos de funciones públicas.	Autoridades del Estado en general, independiente de la posición de los órganos o ramas del poder. Así como los particulares investidos de funciones públicas.	Autoridades públicas en general, independiente de la posición de las entidades, de las ramas del poder o del funcionario agresor.

³⁸⁹ “Informe de la CDI sobre su quincuagésimo período de sesiones. Asamblea General, (A/61/10) . En Manuel Díez De Velasco, *Instituciones De Derecho Internacional Público*, p. 889.

³⁹⁰ Toda vez que, como se indicó, “los regímenes especiales de responsabilidad especial comparten un mismo fundamento único previsto en el proyecto de artículos de la CDI”. En Ana Gemma López Martín, *Derecho Internacional Público, Temas adaptados a los estudios de grado*, p. 210.

Responsabilidad por hechos de particulares	Responde el Estado por la falta de control efectivo o por la no prevención (siendo previsibles) sobre los actos de terceros (particulares).	Responde el Estado por la falta de control efectivo o por la no prevención (siendo previsibles) sobre los actos de terceros, es decir por la falta al deber de garantía.	Responde el Estado por el incumplimiento de un deber a su cargo (falla del servicio - imputación objetiva), en definitiva también es la falta de prevención y control efectivo sobre los actos de particulares.
Sujetos Pasivos de la conducta	Estados afectados únicamente.	Personas naturales, colectividades de personas naturales, Estados miembros del Sistema IDH.	Personas naturales, personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, colectividades de personas.
Tipo de responsabilidad	Se denomina “Objetiva”, en atención a que no importa si el Estado actuó con dolo o culpa por parte de sus agentes.	Igualmente es “Objetiva”, pues no importa si el Estado actuó con dolo o culpa por parte de sus agentes.	Se denomina “responsabilidad anónima” pues tampoco importa si el Estado actuó con dolo o culpa por parte de sus agentes, es decir sólo cambia la denominación.
Necesidad de declaratoria judicial de la responsabilidad del Estado para obtener la reparación del daño.	No es necesaria, pues emana de forma directa o concomitante con la producción del hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado.	No es necesaria, pues emana de forma directa o concomitante con el incumplimiento de los deberes del art. 1.1. CADH; no obstante, cuando se presente un litigio, se necesita dicha declaratoria judicial para que opere la reparación art. 63 CADH.	Es necesaria, y se logra a través de la acción de reparación directa prevista en el art. 140 de la Ley 1437 de 2012 -CPACA-. No se incluyen los eventos previstos en la Ley 288 de 1996 ³⁹¹ , pues ésta norma sólo regula el cumplimiento de una declaratoria de responsabilidad hecha por un organismo internacional de DH. Tampoco se incluyen los eventos de la Ley 1448 de 2011 ³⁹² , pues

³⁹¹ “Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos”.

³⁹² “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

			no busca la declaratoria de responsabilidad estatal, sino la otorgación de auxilios a las víctimas del conflicto armado en Colombia ³⁹³ .
Circunstancias eximentes de responsabilidad	i) el consentimiento; ii) la legítima defensa; iii) las contramedidas respecto de un hecho internacionalmente ilícito; iv) la fuerza mayor; v) el peligro extremo y; vi) el estado de necesidad (arts. 20 a 27 Proyecto de artículos de la CDI).	Al no estar previstas expresamente en la CADH, debe remitirse a las normas generales sobre responsabilidad internacional general, en cuyo caso serían las mismas causales eximentes de responsabilidad consagradas en tal normatividad internacional.	Jurisprudencialmente el Consejo de Estado ha establecido como causales que excluyen la imputación y por ende la responsabilidad: i) el hecho de la víctima; ii) el hecho de un tercero o la culpa personal del agente; iii) el caso fortuito y; iv) la fuerza mayor. Tales causales resultan en esencia similares a las contempladas en el derecho internacional.
Consecuencias de la responsabilidad de los Estados	Están previstas en los artículos 30 a 31 del Proyecto de Artículos CDI y son: i) la cesación del comportamiento causante de la ilicitud; ii) ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición; iii) la obligación de reparar cualquier daño.	Se encuentran consagradas en el artículo 63 de la CADH y son: i) la cesación del comportamiento vulnerante de DH y; ii) la reparación del daño al derecho humano conculcado a la víctima.	A partir de la sentencia del 19 de octubre de 2007, se aceptó la absoluta compatibilidad entre las reparaciones adoptadas por la Corte IDH y las normas establecidas en el derecho interno (Arts. 93 de la Carta Política y 16 de la Ley 446 de 1998 -reparación integral-), dado que antes de esa providencia sólo se aceptaba el pago de una indemnización por concepto de perjuicios materiales, morales y perjuicio fisiológico (hoy daño la salud).
	Las modalidades de reparación están contempladas en los artículos 34 a 36 del aludido proyecto de	En la jurisprudencia de la Corte IDH se ha establecido que las medidas de reparación incluyen: i) restitución, ii)	La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que las medidas de reparación integral, al igual que sucede en el

³⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-781 de 2012 del 10 de octubre de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

Modalidades de reparación del daño.	Artículos de la CDI, como: i) restitución, ii) indemnización y, iii) satisfacción. No se contempla condena por daños punitivos.	compensación o indemnización, iii) rehabilitación, iv) satisfacción, v) garantías de no repetición y, vi) proyecto de vida. No se contempla condena por daños punitivos.	Sistema IDH, pueden ser de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria, dentro de las cuales se encuentran: i) restitución, ii) indemnización (comprende perjuicios morales, materiales, daño a la salud y afectación a bienes constitucionales), iii) rehabilitación, iv) satisfacción, v) garantías de no repetición y, en algunos casos vi) indemnización por proyecto de vida. No se contempla condena por daños punitivos.
Responsabilidad internacional por violaciones graves a normas imperativas de derecho internacional general	El art. 40 del Proyecto de artículos de la CDI (2001), la define como el incumplimiento flagrante o sistemático de una norma imperativa de derecho internacional o de <i>ius cogens</i>, tales como las prohibiciones de agresión, tortura, desaparición forzada, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, entre otros.	A partir de la sentencia proferida en el caso Mirna Mark Chang (2003) y con base en el Proyecto de Artículos de la CDI - 2001-, la Corte IDH declaró la responsabilidad agravada de los Estados en casos relativos a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, específicamente normas con carácter de <i>ius cogens</i>.	Hasta la actualidad la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha realizado ninguna declaratoria de responsabilidad del Estado colombiano con base en el aludido artículo 40 del Proyecto de Artículos de la CDI, cuestión que es, básicamente, el objeto del presente trabajo de investigación, esto es, aceptar la declaratoria de responsabilidad agravada el régimen de responsabilidad interno.
Consecuencias de la declaratoria de responsabilidad agravada de los Estados	Además de los efectos generales por la comisión del hecho ilícito internacional, el Proyecto de Artículos de la CDI establece unas consecuencias para los Estados miembros de la comunidad internacional: i) Cooperar para ponerle fin por medios lícitos a dicha vulneración grave y; ii) no reconocer, ni	Hasta la actualidad la Corte IDH no ha señalado cuales son las consecuencias de dicha declaratoria de responsabilidad agravada, además de las consecuencias generales aplicadas en los demás casos salvo, claro está, la declaratoria de responsabilidad agravada <i>per se</i>; no obstante lo	Comoquiera que hasta el momento el Consejo de Estado no ha aplicado la responsabilidad agravada, no se puede definir cuáles son tales consecuencias de dicha declaratoria; no obstante, con fundamento en el art. 40 del Proyecto de Artículos de la CDI y con lo manifestado por la Corte IDH, éstas podrían ser: (como se verá) i) la legitimación para

	prestar ayuda o asistencia para mantener la situación. Dentro de estas obligaciones la doctrina especializada ha establecido que se encuentra la obligación de perseguir, enjuiciar y sancionar a los individuos y órganos responsables. No se admite la condena por daños punitivos.	cual, en la mayoría de los casos en los cuales se ha aplicado dicha declaratoria, la Corte IDH ha ordenado la inaplicación de las denominadas leyes de “perdón y olvido” y ha ordenado la investigación y sanción de los responsables de tales conductas. No se admite la condena por daños punitivos.	adelantar la correspondiente acción podría ser la misma víctima o cualquier otra persona; ii) debe declararse en la sentencia la “<i>responsabilidad agravada por violaciones graves a derechos humanos</i>”, iii) debe establecerse un programa o fondo de reparaciones, iv) deben adoptarse medidas de no repetición eficaces, lo cual implica la investigación y sanción de los directos responsables y, v) no debe existir caducidad para aquellos casos específicos, entre otras. Tampoco se admitiría la condena por daños punitivos.
--	--	--	---

Fuente: Elaboración propia.

De conformidad con lo que se dejó esbozado en la anterior tabla comparativa, forzoso resulta concluir respecto de los tres regímenes de responsabilidad (Internacional, Regional e Interno), que si bien muestran unas diferencias en cuanto al daño como elemento de la responsabilidad, a la necesidad de la declaratoria judicial de responsabilidad (régimen interno) y a la legitimación en la causa por pasiva, lo cierto es que muestran marcadas semejanzas en cuanto a sus características principales; en efecto, por una parte, los tres regímenes parten del incumplimiento de una obligación jurídica a su cargo a efectos de que opere la declaratoria de responsabilidad (principalmente por violaciones a derechos humanos); de otra parte, establecen la irrelevancia en torno a la conducta de sus agentes, es decir actuaron con dolo o culpa en la comisión del hecho censurado, pues la responsabilidad que se atribuye al Estado es “anónima” (régimen interno) u “objetiva” (regímenes internacional y regional); asimismo, tales regímenes contemplan, en su esencia, las mismas características respecto de las causales eximentes de responsabilidad; finalmente, y a pesar de unas leves diferencias, los tres regímenes contemplan como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad la reparación integral del daño causado, en caso de no ser posible la plena restitución.

Ahora bien, en cuanto a la finalidad del SIDH, éste busca determinar principalmente, si en los casos sometidos a su conocimiento existió o no responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos consagrados en tanto en la Convención

Americana como en los demás instrumentos del SIDH y que, como consecuencia de ello, se ordene una reparación integral y adecuada en el marco de la Convención, que contenga las medidas tendientes a garantizar la rehabilitación, la satisfacción, y las garantías de no repetición³⁹⁴. Por su parte, en el ordenamiento jurídico colombiano, una de las finalidades principales de la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de reparación directa (hoy llamado medio de control de reparación directa) es, precisamente, la de indemnizar y/o reparar íntegramente los perjuicios producidos como consecuencia de un daño antijurídico imputable al Estado, que sin duda puede comprometer un derecho consagrado en la Convención³⁹⁵.

En lo que atañe a la reparación de las violaciones graves de derechos humanos, cabe señalar que la jurisdicción contenciosa administrativa interna ha incluido los estándares trazados por la Corte IDH y ha aceptado que tanto el juicio de reproche como la reparación deben ir más allá de la declaración de una falla del servicio y el pago de la sola indemnización, todo ello con el fin de garantizar una reparación integral que incluya medidas eficaces para que las referidas violaciones no vuelvan a ocurrir, razón por la cual, en la actualidad, el régimen interno coincide con el SIDH en afirmar que en asuntos de violaciones graves a los derechos humanos, no puede permitirse que las consecuencias jurídicas de una vulneración grave de derechos humanos se limiten al pago de una indemnización a favor de la víctima de la violación, sino que debe repararse integralmente el daño irrogado a las víctimas.

4.1.1. Modalidades de concurrencia y compatibilidad entre los regímenes regional e interno.

Una vez realizada la comparación entre los referidos regímenes de responsabilidad y establecidas las principales diferencias y similitudes entre éstos, puede inferirse que si bien existen algunas diferencias, lo cierto es que en tratándose de violaciones a derechos humanos, se encuentran marcadas semejanzas, lo cual ha permitido realizar equiparaciones entre las reparaciones que se reconocen en el régimen interno e interamericano, llegando, incluso, en virtud del denominado “*control de convencionalidad*”, a que los jueces pertenecientes a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo declaren la responsabilidad del Estado colombiano por la violación directa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también, a que se pueda declarar, en virtud de la similitud de tales regímenes de responsabilidad, la llamada “*cosa juzgada internacional*”, en casos en los cuales organismos internacionales en materia de derechos humanos han declarado la responsabilidad internacional del Estado por tales violaciones.

³⁹⁴ CrIDH. *Caso de la Masacre de Ituangó v. Colombia*, párr. 238, *Caso Baldeón García v. Perú*, párr. 174; *Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa v. Paraguay*, párr. 195; y *Caso Acevedo Jaramillo v. Colombia* y otros, párr. 294.

³⁹⁵ Consejo de Estado, sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29.273, MP. Enrique Gil Botero.

4.1.1.1. Cosa juzgada internacional por la declaratoria de responsabilidad del Estado colombiano por parte de organismos internacionales en casos de violaciones a derechos humanos.

Por una parte, con la expedición de la Ley 288 de 1996³⁹⁶ se pretende hacer efectiva la decisión de un organismo internacional de DH en la que se hubiere declarado responsable al Estado colombiano por la violación de derechos humanos, y se le hubiera impuesto la obligación de indemnizar y/o reparar los perjuicios causados. Es decir mediante la referida normatividad se busca darle validez, obligatoriedad y fuerza ejecutoria en el derecho interno a una decisión de un organismo supranacional³⁹⁷, sin que se pueda en virtud de ese trámite, cuestionar la validez de dicha decisión. Al respecto cabe mencionar que el auto que apruebe la conciliación respecto de la tasación de los perjuicios a favor de las víctimas reconocidas³⁹⁸, pone fin a todo proceso que se pretenda iniciar contra el Estado con ocasión de los mismos hechos y entre las mismas personas que se incluyan en la referida providencia, es decir tiene efectos de cosa juzgada³⁹⁹.

Por otra parte, la Corte IDH en varias de sus sentencias contra el Estado colombiano ha manifestado que el monto económico de las indemnizaciones otorgadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo pueden ser descontadas de la indemnización reconocida en el SIDH, comoquiera que existe una complementariedad entre la instancia internacional en materia de derechos humanos y la jurisdicción contenciosa administrativa, en el entendido que una indemnización monetaria otorgada a una víctima en el ámbito interno puede ser tomada en cuenta por la instancia internacional y con ello evitar el doble pago de una indemnización⁴⁰⁰. Al respecto la CrIDH ha señalado:

³⁹⁶ “Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos”.

³⁹⁷ Al respecto el artículo 2 de la mencionada ley establece que para que proceda el reconocimiento de una indemnización debe existir “una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios”.

³⁹⁸ “ARTÍCULO 3o. Si el Comité emite concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional, el Gobierno Nacional solicitará la audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público adscrito al Tribunal Contencioso Administrativo que sería competente, de acuerdo con el derecho interno, para dirimir la controversia objeto de la conciliación, en un término que no exceda los treinta (30) días. (...). La conciliación versará sobre el monto de la indemnización. Para la tasación de los perjuicios se aplicarán los criterios de la jurisprudencia nacional vigente.

³⁹⁹ Carlos Betancur Jaramillo “Derecho Procesal Administrativo” (Bogotá D.C., Señal Editora, 8a Ed. 2013), p. 84.

⁴⁰⁰ Ello en virtud de la aplicación del principio general del Derecho consistente en la prohibición del enriquecimiento sin justa causa. CrIDH, *Caso de las Masacres Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 189.

“La Corte observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, ‘a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso’⁴⁰¹.

En el presente caso, la Corte valora los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial. Estos aspectos serán tomados en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes por las violaciones a la Convención declaradas en la presente sentencia”⁴⁰².

En aplicación del anterior criterio de complementariedad, la Corte IDH en el caso Santo Domingo contra el Estado colombiano denegó la solicitud de indemnización de perjuicios a las víctimas que acudieron ante el SIDH, toda vez que ya habían sido reparadas en la jurisdicción contencioso administrativa interna, Al respecto la Corte concluyó lo siguiente:

“En atención a que los tribunales contenciosos han fijado reparaciones en este caso, con base en lo que las víctimas solicitaron e incluso conciliaron, de conformidad con el principio de complementariedad la Corte estima que no corresponde ordenar reparaciones pecuniarias adicionales, sea por daño material o inmaterial, a favor de

⁴⁰¹ CrIDH, sentencia de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 214. En igual sentido, Caso de la Masacre de La Rochela, p. 219 a 222; Caso de las Masacres de Ituango, p. 339, y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 206.

⁴⁰² Sobre el particular la CrIDH, en las sentencias proferidas en los casos de “Masacre de Ituango”, “Masacre de Pueblo Bello”, y “Masacre de la Rochela”, manifestó lo siguiente: “Respecto de los acuerdos conciliatorios presentados como prueba ante este Tribunal que ya hayan sido resueltos en los procesos contencioso administrativos, la Corte recuerda el principio que establece que las indemnizaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores. Según fue señalado, dichos acuerdos establecen indemnizaciones por concepto de daños materiales y morales, que incluyen algunos de los aspectos que abarcan las reparaciones por dichos conceptos otorgados por la Corte. Por lo anterior, el Tribunal tomará en cuenta los casos de las personas que han sido beneficiadas a través de dichos acuerdos en esos procesos contencioso administrativos, tanto en relación con el daño material, como con el daño inmaterial cuando corresponda. (...). Lo anterior, sin perjuicio de que el Estado pueda descontar las cantidades otorgadas a nivel interno al momento de la liquidación de las reparaciones ordenadas por la Corte. En caso de que las reparaciones otorgadas en los procesos contencioso administrativos sean mayores que las ordenadas por este Tribunal en esta Sentencia, el Estado no podrá descontar dicha diferencia a la víctima.

“Respecto de procesos de reparación directa incoados por las víctimas del presente caso o sus familiares que se encontraran pendientes ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, la Corte fija en esta Sentencia las reparaciones pertinentes, independientemente de su estado actual. Al momento en que, en su caso, el Estado haga efectivo el pago de las mismas, deberá comunicarlo a los tribunales que estén conociendo dichos procesos para que resuelvan lo conducente”.

los familiares de las víctimas fallecidas, ni de las personas heridas en los hechos, que ya han sido indemnizados en el fuero interno”⁴⁰³.

A su turno, en el régimen interno, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con los efectos que producen las sentencias de la Corte Interamericana en el orden jurídico interno, ha reconocido que la jurisdicción y competencia de la Corte IDH al definir el respectivo caso sometido a su consideración mediante sentencia, agota cualquier posibilidad de someter el asunto a nivel interno, en la medida que la decisión internacional al establecer la reparación integral del daño ha definido la controversia con efectos de cosa juzgada y, por ende, cualquier manifestación adicional o contraria por parte de un órgano judicial a nivel interno devendría en ilegal, por cuanto desconocería los efectos de dicha decisión⁴⁰⁴.

De esta forma, la Corte IDH, al definir el respectivo caso sometido a su consideración, mediante sentencia definitiva, agota cualquier posibilidad de someter el asunto a nivel interno, en la medida que la decisión internacional de declarar la responsabilidad del Estado en un caso con identidad de causa, objeto y partes y, adicionalmente, establecer la reparación integral del daño, está definiendo la controversia con efectos de cosa juzgada internacional.

En conclusión, ante la existencia de decisiones ejecutoriadas a nivel interno, el SIDH no pierde competencia para verificar si existió una vulneración o desconocimiento a los derechos amparados por la CADH; sin embargo, una vez la Corte IDH emita una sentencia de fondo respecto de algún caso sometido a su conocimiento, la jurisdicción contencioso administrativa debe acatar el fallo internacional en atención al principio de *cosa juzgada internacional*⁴⁰⁵.

Los anteriores planteamientos fueron expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia de 27 de octubre de 2007, mediante la cual se declaró la “*cosa juzgada internacional*”, pues los hechos por los cuales se demandó en acción de reparación directa, habían sido sometidos con anterioridad al conocimiento de la Corte IDH, la cual condenó al Estado colombiano en el denominado caso “*Las masacres de Ituango*”⁴⁰⁶. En dicha sentencia se aceptó la absoluta compatibilidad y concurrencia entre el régimen de responsabilidad del SIDH y el interno, así como respecto de las medidas de reparación integral adoptadas por el

⁴⁰³ CrIDH. *Caso Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia del 30 de noviembre de 2012. párr. 336.

⁴⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 16 de mayo de 2007, Exp. 29273, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁰⁵ En este punto es importante señalar que gozan de iguales efectos los acuerdos de solución amistosa realizados por los Estados partes y las víctimas a los que hace alusión el inciso 1.f del artículo 48 de la CADH.

⁴⁰⁶ CrIDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia*, sentencia del 1 de julio de 2006, párr. 234.

Tribunal internacional. En efecto, en dicha providencia el Consejo de Estado razonó sobre el particular de la siguiente manera:

“Por consiguiente se puede afirmar, sin ambage alguno, que si existe una condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un Estado por la violación de uno o varios derechos humanos, y dentro del proceso se adoptó una decisión vinculante en relación con la indemnización de los perjuicios a favor de las víctimas y sus familiares, a nivel interno la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo -en sede de un proceso ordinario de reparación directa- deberá declarar, de oficio o a petición de parte, la cosa juzgada internacional, comoquiera que no le es viable al órgano jurisdiccional de carácter nacional desconocer la decisión proferida en el marco internacional, más aún cuando la Corte Interamericana define de manera genérica toda la responsabilidad del Estado, y no sólo se circunscribe al aspecto puntual del perjuicio. (...).

“En esa perspectiva, toda vez que en el asunto sub examine existe identidad de partes, objeto y causa en relación con la providencia proferida el 1º de julio de 2006, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la Sala no habrá lugar a abordar el análisis de responsabilidad del Estado, esto es, la comprobación del daño antijurídico y su imputación a la administración pública, en tanto ésta quedó decidida en el orden internacional con efectos de cosa juzgada, circunstancia por la cual los demandantes en el presente proceso deberán estarse a lo resuelto en la citada providencia, salvo el señor Joaquín Zuleta Zabala, quien no se encuentra en la situación precitada.

Como corolario, de lo anterior, para la Sala sin anfibología alguna, se encuentra probada la excepción de cosa juzgada formal y material, escenario que imposibilita el análisis del fundamento fáctico y jurídico en que se estructuran las pretensiones de la demanda, evento que motiva a declarar oficiosamente la mencionada excepción”.

A partir de la referida sentencia, en varios casos relacionados con graves violaciones a derechos humanos, el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo colombiano, ha aplicado la jurisprudencia de la Corte IDH a nivel interno, principalmente para seguir los criterios del principio de reparación integral, así como también para juzgar a la luz de CADH el comportamiento del Estado frente a la producción de reprochables y execrables conductas configuradoras de daños antijurídicos dentro del Estado⁴⁰⁷.

4.1.1.2. Control de convencionalidad como aplicación directa por parte del juez administrativo de la CADH.

De conformidad con el artículo 93⁴⁰⁸ de la Constitución las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificadas por Colombia prevalecen en el orden interno y,

⁴⁰⁷ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p. 39.

⁴⁰⁸ “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

por ende, están llamadas a ser aplicadas en forma directa, las cuales tienen como función desde el punto de vista constitucional de integrar, ampliar, interpretar, orientar y limitar el orden jurídico⁴⁰⁹.

No obstante, más allá de esta constatación que ha sido ampliamente explicada tanto por el precedente constitucional⁴¹⁰ como por la doctrina⁴¹¹, las normas internacionales relativas a derechos humanos tienen por función, no solo fungir como parámetros de condicionamiento de la constitucionalidad de los ordenamientos internos y de modificación de las modalidades de ejercicio del control de constitucionalidad, sino también, desde un punto de vista del instituto de daños, fundamentar a partir de normas de referencia supranacional el juicio de responsabilidad estatal en casos de falla en el servicio⁴¹².

Así pues, de lo anterior se puede concluir que el juez administrativo como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno, tiene la facultad para revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas. En ese orden, si bien el control de convencionalidad, visto como una técnica de orden estatal, le sirve al juez para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación de hacer, que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado; en efecto, el Consejo de Estado en casos en los cuales se han presentado violaciones graves de derechos humanos, ha manifestado que en

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

⁴⁰⁹ “Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad [...], servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”. Corte Constitucional, sentencia C-067 del 4 de febrero del 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴¹⁰ Ver sentencias de la Corte Constitucional: C-774 del 25 de julio del 2001, C-228 del 3 de abril del 2002, C-442 del 25 de mayo del 2011.

⁴¹¹ Cfr. Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, consultado en:

<http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Ayala-RodrigoUprimny-BloquedeConstitucionalidad.pdf>, página web visitada el 21 de julio del 2014.

⁴¹² En lo concerniente a la posición de garante y control de convencionalidad se puede consultar la sentencia del 28 de agosto de 2014 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Exp. 32.988 y sentencia del 21 de noviembre de 2013, Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero. A nivel de la doctrina: Allan R. Brewé-Carías, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, p. 176. Juan Carlos Henao Pérez, *El Daño*, p. 139: “los controles dentro del moderno Estado de Derecho no pueden limitarse a los tradicionales juicios de legalidad o de formal comparación normativa. El carácter sustancial de esta base edificadora del Estado conduce a que los controles que puedan surgir en la complejas intimidades de su estructura normativa no se agoten en simple esfuerzos sin sentido, superficiales, formales, alejados de los principios y de los valores en que se fundan las instituciones”.

tales casos “*resulta imperativo incluir, en este análisis, un concepto de derecho internacional de obligatoria aplicabilidad, como es el principio de Control de Convencionalidad, propugnado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”⁴¹³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizó por vez primera esta noción en la sentencia proferida dentro del caso “*Almonacid Arellano vs Chile*”. En dicha sentencia, además de la reparación de las víctimas indirectas –familiares del señor Almonacid–, se ordenó la readecuación de normas internas a las disposiciones de la CADH, de tal manera que se armonizaran con este ordenamiento, pues resultaban incompatibles con las nociones de justicia y verdad que se desprenden del artículo 1.1. de la CADH, comoquiera que se impedía la investigación de los delitos cometidos durante el período de la dictadura militar, dada la amnistía reconocida a los miembros del Estado que fueron partícipes de tales hechos. Las órdenes impartidas por la Corte estuvieron cimentadas en el aludido control de convencionalidad, cuyo contenido y alcance fue descrito en los siguientes términos:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (...).

“En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.

Posteriormente, la Corte IDH profirió la sentencia en el nominado “*caso trabajadores cesados del congreso*”⁴¹⁴, que trató de la reestructuración del Congreso de Perú en 1990, en la que se impedía demandar la resoluciones que los desvinculaban del servicio. En esa oportunidad, la Corte consideró que, al igual que en el caso anterior, algunas normas del derecho peruano estaban en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1.1. de la CADH, toda vez que reducían el efecto útil de esta última, al impedirles instrumentos jurídicos

⁴¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴¹⁴ CrIDH, “*Caso trabajadores cesados del congreso vs Perú*”, sentencia del 24 de noviembre de 2006. párr. 147.

viales y procesos judiciales a los afectados con la plural cesación laboral en el Congreso. Respecto del control de convencionalidad frente a la normativa peruana, dijo la Corte:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

En conclusión, la Corte observa que este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo”.

En un principio, el aludido control de convencionalidad se originó en pronunciamientos que plantearon un conflicto normativo entre los ordenamientos jurídicos interno e internacional; no obstante, con el transcurrir de su uso, fue extendiendo su marco de acción a asuntos que no suponían tal conflicto jurídico, pues también tenía lugar, ante un mero desconocimiento de una norma convencional, a través de prácticas u omisiones estatales, es decir, para la Corte IDH este control no solo comprende una inspección objetiva de determinada norma, sino que se extiende a condenar conductas -activas u omisivas-, que entrañen la violación de los derechos previstos en la CADH. Esa comprensión del control convencional se plasmó en la sentencia proferida en el “*caso Heliodoro Portugal vs Panamá*”⁴¹⁵, en la cual se declaró la responsabilidad internacional del Estado Panameño frente a un asunto atinente con la desaparición forzada de un disidente político del Estado. En relación con el referido control de convencionalidad, el Tribunal Interamericano discurrió así:

“En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para

⁴¹⁵ CrIDH, sentencia del 12 de Agosto de 2008.

asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”⁴¹⁶. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos⁴¹⁷, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)⁴¹⁸.

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁴¹⁹. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”⁴²⁰.

En esa misma lógica y pensamiento, la CrIDH en sentencia del 30 de noviembre de 2012 proferida dentro del caso “*Santo Domingo v. Colombia*”⁴²¹, en relación con el control de convencionalidad manifestó⁴²²:

“La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas

⁴¹⁶ Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 68; Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 55, y Caso La Cantuta, párr. 170.

⁴¹⁷ Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros), párr. 87; Caso La Cantuta, párr. 171, y Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 56.

⁴¹⁸ Cfr. Caso Ivcher Bronstein, párr. 37; Caso La Cantuta, párr. 171, y Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 56.

⁴¹⁹ Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros, párr. 207; Caso Almonacid Arellano y otros, párr. 118, y Caso Salvador Chiriboga, párr. 122.

⁴²⁰ Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros, párr. 124, y Caso Boyce y otros, párr. 113.

⁴²¹ El caso se refiere a un bombardeo perpetrado el 13 de diciembre de 1998 por la Fuerza Aérea Colombiana en la vereda de Santo Domingo, municipio de Tame, Arauca, que causó 17 civiles muertos.

⁴²² CrIDH. Caso Santo Domingo vs. Colombia, sentencia del 30 de noviembre de 2012. párr.142.

nacionales de garantías de los derechos humanos”⁴²³. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”⁴²⁴.

De conformidad con lo hasta aquí dicho, se impone concluir que el control de convencionalidad ha sido descrito por la Corte IDH, como aquel juicio de valor realizado por un determinado operador judicial respecto de un caso concreto sometido a su conocimiento, tendiente a dar aplicación tanto de los instrumentos convencionales que hacen parte del SIDH, como de la jurisprudencia que sobre los mismos ha desarrollado la Corte IDH, incluso, si tales normas se encuentran en contradicción con alguna norma de derecho interno, ello en virtud de las obligaciones contraídas por los Estados en los artículos 1.1. y 2 de la CADH.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico interno, la Corte Constitucional utilizó el control de convencionalidad en la sentencia C-442 de 2011, en la cual hizo una confrontación normativa convencional⁴²⁵ y de precedente interamericano,⁴²⁶ en relación con los tipos penales de injuria y calumnia⁴²⁷, pues -en su criterio-, la existencia jurídica de estos últimos, suponía un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y la protección de la honra de los asociados. Al respecto, el Tribunal Constitucional colombiano, sostuvo:

“De manera reiterada esta Corporación ha sostenido que “en virtud del artículo 93 de la CP, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar estos tratados constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁴²⁸.

⁴²³ Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 66.

⁴²⁴ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. párr. 124; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. párr. 176, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225. Véase asimismo Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193.

⁴²⁵ Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículos 8 (Garantías judiciales), 13 (Libertad de pensamiento y de expresión), 9 (Principio de Legalidad) 1.1. Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno).

⁴²⁶ CrIDH. Caso Caso Kimel Vs Argentina, sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 169.

⁴²⁷ Arts. 220 y 221 del Código Penal (Ley 600 de 2000).

⁴²⁸ Sentencia C-10 de 2000, reiterada en las sentencias T-1391 de 2001 y C-097 de 2003. En fecha más reciente esta cita fue reiterada en la sentencia C-936 de 2010 en la cual se examinaba la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, modificadorio del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que regulaba la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados, en esta sentencia se sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contiene la interpretación auténtica de los

En la misma línea argumentativa en años recientes en diversas decisiones de esta Corporación se ha señalado que la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad.

Dentro de esta línea argumentativa esta Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad⁴²⁹.

Finalmente, en la sentencia C-370 de 2006, al examinar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, se reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos: “Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. (...)”.

Por su parte, el Consejo de Estado en casos en los cuales ha realizado el control de convencionalidad, ha considerado que el fundamento jurídico para abordar dicho análisis se encuentra contenido en el artículo 93 de la Constitución Política⁴³⁰, el cual otorga aplicabilidad directa a los instrumentos internacionales que sobre protección de derechos humanos -cuyas garantías no se pueden suspender en estados de excepción-, se han firmado y ratificado por Colombia, así como la interpretación que de aquellos instrumentos realiza la Corte IDH, dentro del cual se encuentra el “*principio*” de origen jurisprudencial denominado “*Control de Convencionalidad*”, el cual, constituye una herramienta jurídica

derechos de la Convención Americana de derechos Humanos y luego de citar los desarrollos más significativos en materia de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos se consigna textualmente: “Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 de la Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno”.

⁴²⁹ Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010.

⁴³⁰ Cuyo texto es del siguiente tenor literal: “Artículo 93. 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”.

para verificar si los países miembros del sistema interamericano han violado o no las convenciones pactadas⁴³¹.

Por consiguiente, -según el Consejo de Estado-, el control de convencionalidad no sólo se agota en la verificación de cumplimiento de normas convencionales, sino que también se extiende a la verificación de la interpretación que de ellas se ha llevado a cabo por la Corte IDH. Sobre la aplicación de dicho control de convencionalidad el Tribunal contencioso administrativo se manifestó en los siguientes términos:

“En esa lógica, el control de convencionalidad lleva aparejado un cambio en la mentalidad de los derechos humanos, ya que esa obligación abstracta de respeto por los tratados y convenciones internacionales en cabeza del Estado, se traslada a las autoridades públicas internas, en el sentido de que exista un deber normativo de obligatorio cumplimiento en velar porque el razonamiento y la hermenéutica jurídica que se relaciona con casos de derechos humanos tenga en cuenta no sólo las normas constitucionales, sino también la Convención Americana de Derechos Humanos “CADH” y demás instrumentos relacionados con la promoción y protección de DDHH”⁴³².

En esa misma sentencia del 21 de noviembre de 2013⁴³³, al aplicar dicho control de convencionalidad en un caso de desaparición forzada y ejecución extrajudicial de doce personas por parte de un grupo paramilitar, frente a las cuales el Estado incumplió sus obligaciones constitucionales y convencionales de garantía y protección, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado bajo el siguiente razonamiento:

“En ese orden, comoquiera que la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos, esta Sala ejercerá un control de convencionalidad a la conducta omisiva del Estado en el presente caso y determinará si éste quebrantó normas internacionales de derechos humanos. En ese orden, se advierte que la omisión del Estado colombiano configuró un desconocimiento de la posición de garante frente a los derechos de las víctimas de la desaparición forzada, pues se encontraba en el rol de reforzar la protección de los afectados, la cual no llevó a cabo, lo que significó la violación de los contenidos obligacionales del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; así como también de lo dispuesto en artículo 1 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, reiterando con ello un reproche a este actuar negativo y permitiendo así una imputación del daño antijurídico.

⁴³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴³³ Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

Asimismo, toda vez que este control no solo se agota en la verificación del cumplimiento de normas convencionales, sino que también se extiende a la verificación de la interpretación que de ellas se ha llevado a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, único cuerpo colegiado autorizado para ello, se tiene que la omisión en el caso sub examine, ha desconocido lo señalado en un sinnúmero de pronunciamientos que sobre este mismo tópico se han emitido, en los que se ha cuestionado al Estado por su pasividad ante violaciones de derechos humanos, y se ha conminado a reforzar la protección de los asociados de un inminente estado de violación (deber de prevenir), así como también el fortalecer las investigaciones penales y disciplinarias de rigor, (deber de investigar)”.

En posterior pronunciamiento, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de desarrollar más ampliamente el concepto de “*control de convencionalidad*” y discurrió de la siguiente forma:

“Este tipo de preceptos (art. 4º y 93) son normas de integración normativa y referente interpretativo, en la medida que asignan en cabeza de todos los jueces la obligación o el deber de garantizar la coherencia del sistema jurídico, en los siguientes términos: i) toda norma jurídica que trasgreda o vulnere la Constitución Política o los tratados sobre derechos humanos debe ser inaplicada al caso concreto, en virtud de los controles difusos de constitucionalidad y convencionalidad, ii) si existen varias interpretaciones posibles frente a una misma regla de derecho, prevalecerá aquella que sea más garantista de los derechos humanos y, por lo tanto, la que desencadene un efecto útil para su protección, iii) la jurisprudencia de los tribunales internacionales encargados de la aplicación de los convenios o tratados de derechos humanos, constituye una guía hermenéutica principal en la solución de los casos concretos, iv) los tratados y convenciones de derechos humanos ratificadas por el Estado constituyen derecho viviente que se integra al derecho interno en virtud del bloque de constitucionalidad, v) el derecho viviente de los derechos humanos se determina porque el contenido y alcance de las disposiciones convencionales se establece a partir de la dinámica jurisprudencial de los tribunales internacionales, así como por las condiciones particulares (individuales, sociales y políticas) del país o Estado en el que se aplican los preceptos”⁴³⁴.

Ahora bien, a partir de todo lo anterior forzoso resulta concluir entonces que el control de constitucionalidad que se encuentra atribuido a todos los jueces de la República, se encuentra en el artículo 4º de la Constitución Política, mientras que el control de convencionalidad halla su fundamento en el artículo 93 de la misma Carta Política. De igual forma, se puede inferir que el fundamento normativo internacional del control de convencionalidad se encuentra contenido en: *i)* el principio *pacta sunt servanda*, *ii)* el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados, y *iii)* la imposibilidad de alegar el derecho interno como excusa para su desconocimiento (arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada en Colombia por la Ley 32 de 1985).

⁴³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de noviembre de 2013, Exp. AP- 2011-227, M.P. Enrique Gil Botero.

En otros términos, el control de convencionalidad garantiza que la hermenéutica y aplicación de las leyes internas se realice de manera acorde con la Constitución Política (control de constitucionalidad difuso), y con los convenios y reglas internacionales sobre derechos humanos que hayan sido ratificadas por los Estados (control de convencionalidad)⁴³⁵.

En este punto del análisis, resulta conveniente mostrar una distinción respecto del control realizado mediante excepción de inconstitucionalidad y el control de convencionalidad, respecto de la cual se ha precisado que,

“Existen algunas diferencias prácticas, a saber: i) la excepción de constitucionalidad es origen interno, mientras que el control de convencionalidad proviene del sistema interamericano de protección de derechos humanos; ii) no es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que ha sido objeto de control abstracto de constitucionalidad⁴³⁶, mientras que esta limitante no se aplica al control de convencionalidad, toda vez que es posible que el pronunciamiento de constitucionalidad sea contrario a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado; iii) la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede conllevar a que la norma sobre la cual recae la excepción pierda su vigencia o efectividad⁴³⁷, mientras que con el control de convencionalidad es posible que la norma pueda perder su vigencia y se constituya en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también se encuentren circunscritos a la misma norma jurídica; y iv) la excepción de inconstitucionalidad no puede integrar preceptos normativos al sistema jurídico, mientras que la función constructiva del control de convencionalidad implica que el juez tenga en consideración que el derecho es viviente y, por lo tanto, la interpretación de las normas que realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta siendo obligatoria”⁴³⁸.

⁴³⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴³⁶ *“Al respecto, se ha señalado que “una vez que mediante sentencia de constitucionalidad, que hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos generales y vinculantes, el aplicador del derecho no puede abstenerse de aplicar la norma amparándose en la excepción de inconstitucionalidad, respecto de un ámbito normativo que se encuentra específicamente cobijado por esa declaratoria de exequibilidad. De este modo, el operador jurídico estaría aplicando una norma cuyo sentido contraría una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, y en consecuencia se incurre en vulneración de los principios de supremacía constitucional y cosa juzgada constitucional”.* Corte Constitucional, Sentencia T-704/12, de septiembre 4, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva y Sentencia C-600/98, de octubre 21, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁴³⁷ Así ha sido asimilado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, exp. AG-948-01, C.P.: Ruth Stella Correa y Sentencia de 26 de enero de 2006, exp. AG-213-01B, C.P.: Ruth Stella Correa”.

⁴³⁸ Carlos Mauricio López Cárdenas, Artículo denominado: *“La acción de grupo en Colombia: antecedentes, evolución jurisprudencial y perspectivas”*. En *“Evolución de la justicia administrativa en Colombia”*. (Bogotá D.C., Editorial Universidad del Rosario – texto en edición e imprenta).

Como corolario de todo lo hasta aquí analizado, puede concluirse de forma diáfana acerca de la compatibilidad y concurrencia tanto del sistema internacional, como regional -SIDH- e interno, en cuanto a los fundamentos jurídicos, análisis, declaratoria de responsabilidad y consecuencias de la misma, en tratándose de casos de violaciones graves a derechos humanos, al tiempo que resultan compatibles y concordantes las medidas de reparación integral adoptadas en uno y en el otro régimen de responsabilidad. De igual forma puede concluirse sobre la obligatoriedad en el ordenamiento jurídico interno de las disposiciones internacionales y de la jurisprudencia de la Corte IDH, las cuales pueden ser aplicadas directamente por los jueces de la República en casos sometidos a su conocimiento, en virtud del denominado control de convencionalidad.

4.2. Aplicación de la responsabilidad internacional agravada en el régimen de responsabilidad colombiano.

Al igual que ocurre en los regímenes de responsabilidad Estatal internacional y SIDH, en donde se hace una distinción entre los hechos ilícitos internacionales y las violaciones a normas imperativas de derecho internacional -*Ius cogens*-, resulta posible, a partir del análisis expuesto -respecto de la compatibilidad y concurrencia de los regímenes de responsabilidad-, aplicar en el régimen interno de responsabilidad la denominada “*responsabilidad internacional agravada*”, en aquellos casos específicos de violaciones graves a derechos humanos, comoquiera que resulta necesario establecer la aludida distinción respecto de la imputación del daño al Estado en ese tipo de casos.

Ciertamente, al igual que ocurre en el ámbito internacional, es preciso preguntarse a nivel interno, si no habrá hechos que constituyan violaciones graves a normas -*Ius Cogens*-, que puedan dar lugar a un juicio de responsabilidad particularmente severo que sirva para reparar integralmente a las víctimas y además procure evitar que tales conductas vuelvan a producirse. En efecto, en el ámbito el derecho internacional, la doctrina especializada ha señalado que “*no se puede asimilar un crimen como el genocidio con una violación ordinaria del Derecho Internacional como puede ser la referente a una obligación derivada de un convenio comercial. Esta afecta únicamente a los Estados parte, mientras que el genocidio amenaza a la sociedad internacional en su conjunto*”⁴³⁹.

Así pues, en atención a las circunstancias por las cuales atraviesa el país en materia de desconocimiento flagrante y sistemático de derechos humanos, resulta imperioso establecer una diferenciación entre las denominadas fallas y/o faltas administrativas dependiendo de las normas y/o derechos infringidos, pues a pesar que desde el punto de vista del título de

⁴³⁹ Ana Gemma López Martín, *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de grado*, p. 211.

imputación -falla del servicio-, el juicio de responsabilidad se basa en el mismo fundamento jurídico -desconocimiento de un deber legal a su cargo-, lo cierto es que las violaciones graves a derechos humanos merecen, como resulta apenas natural, un juicio de recriminación con mayor rigurosidad.

El punto de partida para iniciar el análisis de la aplicación de la “*responsabilidad internacional agravada*”, es el ya estudiado artículo 40 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (ONU, 2001), en el cual se definió dicha responsabilidad como el incumplimiento flagrante o sistemático de una norma imperativa de derecho internacional o de *ius cogens*⁴⁴⁰, dicha inclusión normativa comportó una diferenciación entre el ilícito común y las violaciones a normas imperativas de derecho internacional con consecuencias particulares. En ese sentido la CDI señaló, sin carácter exhaustivo, la prohibición de la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el apartheid, la prohibición de la tortura, las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados, como ejemplo de tales normas imperativas⁴⁴¹.

A su turno, en el SIDH la responsabilidad internacional agravada ha sido aplicada por la Corte IDH en aquellos casos relativos a graves violaciones, masivas y sistemáticas de derechos humanos -específicamente normas *Ius cogens*-, (por ejemplo prohibición de tortura, desaparición forzada, genocidio, etc.). Al referirse la CrIDH a la responsabilidad agravada ha sostenido que “[e]l Estado incurre en ‘Responsabilidad Internacional Agravada’ cuando la violación concreta al derecho de la víctima se suscita en el marco de una práctica sistemática vulneratoria de normas *jus cogens*, que constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra”⁴⁴².

Ahora bien, a pesar de que el artículo 40 del Proyecto de Artículos de la CDI no se considera costumbre internacional, pues es una norma de desarrollo progresivo, lo cierto es que el concepto de violaciones flagrantes y sistemáticas a normas *Ius cogens* como una afrenta a la humanidad en general, -como se verá-, ha sido desarrollado tanto por la jurisprudencia de Tribunales internacionales, como por la jurisprudencia de la Corte IDH dentro del SIDH y por la doctrina internacional.

⁴⁴⁰ Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 233-234; Manuel Díez de Velasco, *Instituciones De Derecho Internacional Público*, p. 882.

⁴⁴¹ En “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” (CDI, Comentarios, Capítulo III, 2001), p. 298.

⁴⁴² CrIDH, *Caso Myrna Mack Chang v Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 140; *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2005, párr. 51; *Caso Goiburú y Otros v. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 122; *Caso la Cantuta v. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 115; *Caso la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 241, entre otras sentencias.

Por consiguiente, puede inferirse que la distinción de infracciones a normas *Ius Cogens* consagrada en el artículo 40 del referido Proyecto resulta aplicable en Colombia por dos razones que implican un imperativo acatamiento por parte del Estado colombiano, esto es: **i)** se trata de una norma consuetudinaria a nivel regional -sistema interamericano- y, **ii)** se trata de jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH que puede ser aplicada por vía del control de convencionalidad.

4.2.1. Aplicación de la responsabilidad agravada en virtud de la costumbre internacional.

En cuanto a la primera de las razones para aplicar la responsabilidad agravada del Estado colombiano, resulta necesario indicar que, comoquiera que el referente normativo de la responsabilidad internacional agravada no se encuentra contenido en un tratado o convención, sino que hasta la actualidad es apenas un “*Proyecto de Artículos*”⁴⁴³, el mismo debe ser valorado y analizado tanto como costumbre internacional, como una norma de desarrollo progresivo⁴⁴⁴, habida cuenta que contiene normas y principios establecidos y desarrollados dentro de la esfera del Derecho Internacional, como por ejemplo el artículo 1 de la referida codificación, según el cual “*Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*”⁴⁴⁵.

De igual forma, en cuanto al artículo 40 de la mencionada codificación, cabe señalarse que -como se advirtió-, si bien no se considera costumbre internacional, pues es una norma de desarrollo progresivo, lo cierto es que el concepto de violaciones flagrantes y sistemáticas a normas *Ius cogens*, sí ha sido reconocido por la jurisprudencia⁴⁴⁶ y doctrina internacional como un agravio para la comunidad internacional en su conjunto y no solo para el Estado

⁴⁴³ Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

⁴⁴⁴ El art. 38.1 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia formula las fuentes del Derecho Internacional Positivo haciendo referencia a la costumbre internacional como “*Prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho*”. El profesor Díez de Velasco define la Costumbre Internacional como “*La expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada como Derecho*”. En Manuel Díez de Velasco, *Instituciones De Derecho Internacional Público*, p. 248.

⁴⁴⁵ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Capítulo I, artículo 1; Julio D. González Campos, Luis I Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 393; Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, p. 406; Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, p. 179.

⁴⁴⁶ Al respecto la CIJ, ha señalado que, “[e]l genocidio, la agresión, el apartheid y la denegación forzosa de la libre determinación, por ejemplo, que generalmente se consideran prohibidos por las normas imperativas de derecho internacional general, constituyen hechos ilícitos, que, como señaló la Corte Internacional de Justicia ‘estremecen la conciencia de la humanidad’”. (Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Opinión consultiva, Informes de la C.I.J., 1951, pág. 15).

lesionado⁴⁴⁷, además, el concepto de normas imperativas se basa en un principio general del Derecho Internacional plasmado en las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en la actualidad está ampliamente aceptado⁴⁴⁸. En esa misma línea de pensamiento, el profesor Cançado Trindade, respecto de las normas *ius cogens* ha señalado que,

*“(...) ‘el jus cogens internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el corpus juris del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El jus cogens tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo jus Gentium’”*⁴⁴⁹ (subrayado fuera de texto).

El concepto de violación a normas *ius cogens*, como principio y costumbre del derecho internacional general ha sido expuesto, incluso, con anterioridad a la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁵⁰. Así por ejemplo, en el curso de los procesos de Nuremberg uno de los fallos de mayor resonancia fue el proferido el 1º de octubre de 1946, denominado “*Trial of the Major War Criminals*”, adelantado contra los jefes militares de Alemania Nazi. En esa oportunidad se plasmaron, entre otras conclusiones, la siguiente:

“La Ley 10 del C.C. no se limita al castigo de los culpables de violar las leyes y costumbres de la guerra en sentido estricto y, además, ya no puede decirse que las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra son los únicos crímenes reconocidos por el derecho común internacional. La fuerza de las circunstancias, el hecho implacable de la interdependencia mundial, y la presión de la opinión pública han llevado al reconocimiento internacional de que ciertos crímenes contra la humanidad cometidos por las autoridades nazis en contra de los ciudadanos alemanes construyen no sólo

⁴⁴⁷ La Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction* cuando advirtió que: “*Debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones erga omnes*”. C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, reports 1970, p. 32, párr. 33. En el mismo sentido ver también: Corte Internacional de Justicia. “*Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*”, Opinión Consultiva del 13 de julio de 2004. párr. 159. Dicho desarrollo se ve igualmente reflejado en las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU sobre Sudáfrica [301 (1971), 418 (1978), 569 (1985)], sobre Rhodesia 216 (1995) y sobre Kwait 661 de 1990.

⁴⁴⁸ James Crawford, artículo denominado “*Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*”, publicado en “United Nations Audiovisual Library of International Law”. En http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf.

⁴⁴⁹ Antônio Augusto, Cançado Trindade, “*La ampliación del contenido del ius cogens*”, en [<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>; consultado el 19 de julio de 2014].

⁴⁵⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

violaciones de estatutos sino también del derecho común internacional”⁴⁵¹ (Subrayado fuera del texto).

De igual forma, en cuanto a los bienes jurídicos que comprometen las violaciones graves a derechos humanos y la razón para que sean criminalizados a nivel internacional, la sentencia de 29 de noviembre de 1996 del TPIY en el caso *Fiscal vs Erdemovic* sostuvo:

*“Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, lo que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”*⁴⁵².

De igual forma, la Corte Constitucional en la sentencia C-578 de 2002⁴⁵³, con ocasión del control constitucional previo y automático de la ley aprobatoria del tratado internacional contentivo del Estatuto de Roma⁴⁵⁴, abordó de manera profunda el análisis jurídico del delito de lesa humanidad, indicando que este concepto *“cobija un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática, cuyo origen es principalmente consuetudinario, y que han sido proscritas por el derecho internacional desde hace varios siglos. Aun cuando en un principio se exigía su conexidad con crímenes de guerra o contra la paz, esta condición ha ido desapareciendo”*; después, la Corte reseñó históricamente los eventos en que se ha intentado atribuir responsabilidad penal por la comisión de este delito⁴⁵⁵, para luego afirmar que actualmente *“[r]especto de estas conductas existe consenso de que se trata de violaciones a normas de ius cogens”*⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ El texto mencionado, cuyo original se encuentra en inglés, es del siguiente tenor: “C.C. Law 10 is not limited to the punishment of persons guilty of violating the laws and customs of war in the narrow sense; further more, it can no longer be said that violations of the laws and customs of war are the only offences recognised by common international law. The force of circumstance, the grim fact of worldwide interdependence, and the moral pressure of public opinion have resulted in international recognition that certain crimes against humanity committed by nazi authority against german nationals constituted violations not alone of statute but also of common international law”. “Law reports of trial of war criminals. Selected and prepared by The United Nations War Comission”, DONNEDIEU DE VABRES, H, “Le procès de Nuremberg”, En Luis Jiménez De Asúa, “Tratado de Derecho Penal, T.II, Filosofía y Ley Penal,” (Buenos Aires, Editorial Losada, 4º ed. 1994), p.1247.

⁴⁵² Sentencia de 29 de noviembre de 1996 proferida por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia proferida en el “caso *Fiscal vs. Drazen Erdemovic*”, en Alejandro Ramelli Arteaga, “Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable a Colombia” (Bogotá D.C., Ed. Uniandes, 2011), p. 251.

⁴⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-578 del 30 de julio de 2002, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

⁴⁵⁴ Ley 742 del 5 d junio de 2002, Publicada en el Diario Oficial No. 44.826 de Junio 7 de 2002.

⁴⁵⁵ “El primer intento moderno para imputar responsabilidad penal individual tiene lugar durante la Primera Guerra Mundial. A pesar de que en 1919, durante la Conferencia de Paz, las Potencias Aliadas encontraron que hechos como la masacre de armenios por parte de los turcos y otros de similar gravedad eran

Respecto de las anteriores citas jurisprudenciales debe precisarse que si bien en las mismas no se estudió y/o se declaró la responsabilidad internacional de los Estados comprometidos, sino de los autores materiales de crímenes internacionales -personas naturales-, lo cierto es que resulta pertinente su inclusión o citación en el presente estudio, habida cuenta que dentro de sus consideraciones se consagra la distinción -como costumbre internacional-, a la que se ha hecho referencia, esto es la diferenciación entre los delitos comunes y los crímenes contra la humanidad, lo cual, *mutatis mutandi* es, precisamente, el objeto del presente trabajo, esto mostrar y destacar la distinción que se ha realizado en el derecho internacional -estatal-, de las violaciones “simples” a normas internacionales de las violaciones a normas imperativas de derecho internacional.

De acuerdo con lo expuesto, se infiere que el concepto de violaciones sistemáticas de normas *ius cogens* ha sido desarrollado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como costumbre internacional, en el entendido que dichas conductas afectan no sólo a la

“violatorios de las leyes y costumbres de guerra y de las leyes elementales de humanidad”, el Tratado de Versalles no ordenó la realización juicios de responsabilidad penal contra sus autores, por considerar que el concepto de leyes de humanidad señalaba un asunto de carácter moral respecto del cual no existía un estándar fijo que permitiera su juzgamiento por una corte. La noción moderna de crímenes contra la humanidad nace en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y está contenida en su artículo 6(c) que incluye las siguientes conductas: “asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra una población civil, antes o durante el curso de una guerra, así como persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, ejecutados en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, haya existido o no violación del derecho interno del Estado donde fueron perpetrados”. Aun cuando la mayor parte de las violaciones imputadas a criminales nazis fueron crímenes de guerra cuyo origen estaba en el derecho de la Haya, la consagración de esta nueva categoría de crímenes contra la humanidad era necesaria para poder extender la responsabilidad penal de altos oficiales nazis por actos cometidos contra la población civil. El problema que planteaba esta nueva categoría era que se acusara a los Aliados de juzgar ex post facto si se hacía una interpretación estricta del principio de legalidad. Con el fin de evitar ese cuestionamiento, se optó por establecer una conexión con los crímenes de guerra y contra la paz. La extensión de la responsabilidad penal se sustentó en el reconocimiento de que la aplicación de ciertas provisiones sobre crímenes de guerra, se aplicaban a civiles y otras personas protegidas, por lo cual su sanción se justificaba si existía una conexión con algún crimen de guerra o contra la paz de competencia del Tribunal de Nuremberg. Este desarrollo permitió el juzgamiento de 18 líderes nazis por crímenes contra la humanidad, de los cuales 16 fueron condenados y dos (Hess y Fritzche) fueron exonerados. Dos de los 16 condenados (Streicher y von Schirach) fueron condenados exclusivamente por crímenes contra la humanidad. Bajo la Ley No. 10 del Consejo de Control, los Aliados juzgaron oficiales y soldados alemanes en sus respectivas zonas de ocupación por crímenes contra la humanidad, pero sin la exigencia de conexidad de los crímenes contra la humanidad con la iniciación de la guerra o con los crímenes de guerra, que fue eliminada por la Ley 10. Debido a que muchos criminales nazis se ocultaron para evitar su juzgamiento, varios Estados mantuvieron abiertos, por años los procesos criminales iniciados a principios de los años 50. Así, por ejemplo, durante la década de los años 80 y principios de la década de los 90, Francia juzgó a Klaus Barbie y a Paul Touvier por crímenes contra la humanidad”.

⁴⁵⁶ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia Cámara de apelación Procurador c/ Duško Tadic. Sentencia del 2 de octubre de 1995. Caso No IT-94-1-AR72, en 35 ILM 32 (1996). Algunos tratadistas señalan que cuando un crimen internacional amenaza la paz y la seguridad mundiales o perturba gravemente la conciencia de la humanidad, adquiere necesariamente la jerarquía de norma de *ius cogens*. Ver por ejemplo, BASSIOUNI, Cherif. *Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Rights: International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*. (1996) 59 *Law and Contemporary Problems*, pp.69 a 71.

persona lesionada o Estado afectado, sino que implican una trasgresión a la humanidad en su conjunto; no obstante, la aplicación expresa del artículo 40 del Proyecto de Artículos aún no se ha realizado por la jurisprudencia de la CIJ; sin embargo, en el sistema regional de protección de derechos humanos dicha declaratoria de responsabilidad agravada, derivada de violaciones a normas *ius cogens*, -como se vio en el capítulo III de este trabajo-, si ha tenido aplicación expresa por parte de la Corte IDH, razón por la cual, debe entenderse que dicha declaratoria de responsabilidad agravada de los Estados constituye una costumbre regional dentro del SIDH.

En línea con esa argumentación, puede concluirse, por una parte, que el concepto de violaciones flagrantes o sistemáticas de normas *ius cogens* es una costumbre internacional, a pesar de que hasta la actualidad no se le haya dado aplicación expresa a la norma que lo contiene, esto es el artículo 40 del Proyecto de Artículos de la CDI; por otra parte, si bien es cierto que la aplicación de la responsabilidad agravada por parte de la Corte IDH derivada del Artículo 40 del Proyecto de Artículos no puede considerarse como una costumbre internacional en estricto sentido -puesto que no se aplica en el sistema universal o regionales de protección de derechos humanos-, también es cierto que sí constituye una costumbre en el ámbito regional del SIDH, por lo cual resulta de obligatorio acatamiento por parte del Estado colombiano que hace parte de dicho sistema de protección de derechos humanos.

Ahora bien, respecto de la costumbre internacional como fuente de obligaciones para el Estado colombiano, resulta necesario hacer alusión a la sentencia C-1189 del 13 de septiembre de 2000, en la cual la Corte Constitucional abordó el estudio de las normas del derecho internacional que vinculan a Colombia y concluyó que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴⁵⁷, la costumbre internacional, junto con los tratados y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas, constituye una de las fuentes principales de las obligaciones internacionales, razón por la cual goza de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento jurídico, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por

⁴⁵⁷ A cuyo tenor: “Artículo 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad. Sobre el particular, la Corte Constitucional discurrió de la siguiente manera:

“La Corte debe precisar que las obligaciones internacionales del Estado colombiano, tienen su fuente tanto en los tratados públicos que ha ratificado, como en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas⁴⁵⁸. Estas fuentes han sido reconocidas tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, que fue ratificada mediante ley 13 de 1.945, y cuyo artículo 93 dispone: “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”.

Adicionalmente, y por su importancia para el análisis de los cargos de la demanda, se deben efectuar dos precisiones sobre la naturaleza y los efectos de la costumbre internacional. La primera, es que las normas consuetudinarias que vinculan a Colombia pueden ser de dos tipos: a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad, tal y como se reconoció en las sentencias C-574/92 y C-179/94; y b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano.

*La segunda precisión, es que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, **la costumbre internacional, junto con los tratados y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas, es una de las fuentes “principales” de las obligaciones internacionales, por oposición a las fuentes “subsidiarias” o “auxiliares”** -esto es, las decisiones judiciales, y los escritos de los doctrinantes de mayor importancia. Como los tres tipos de normas principales gozan, bajo estos preceptos, de idéntica jerarquía, forzoso es afirmar que a todas ellas se les debe aplicar la doctrina expuesta en la sentencia C-400/98, según la cual las disposiciones internacionales priman sobre el derecho interno, salvo que se opongan a la Constitución Nacional. **En otras palabras, las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados,** siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad’⁴⁵⁹ (se ha resaltado).*

Así las cosas, en casos en los cuales se presenten violaciones graves a derechos humanos de forma grave y flagrante -específicamente cuando se transgredan normas *Ius cogens*-, resulta posible la declaratoria de la “*responsabilidad agravada del Estado colombiano*”, habida consideración de que la costumbre internacional ha establecido una diferenciación en

⁴⁵⁸ Es de notar que la enumeración del artículo 38 en cuestión no es exhaustiva, y que junto con las fuentes que allí se consagran, existen otras, como los actos unilaterales de los Estados y las Organizaciones Internacionales, bajo ciertas circunstancias.

⁴⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1189 del 13 de septiembre de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

cuanto a las consecuencias de dichas vulneraciones a dichas normas imperativas de derecho internacional general, las cuales afectan a toda la humanidad en su conjunto, amén de que la Corte IDH ha realizado un desarrollo jurisprudencial en ese sentido que se considera costumbre en el ámbito regional del SIDH, todo lo cual debe ser de obligatorio acatamiento por parte de los jueces colombianos.

4.2.2. Aplicación de la responsabilidad agravada en virtud del control de convencionalidad.

Ahora bien, respecto de la aplicación de la responsabilidad agravada en el régimen de responsabilidad interno mediante estas dos fuentes del derecho internacional, resulta necesario destacar que a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 se produjo un cambio cualitativo en el concepto de constitución, la cual no queda reducida al conjunto de disposiciones allí contenidas, sino que la misma comprende otros componentes de rango supranacional que participan de esa misma naturaleza. Esta nueva comprensión consiste en la incorporación en el derecho interno, mediante normas de rango constitucional, de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, que en el caso colombiano lo articula el artículo 93 de la Constitución Política, que ha permitido la integración en la carta de esos referentes normativos, mecanismo al que se ha denominado bloque de constitucionalidad⁴⁶⁰. Al respecto, la Carta Política dispone:

“Artículo 93. 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”.

La Corte Constitucional, en la interpretación de este artículo, dividió la función del mismo en dos modalidades de incursión normativa: una integradora, para aquellos derechos que no pueden ser desconocidos aún en los estados de excepción –vida, integridad personal-; y otra de interpretación, para aquellos derechos cuya limitación en estados de excepción sí es posible –libertad de locomoción-, explicando con esa división, lo enunciado en los dos incisos que lo conforman.

Respecto de la primera modalidad -integradora-, la Corte Constitucional la ha denominado bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, dado que incorpora a la Carta Política aquellos principios y normas que consagran derechos humanos y cuya suspensión se prohíbe en los

⁴⁶⁰ Alejandro Ramelli Arteaga, “*Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable a Colombia*” (Bogotá D.C., Ed. Uniandes, 2011), p. 31.

estados de excepción⁴⁶¹, en tanto la segunda, es denominada *latu sensu*, y está compuesta por todas aquellas normas que sirven de parámetro para efectuar un control de constitucionalidad y que vienen dadas tanto por los tratados internacionales del artículo 93, como por las leyes orgánicas, algunas leyes estatutarias⁴⁶² y la jurisprudencia de las instancias y Tribunales Internacionales⁴⁶³, entre otras. En sentencia C-488 del 2009 se trató este tema en profundidad, y de ella resulta pertinente transcribir los siguientes apartes⁴⁶⁴:

“De esta manera la Corte ha precisado que el artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas diferentes para la incorporación de tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad y su alcance frente al control constitucional:

“El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado.

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

En síntesis, en virtud del doble sistema de incorporación de una norma a través del bloque de constitucionalidad, el inciso primero del artículo 93 cumple una función integradora de los tratados de derechos humanos cuya limitación se prohíbe en estados de excepción, mientras que el inciso segundo del mismo artículo cumple una función interpretativa, en tanto “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”⁴⁶⁵. Esto último corresponde al principio de interpretación más favorable en materia de derechos humanos o principio pro homine, que en varias ocasiones ha servido de base para adelantar el examen de constitucionalidad de normas de derecho penal”⁴⁶⁶ (subrayas fuera del texto original).

⁴⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 4 de septiembre de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia C-135 de 9 de abril de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-708 de 22 de septiembre de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 19 de enero de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C-200 de 2 de marzo de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis y Sentencia C-671 de agosto 20 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia del 22 de julio de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁶⁵ Ídem. Ver también las sentencias C-551 de 2003 y C-038 de 2004, entre otras.

⁴⁶⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-251 de 1997, C-251 de 2002 y C-148 de 2005, entre otras.

De conformidad con lo anterior, puede inferirse que la modalidad de incursión normativa que interesa a este estudio, es la contenida en el inciso primero del artículo 93, la cual otorga aplicabilidad directa a las disposiciones que sobre derechos humanos se han firmado y ratificado por Colombia, lo cual guarda correspondencia con el ya estudiado control de convencionalidad, el cual ha permitido verificar el efecto útil de las normas contenidas en las distintas convenciones de derechos humanos⁴⁶⁷, es decir, dicho mecanismo constituye una forma de indagar si los países miembros del sistema interamericano han violado o no las convenciones pactadas. Y es bajo este entendido que resulta aplicable en nuestro régimen de responsabilidad la *“responsabilidad agravada de los Estados por violaciones graves a derechos humanos”*.

Así pues, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad, que introducen al ordenamiento jurídico nacional y obliga a aplicar, además de la normativa internacional sobre derechos humanos, la interpretación que de ella se ha hecho por las cortes internacionales competentes, se impone concluir acerca de la aplicación y declaratoria de la responsabilidad agravada en el régimen de responsabilidad estatal interno.

Sobre el deber de aplicación de la jurisprudencia internacional, la Corte Constitucional ha precisado:

*“En diversos fallos esta Corporación se ha referido puntualmente a la Corte IDH, indicando que su jurisprudencia es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”*⁴⁶⁸.

*Así, por ejemplo, en la sentencia C-228 de 2002 este Tribunal retomó la doctrina de la Corte IDH en relación a las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, concluyendo que resultaban contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto para efectos de examinar la constitucionalidad del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, demandado en aquella ocasión”*⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Como lo son los instrumentos que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

⁴⁶⁸ Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010.

⁴⁶⁹ La Corte declaró inexecutable, con dicho fundamento, el aparte que se tacha del inciso 2º del artículo citado: *“En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. Si el representante legal de esta última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil en forma prevalente y desplazar la constituida por las entidades mencionadas”*.

Por consiguiente, pese a que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son subsidiarios respecto de los nacionales, el juez contencioso administrativo, en aras de amparar *in extenso* a una víctima de violaciones graves a derechos humanos, debe incorporar en su interpretación y aplicar directamente estándares desarrollados por organismos internacionales de protección de derechos humanos, con el fin de analizar la conducta del Estado y sus agentes a la luz de las obligaciones internacionales y nacionales⁴⁷⁰.

Lo anterior resulta aplicable también en virtud del principio *-pro homine-*, según el cual debe aplicarse la interpretación más favorable al ser humano. La interpretación de las disposiciones relativas a la efectividad de derechos constitucionales –sin importar su categoría o naturaleza– se rige por el principio *pro personae* –antes conocido como *pro homine*– lo que significa que frente a toda posible hermenéutica en relación con un principio, norma o regla jurídica de derecho interno debe preferirse aquella que garantice en mayor medida la efectividad de los derechos humanos, así como a favor del individuo, sujeto o colectividad titular del mismo⁴⁷¹.

De conformidad con todo lo anterior, se tiene entonces que en un determinado caso, en el cual se acredite la violaciones graves a Derechos Humanos que impliquen la infracción flagrante y sistemática de normas *Ius Cogens*, (vgr. desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, entre otras), los jueces colombianos pueden y deben, por una parte, llevar a cabo un control de convencionalidad sobre la conducta del Estado, reflejada en la declaratoria de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones respeto y garantía, de lo cual se podría concluir por un lado, un quebrantamiento normativo internacional⁴⁷²; y por otro lado, tienen la posibilidad de declarar en esos eventos -al igual que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, la configuración de “*la responsabilidad internacional agravada*”, amén de la violación palmaria del orden jurídico interno e internacional.

⁴⁷⁰ Al respecto ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁴⁷¹ La Corte IDH ha sostenido en relación con este principio exegético ha precisado lo siguiente: “La Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.”⁴⁷¹ (Negritas adicionales).

⁴⁷² Artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado, CDI, 2001, y artículo 1.1. de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

En efecto, dicha declaratoria de responsabilidad agravada contra el Estado colombiano resulta posible y necesaria en aquellos casos en los cuales se presenten los siguientes elementos:

i) Acciones/omisiones que constituyen violaciones de obligaciones internacionales tanto convencionales como consuetudinarias *-Ius Cogens-*;

ii) Tales violaciones son atribuibles o imputables según las normas del derecho internacional y nacional al Estado colombiano y;

iii) Las violaciones a las normas de la Convención Americana resultan “graves” en términos del artículo 40 del Proyecto de Responsabilidad, pues implican la vulneración de forma grave, flagrante y sistemática de tales normas imperativas de Derecho Internacional General (vrg. Prohibición de tortura, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales generalizadas, etc.).

Así las cosas, el juez de conocimiento, al juzgar este tipo de casos deberá, por imperativo internacional e interno, ejercer este control y declarar la responsabilidad agravada, no solo en virtud del mandato de la Convención Interamericana, sino además, por constituir aquella, fuente de derecho a nivel nacional, en razón del artículo 230 de la Constitución Política⁴⁷³, lo que es posible, gracias a la articulación del sistema interamericano al ordenamiento jurídico, a través artículo 93 de la misma Carta, permitiéndose con ello, una declaratoria de la responsabilidad extracontractual agravada por los daños antijurídicos padecidos por las víctimas derivadas de violaciones graves de derechos humanos o, lo que es lo mismo, a partir desconocimiento flagrante y sistemático de normas *Ius Cogens*.

En esa misma línea de pensamiento, el control de convencionalidad como fundamento para dar aplicación a la responsabilidad agravada del Estado constituye un imperativo normativo a cargo de todos los jueces de Colombia, pues se encuentran sometidos al imperio de la Constitución, la cual incluye -como se vio-, la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, todo ello con el fin de garantizar la aplicación efectiva de una hermenéutica garantista de derechos humanos consagrada a nivel interno e internacional. Respecto de la aplicación de la normatividad internacional, el Consejo de Estado, de forma diáfana, se ha manifestado en los siguientes términos:

“... Lo anterior, en razón a que es común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales, sino que en consideración al rol funcional

⁴⁷³ A cuyo tenor: “Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina”⁴⁷⁴.

Así pues, el juez de lo contencioso administrativo es, a su vez, un juez de convencionalidad en el ordenamiento interno, es decir un juez que integra la normatividad interna con los estándares y reglas de protección del SIDH, el cual tiene como deber no sólo verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas, sino de fundamentar, a partir de esa clase de normas supraconstitucionales, el juicio de responsabilidad estatal, cuando se produzca un daño antijurídico derivado de la vulneración grave y sistemática de derechos humanos.

Adicionalmente, la declaratoria de responsabilidad agravada en el sistema interno de responsabilidad, se enmarca dentro del reconocimiento del principio de universalidad de la protección, garantía y eficacia de los derechos humanos, lo que significa que los Estados no pueden permitir o fomentar la vulneración o trasgresión de derechos humanos que repercutan en la ofensa de toda la comunidad internacional en su conjunto, so pena de medidas o condenas ejemplares que no sólo busquen la indemnización de las víctimas y la persecución de los autores de los delitos contra el orden penal internacional, sino también la reparación integral de los daños irrogados, incluso, con dicha declaratoria de responsabilidad agravada se pretende establecer garantías de no repetición eficaces, para que tales conductas no vuelvan a ocurrir.

4.3. Consecuencias de la declaratoria de la responsabilidad agravada a nivel interno.

Tal y como se mencionó en el primer capítulo de este trabajo, una vez declarada la responsabilidad agravada del Estado por la vulneración flagrante y sistemática de normas *ius cogens*, resultan aplicables las consecuencias que del mismo se derivan contenidas en los artículos 41 y 42 del Proyecto de Artículos de la CDI, que son, básicamente:

- i)** La censura por parte de la comunidad internacional respecto de las violaciones “*flagrantes o sistemáticas*” a las normas *jus cogens*;
- ii)** La exhortación a los demás Estados a cooperar para poner fin a dicha violación por medios lícitos, también la prohibición de cualquier tipo de ayuda o asistencia respecto del hecho ilícito y; además;

⁴⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto proferido el 17 de septiembre de 2013, Exp. 45.092, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

iii) La facultad para que cualquier Estado pueda reclamar al Estado infractor la cesación del hecho ilícito internacional y el cumplimiento de las obligaciones de reparación y las seguridades y garantías de no repetición.

iv) Adicionalmente, se encuentra incluida la obligación de los Estados consistente en castigar a los individuos responsables, esto es, que todos los Estados tienen la obligación de perseguir, enjuiciar y sancionar a los individuos-órganos responsables; obligación que además debe entenderse como suplementaria de las propias de la responsabilidad internacional individual⁴⁷⁵, ello en virtud de que “*la obligación violada existe en relación con la comunidad internacional en su conjunto*”.

Por su parte, en el SIDH -como se indicó-, no se evidencian unas consecuencias disimiles a aquellos casos en los cuales no ha habido dicha declaratoria de responsabilidad agravada, puesto que la Corte IDH en estos casos ha aplicado el mismo estándar de reparación, esto es la condena a las correspondientes medidas de restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, entre éstas últimas se encuentra las respectivas órdenes a los Estados para investigar, procesar y sancionar a los responsables materiales o intelectuales de las violaciones a los derechos humanos y adoptar medidas tendientes a que las mismas no se vuelvan a producir; no obstante lo cual, en la mayoría de los casos en los cuales se ha aplicado dicha declaratoria, la Corte IDH ha ordenado la inaplicación de las denominadas leyes de “perdón y olvido” y ha ordenado la investigación y sanción de los responsables de tales conductas.

Ahora bien, consideramos que la declaratoria de responsabilidad agravada en el Estado colombiano derivada de casos por violaciones graves de derechos humanos (vgr. ejecuciones extrajudiciales, actos de tortura, genocidio, crímenes de lesa humanidad, desaparición forzada de personas, entre otros), dada la particularidad de la obligación desconocida, el análisis de esos casos debe tener elementos adicionales en cuanto al estudio de las consecuencias de dicha declaratoria, tal y como lo consagran los artículos 41 y 48 del Proyecto de Artículos de la CDI y los pronunciamientos de la Corte IDH al respecto. Así pues, para el régimen interno de responsabilidad interno pueden resultar aplicables, entre otras, las siguientes consecuencias:

i) Debe declararse en la sentencia la “*responsabilidad agravada por violaciones graves a derechos humanos*”, en efecto, dicha declaratoria constituye *per se*, una recriminación rigurosa para el Estado, pues lo muestra ante la comunidad nacional e internacional como

⁴⁷⁵ Javier Chinchón Álvarez, “*Responsabilidad Internacional del Individuo y Responsabilidad Internacional del Estado: Encuentros y Desencuentros en Torno a la figura de los `Crímenes De Derecho Internacional`*”. Publicado en “*Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia In Honorem Nelson Mandela*”, p. 19.

un Estado que desconoce las garantías del ser humano y, por otra parte, la declaración de responsabilidad agravada mediante sentencia constituye una forma de reparación para las víctimas.

ii) No debe aplicarse leyes de amnistía o indulto para los responsables de los delitos (autores materiales e intelectuales), que lleven a declarar la responsabilidad agravada del Estado, habida cuenta que se está en presencia de la comisión de violaciones graves a derechos humanos o DIH, conductas éstas que no admiten dichos beneficios, amén de que existe imprescriptibilidad para perseguir a los responsables directos. Al respecto, en casos en los cuales se ha declarado la responsabilidad agravada, la Corte IDH ha propugnado por la inaplicabilidad de las normas de amnistía o indulto respecto de tales actos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos. De esta manera en el caso *Barrios Altos v. Perú*, la Corte sostuvo:

“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma. (...) 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”⁴⁷⁶.

Asimismo, la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, consideró que la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, consagrada en la Convención de 1968, reviste la connotación de ser una norma de *ius cogens*, de manera que aunque el estado chileno, demandado en el caso, no había suscrito tal tratado, éste le resultaba

⁴⁷⁶ Corte IDH, “*caso Barrios Altos v. Perú*”. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 177.

aplicable, por ser disposición de derecho público internacional inderogable por parte de los Estados. La Corte expuso lo anterior en los siguientes términos:

“El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad⁴⁷⁷ claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. (...) Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”.

Así las cosas, en aquellos casos en los cuales se declare la responsabilidad agravada del Estado, la responsabilidad individual de los autores de tales delitos no puede verse limitada por leyes de amnistía o indulto, pues, se reitera, existe una norma superior e inderogable reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y refrendada en el contexto regional e interno por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales establecen expresamente que el paso del tiempo no genera consecuencia negativa alguna para acudir a la jurisdicción a solicitar la reparación integral cuando se demanda la producción de daño (s) antijurídico (s) generados por tales actos de violaciones graves a normas *ius cogens*.

iii) La legitimación por activa para adelantar la correspondiente acción podría ser la misma víctima o cualquier otra persona; así pues, comoquiera que tales violaciones graves afectan a la humanidad en su conjunto, resulta lógico que cualquier persona pueda acudir ante la jurisdicción para demandar la declaratoria de responsabilidad del Estado.

⁴⁷⁷ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

iv) Debe aligerarse y/o invertirse la carga de la prueba. En este punto conviene precisar que al ser prácticas de violaciones sistemáticas de violaciones de derechos humanos, corresponde al Estado desvirtuar la responsabilidad en su contra. Así pues, en la gran mayoría de casos, las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en Colombia, cometidas en el marco del conflicto armado interno, han acaecido en zonas alejadas de los grandes centros urbanos y en contextos de impunidad⁴⁷⁸. Lo anterior ha producido que las víctimas, como sujetos de debilidad manifiesta, queden en muchos casos en la imposibilidad fáctica de defender sus derechos vulnerados. Más aun, cuando no se ha adelantado una investigación seria por parte de las autoridades competentes, circunstancia que de no ser corregida puede configurarse en una forma de denegación de justicia.

Por tal razón, el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia y la lógica, a efectos de reconstruir la verdad de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas.

Lo anterior resulta razonable y justificado, ya que en tratándose de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, pues en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba, por manera que dichas circunstancias imponen al juez administrativo colombiano la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios⁴⁷⁹.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en casos de violaciones a derechos humanos es el Estado quien tiene el control de los medios para desvirtuar una situación fáctica, *“a diferencia del derecho penal interno en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el*

⁴⁷⁸ En Colombia la violencia desencadenada por el conflicto armado interno se ha concentrado históricamente en las zonas rurales. Ver: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Colombia Rural, razones para la esperanza*, Informe Nacional de Desarrollo Humano (Bogotá, INDH-PNUD, 2011), p. 231; Centro Nacional de Memoria Histórica, *Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad* (Bogotá, 2013), p. 323 y, *Tierra, Guerra y Estado*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, (Bogotá D.C., Universidad del Rosario, n.º 1, volumen 16, junio del 2014), p. 7-23.

⁴⁷⁹ Al respecto ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero y sentencia del 11 de septiembre de 2013, Exp. 20.601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”⁴⁸⁰. Bajo esos mismos presupuestos, en casos de desaparición forzada y ejecuciones sumarias, comprendidos como violaciones a los derechos humanos, la Corte Interamericana ha manifestado que por el hecho de que el Estado haya consentido tales eventos, el estándar probatorio le es más exigente, y por ello, le asiste una carga probatoria mayor: *“La Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado Parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados*”⁴⁸¹.

v) La reparación de la violación debe ser integral y debe establecerse un programa o fondo de reparaciones para las víctimas, es decir, comoquiera que se trata de violaciones sistemáticas, las reparaciones deben realizarse tanto de forma individual, como a favor del grupo de las víctimas, ello supone que además de que cada persona lesionada en sus derechos pueda acudir ante la jurisdicción contenciosa a demandar los perjuicios de forma individual, en atención a la gravedad de los casos y en atención al número de personas víctimas con una conducta sistemática de vulneración por parte del Estado, e requiera realizar una política pública para el conjunto de violaciones sistemáticas en casos determinados, vgr. casos de los mal denominados falsos positivos o casos de desplazamiento forzado en regiones determinadas⁴⁸².

En estos casos, la obligación de reparar integralmente el daño surge en virtud de las obligaciones internacionales que tienen justificación jurídica en los diferentes instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que prevalecen en el orden interno⁴⁸³, y también de otros instrumentos de derecho

⁴⁸⁰ CrIDH caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 135; sentencia del 28 de enero del 2009, caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, párr. 98; sentencia del 3 de abril del 2009, caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, párr. 95.

⁴⁸¹ CrIDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 135.

⁴⁸² Al respecto la doctrina extranjera especializada en el tema ha considerado que *“Pretender que las reparaciones de los daños ocasionados por las violaciones de derechos humanos se obtengan sólo por medios individuales, es un espejismo. En efecto, por la naturaleza de las violaciones masivas y sistemáticas, por los problemas procesales que normalmente se presentan, por el temor y falta de recursos de las víctimas para acudir ante la jurisdicción, entre otros factores, no es posible pensar que la sola vía individual sea el camino para resolver estas materias. Es necesario un esfuerzo colectivo y para ello nos parece desarrollar una política estatal en este ámbito. (...) Un Programa de reparaciones deberá consistir en una política pública que articule criterios que sirvan para reparar un tipo particular de afectación de los derechos humanos, esto es, aquellas vulneraciones en que el Estado ha implementado una política de violaciones masivas y sistemáticamente aplicadas a un grupo de la población”*. Claudio Nash Rojas, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988-2007*, p. 89.

⁴⁸³ Entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 63), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 13), y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 9). En cuanto a infracciones al DIH se encuentra el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado por Colombia mediante la Ley 742 de 2002 y

internacional⁴⁸⁴ que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante –razón por la cual se los denomina “*derecho blando*” o “*softlaw*”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “*una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general*”⁴⁸⁵ y sirven como “*criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos*”⁴⁸⁶.

vi) Deben adoptarse medidas de no repetición eficaces, lo cual implica la investigación y sanción de los responsables directos y, en algunos casos, de ser necesario inaplicar las normas de justicia transicional que impidan acceder a las víctimas a la verdad, justicia y reparación de forma integral y en la forma establecida por la jurisprudencia de la Corte IDH.

vii) Se debe establecer que dichas conductas cometidas por agentes de la Fuerza pública constitutivas de vulneraciones graves a derechos humanos, no deben ser investigadas por la justicia penal militar, sino por la jurisdicción ordinaria⁴⁸⁷.

los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

⁴⁸⁴ Entre ellos, el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad; los Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y de abuso de poder; y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

⁴⁸⁵ Luis Manuel Castro, “*Softlaw y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: Reflexiones iniciales*”, en: Rodrigo Uprimny (coord.), *Reparaciones en Colombia: Análisis y propuestas* (Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2009), p. 66.

⁴⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-872 de 20 de mayo 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁸⁷ Al respecto, la Subsección B de esta Sección en sentencia del 26 de junio del 2014 (Exp. 21.630) con ponencia del M.P. Danilo Rojas Betancourth, manifestó que, “*En el caso concreto, se tiene que aunque la decisión adoptada por la justicia penal militar se fundamenta en una de las causales legalmente establecidas (el sindicado no cometió el hecho punible), fue adoptada por un órgano manifiestamente incompetente, lo cual conllevó a la violación del principio del juez natural y del derecho al debido proceso. En efecto, la Sala observa que el proceso fue trasladado de la justicia ordinaria a la justicia penal militar, contrariando el orden constitucional dado que la conducta investigada –dada su gravedad inusitada y las circunstancias en las que fue cometida (poniendo a las víctimas en estado de indefensión)– ciertamente no podía considerarse como un delito típicamente militar ni como un delito común adaptado a la función militar*”. En lo concerniente a la medida de justicia restaurativa, la sentencia ordenó lo siguiente: “*OCTAVO: Compulsar copias del fallo a la Fiscalía General de Nación con el propósito de que, de ser el caso, esta entidad examine la posibilidad de presentar una acción de revisión contra la decisión a través de la cual el Tribunal Superior Militar decretó la cesación de procedimiento a favor de Jorge Enrique Durán Argüelles y de Fabio Alejandro Castañeda Mateus, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*”. Recientemente, en relación con los hechos que suscitaron la masacre de Caloto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 agosto del 2014, M.P. Eyder Patiño Cabrera, rad. 35773, al prosperar la causal tercera de revisión del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 -cuarta de la Ley 906 de 2004- respecto al auto de cesación de procedimiento proferido por el Tribunal Superior Militar a favor de unos uniformados, decidió: “*DEJAR SIN EFECTO el auto del 21 de enero de 1997 por cuyo medio el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional se declaró competente para conocer de la actuación y promovió colisión positiva de competencias ante la jurisdicción ordinaria (...)*”.

viii) Todos aquellos procesos deben tener prelación de fallo, en este punto es conveniente manifestar que, una vez se resuelva o decida un caso de violación grave de derechos humanos, todos los demás que guarden relación directa con ese asunto, tendrían prelación de fallo para ser decididos de la forma más pronta posible.

ix) Finalmente, de conformidad con la Ley 1448 de 2011⁴⁸⁸ –mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno-, y teniendo en consideración que en tales casos que implican la responsabilidad agravada se infringen obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, deberá enviarse al Centro Nacional de Memoria Histórica y del Archivo General de la Nación, copia de las sentencias en las cuales de aplicación a dicha responsabilidad agravada con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia.

⁴⁸⁸ Artículo 144. “Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, el Centro de Memoria Histórica, diseñará, creará e implementará un Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica, el cual tendrá como principales funciones las de acopio, preservación y custodia de los materiales que recoja o de manera voluntaria sean entregados por personas naturales o jurídicas, que se refieran o documenten todos los temas relacionados con las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley, así como con la respuesta estatal ante tales violaciones. // Los archivos judiciales estarán a cargo de la Rama Judicial, la cual en ejercicio de su autonomía podrá optar, cuando lo considere pertinente y oportuno a fin de fortalecer la memoria histórica en los términos de la presente ley, encomendar su custodia al Archivo General de la Nación o a los archivos de los entes territoriales [...]”.

CONCLUSIONES

- La responsabilidad internacional agravada en los regímenes internacional y regional -SIDH-.

1. En el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados existe una diferenciación respecto de la imputación de los hechos ilícitos internacionales dependiendo de la tipología de normas que se vulneren. De esta forma se establece una responsabilidad general por la comisión de un hecho ilícito internacional y una responsabilidad “agravada”, ésta última se genera por las “violaciones graves de obligaciones de normas imperativas de derecho internacional general”, lo cual se traduce en que las consecuencias de la comisión de dichas faltas sean mucho más rigurosas para el Estado infractor. Tales diferencias se hayan contenidas en el art. 40 y siguientes del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado por la CDI en el año 2001.
2. El establecimiento de circunstancias agravantes obedece a hechos ilícitos que por su magnitud no pueden ser equiparables a otros tipos de infracciones, hechos tan relevantes que no puedan pasar desapercibidos por la sociedad o comunidad internacional y que son intolerables porque representan una amenaza para la supervivencia de los Estados y para los valores humanos más fundamentales; por ello, no es concebible equiparar la violación vgr. del derecho de propiedad una persona -el cual es también amparado por la Convención- a aquella violación del derecho a la integridad mediante actos de tortura, o la privación del derecho a la vida mediante ejecuciones extrajudiciales, apoyadas y/o toleradas por el propio Estado.
3. En cuanto a las normas que han de considerarse como “normas imperativas” a pesar de que los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no establecen un catálogo normativo expreso, la jurisprudencia y la doctrina internacional han catalogado como afrentas al *jus cogens*, entre otras, las ejecuciones extrajudiciales, los actos de tortura, los actos de Genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la desaparición forzada de personas y la discriminación, entre otras.
4. La vulneración de una norma imperativa de derecho internacional genera consecuencias tanto para el Estado infractor, como para el Estado agredido y, en general, para toda la comunidad internacional, en atención a que la gravedad de la vulneración trasciende la relación bilateral de los Estados para convertirse en una afrenta a toda la humanidad en su conjunto, razón por la cual, se imponen deberes para los demás Estados relacionados con la prohibición de asistencia y la colaboración por medios ilícitos para poner fin a

esa situación, así como la facultad que tiene cualquier Estado de invocar la responsabilidad y la consecuente cesación del hecho ilícito y el cumplimiento de la obligación de reparación y de no repetición, inclusive, persiguiendo y sancionando a los responsables de la comisión de tales conductas.

5. Dentro de la Corte IDH se abordó la discusión presentada en el ámbito internacional, para tal efecto, la posición del Juez Antonio Cancado coincide con la del relator Roberto Ago contenida en el anterior art. 19 del Proyecto de artículos, mientras que la del Juez García Ramírez es la del relator Crawford, plasmada en el art. 40 de la versión definitiva del Proyecto. Así pues, a pesar de que esta situación fue resulta en el proyecto de artículo aprobado en 2001, dentro del SIDH se continuó con dicha discusión. De igual forma, no obstante ambas posiciones discuten por el nomen que se le debe dar a la violación graves de normas imperativas de derecho internacional, lo cierto es que los dos criterios señalan que la declaratoria de responsabilidad internacional agravada del Estado debe tener efecto en el sistema de reparación no pecuniaria, dado que ambos rechazan la posibilidad del denominado “daño punitivo” en stricto sensu.
6. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a pesar de la discusión entre sus miembros frente al concepto de “responsabilidad agravada”, lo cierto es que en varios pronunciamientos ha declarado dicha modalidad de responsabilidad, concretamente en aquellos casos en que se han producido violaciones múltiples y sistemáticas de derechos humanos; no obstante a pesar de la gravedad que podría generar la declaratoria de la denominada “responsabilidad internacional agravada”, no se evidencia en las sentencias de la Corte IDH unas consecuencias disímiles a aquellos casos en los cuales no ha habido dicha declaratoria de responsabilidad agravada; sin embargo, en tales casos la Corte IDH ha ordenado investigaciones integrales de los hechos y ha ordenado la aplicación de sanciones penales a los responsables directos, ordenando, incluso, la inaplicación de las mal denominadas leyes de perdón y olvido, toda vez que ha concluido que tales disposiciones se encuentran en contradicción con los deberes de garantía consagrados en la Convención Americana.

- **Régimen de responsabilidad estatal interno.**

7. La cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano bien sea de origen precontractual, contractual o extracontractual, contenida en el artículo 90 Superior, se soporta única y exclusivamente en dos elementos: daño antijurídico e imputación –entendida ésta última como atribución de la respectiva lesión-, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad estatal.

8. En cuanto a la noción de daño antijurídico, éste ha sido definido como “toda lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, que no está justificado por la ley o por el derecho”, razón por la cual, la indemnización y/o reparación del daño, no es una sanción que se imponga a la Administración pública en razón de su culpa, sino que es una disposición que se funda en la posición de la víctima, pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente resarcido. Por ello, puede haber daño antijurídico sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio probada o presunta, es decir, con la expedición de la Carta Política de 1991, se pasó de la antijuricidad de la conducta a la antijuricidad del daño.
9. En lo concerniente con el elemento de la imputación, se tiene que está compuesto de dos aspectos: **i)** el ámbito fáctico o material, y; **ii)** la imputación jurídica. En cuanto al aspecto fáctico o material, éste se manifiesta en aquellas circunstancias naturales o fenomenológicas que confluyen para producir un resultado dañoso, esto es el vínculo o nexo que une la causa -acción- con un efecto -daño- (vgr. accidentes de tránsito, daños causados con armas de fuego, etc). De otra parte, la imputación jurídica consiste en efectuar un análisis netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico de reparar los perjuicios ocasionados por el daño, análisis que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuales son: *i)* régimen subjetivo -falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada- y; *ii)* régimen objetivo -daño especial –desequilibrio de las cargas públicas- y riesgo excepcional -actividades o cosas peligrosas-.
10. La diferencia fundamental entre ambos regímenes de responsabilidad (Subjetivo y Objetivo), radica en la acreditación del elemento de la “culpa” de la Administración, el cual se traduce en el incumplimiento de un deber jurídico a su cargo. Así, mientras que en el régimen subjetivo, para atribuir un daño antijurídico al Estado debe probarse dicho incumplimiento normativo, en el régimen objetivo, fundamentado en actuaciones lícitas de la Administración bastará con acreditarse el daño y la relación de causalidad entre aquel y la actuación del Estado, sin que se requiera analizar si se produjo dicho incumplimiento o “culpa”. Así por ejemplo dentro del título de imputación de riesgo excepcional se encuentran contenidos aquellos daños producidos por la concreción de riesgos derivados de actividades o de cosas peligrosas, tales como armas de dotación, vehículos oficiales, transmisión de energía eléctrica, etc.; de igual forma, dentro régimen objetivo, aparece el título de imputación denominado -daño especial-, derivado de daños causados por el rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas.

11. La falla del servicio consiste, básicamente, en el incumplimiento de un deber jurídico a cargo del Estado, la cual se configura por retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo. Respecto de la imputación del daño antijurídico por conductas omisivas, específicamente, cuando el Estado pese a tener la obligación de impedir un resultado lesivo se abstiene de actuar, la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha utilizado el concepto de imputación objetiva para abordar el estudio de la atribución de responsabilidad en tales eventos; en consecuencia, se ha pasado de un escenario de causalidad material a un esquema de imputación fáctica objetiva, en el que se les suministra a los operadores judiciales una serie de instrumentos normativos trasladados del derecho penal que les permite analizar con otra óptica la responsabilidad estatal (vgr. **i)** la posición de garante; **ii)** el riesgo permitido; **iii)** el principio de confianza; **iv)** la acción a propio riesgo; **v)** la prohibición de regreso y; **vi)** el fin de protección de la norma).
12. En cuanto a la teoría de la posición de garante, la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha dado aplicación en eventos en los cuales si bien, el Estado no intervino directamente en la concreción de un daño antijurídico –como autor o partícipe del hecho–, la situación en la cual estaba incurso, le imponía un deber específico, esto es, asumir determinada conducta, de protección, o de prevención, cuyo rol, al ser desconocido –infracción al deber objetivo de cuidado– dada su posición de garante, configuró la atribución a éste con las mismas consecuencias o sanciones que radican en cabeza del directamente responsable del daño antijurídico. En efecto, el Consejo de Estado ha dicho que en lo que concierne a la responsabilidad del Estado por hechos de terceros, en eventos en los que, si bien, los agentes estatales no participaron de forma directa en la causación del daño, en tanto no fueron autores, ni figuraron como partícipes, con su omisión propiciaron o permitieron que personas ajenas a la administración lo causaran, en efecto, el conocimiento del riesgo por parte de las autoridades llamadas a proteger a los asociados en condición de inminencia de ser víctimas, generó una posición de garantía, y por ello era el Estado el obligado a asumir ese rol de garante de los derechos de quienes estaban expuestos a ese tipo de ilícitos.
13. La Sección Tercera al estudiar casos de violaciones graves a derechos humanos ha concluido que el régimen bajo el cual debe analizarse dichos daños es el de falla del servicio, toda vez que según el artículo 2º inciso 2º de la Carta Política, las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, no obstante, en tales casos -violaciones graves a derechos humanos-, los miembros de la Fuerza Pública no solo no cumplieron con tales obligaciones, sino que pervirtieron el servicio a ellos encomendado y, en otras ocasiones, se ha demostrado que para perseguir y combatir la delincuencia, se perpetraron algunos de los más censurables y execrables crímenes

contra la humanidad, como son la desaparición forzada, la tortura y la ejecución extrajudicial, entre otros.

14. El Consejo de Estado ha dado aplicación al criterio objetivo de responsabilidad como título de imputación -principalmente por daño especial-, para resolver casos de atentados terroristas bajo el supuesto de que atentados se hubieren dirigido contra el Estado (bienes institucionales o personas que lo representen), y se ha justificado dicha declaratoria dada la necesidad de aplicar los principios de solidaridad, de equidad y de justicia material para reparar a las víctimas injustamente ofendidas con ocasión del conflicto armado interno.
15. En nuestro régimen de responsabilidad estatal, hasta el año 2007, las consecuencias derivadas de violaciones a derechos humanos eran exactamente iguales a aquellas que se derivaban del incumplimiento de una norma administrativa, toda vez que la imputación por uno u otro “daño antijurídico”, generaban, únicamente, la imposición de una condena a una indemnización pecuniaria por los perjuicios o las consecuencias lesivas que por causa del daño se derivaron, los cuales son de orden material (daño emergente y lucro cesante) e inmaterial (moral, fisiológico, daño a la vida de relación, alteración grave a las condiciones de existencia, etc.); no obstante, a partir de la sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29.273, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado aceptó la absoluta compatibilidad de las reparaciones adoptadas por la Corte IDH y las normas de reparación integral establecidas en el derecho interno (Art. 16 de la Ley 446 de 1998).

A partir de entonces, en varios casos relacionados con graves violaciones a derechos humanos, el Consejo de Estado, además de fijar la respectiva indemnización por los perjuicios antes referidos, ordenó una serie de medidas de “reparación integral” con apoyo en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en consecuencia, ha condenado a partir de ese fallo a adoptar las denominadas medidas de “restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y garantías de no reparación”, las cuales han incluido también las órdenes de apertura o reapertura de las respectivas investigaciones penales y/o disciplinarias respecto de los responsables por tales violaciones, entre muchas otras medidas.

16. De los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado se pueden extraer algunas conclusiones en torno a los alcances del principio de reparación integral: *i)* la reparación integral prevalece sobre otros principios, específicamente sobre aquellos de tipo procesal como el de congruencia, sin que ello suponga una alteración al principio constitucional al debido proceso; *ii)* si se trata de apelante único, el principio de la *no reformatio in pejus* debe ceder ante la reparación integral, esto es que el juez de

segunda instancia puede hacer más gravosa la situación del apelante único condenado en la primera instancia, en los procesos de violación a derechos humanos; **iii)** el fundamento de esta serie de conclusiones se encuentra en el artículo 93 de la Carta Política Colombiana que establece la prevalencia de los convenios, tratados y protocolos relativos a derechos humanos en el orden jurídico interno, lo cual significa que integran el bloque de constitucionalidad; y **iv)** en asuntos en los cuales se juzgue la responsabilidad del Estado, derivada de la violación grave a derechos humanos, es imperativo en primera medida, por parte del funcionario judicial, garantizar la *restitutio in integrum* del daño y, en caso de que ésta se torne imposible, decretar las medidas pecuniarias y no pecuniarias que sean necesarias para reversar los efectos del daño.

17. En cuanto a las medidas de reparación integral que ha dispuesto el Consejo de Estado, éstas han sido de carácter pecuniario y no pecuniario, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado, entre las cuales vale la pena destacar, la petición de excusas públicas a los familiares de las víctimas directas, la orden a la Fiscalía General de la Nación para que se esclarezcan las circunstancias de los delitos, así como sus autores materiales e intelectuales, la difusión de la sentencia a través de medios magnéticos e impresos, la orden de realizar cursos en materia de derechos humanos al personal adscrito a las entidades condenadas, entre otras medidas.

- **Aplicación y consecuencias de la aplicación de la responsabilidad agravada en el régimen interno de responsabilidad.**

18. Una vez analizados los elementos característicos de los tres regímenes de responsabilidad (Internacional, Regional e Interno), se puede inferir que si bien muestran algunas diferencias, lo cierto es que tienen marcadas semejanzas en cuanto a sus características principales; en efecto, por una parte, los tres regímenes parten del incumplimiento de una obligación jurídica a su cargo a efectos de que opere la declaratoria de responsabilidad (principalmente por violaciones a derechos humanos); de otra parte, establecen la irrelevancia en torno a la conducta de sus agentes, es decir actuaron con dolo o culpa en la comisión del hecho censurado, pues la responsabilidad que se atribuye al Estado es “anónima” (régimen interno) u “objetiva” (regímenes internacional y regional); asimismo, tales regímenes contemplan, en su esencia, las mismas características respecto de las causales eximentes de responsabilidad; finalmente, y a pesar de unas leves diferencias, los tres regímenes contemplan como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad la reparación integral del daño causado, en caso de no ser posible la plena restitución.

19. Teniendo en cuenta la compatibilidad y concurrencia de los regímenes regional e interno de responsabilidad estatal, el Consejo de Estado ha identificado equiparaciones entre las reparaciones que se reconocen en el régimen interno e interamericano, llegando, incluso, en virtud del denominado “control de convencionalidad”, a sostener que los jueces pertenecientes a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo puedan declarar la responsabilidad del Estado colombiano por la violación directa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también, a que se pueda declarar, en virtud de la similitud de tales regímenes de responsabilidad, la llamada “cosa juzgada internacional”, en casos en los cuales organismos internacionales en materia de derechos humanos han declarado la responsabilidad internacional del Estado por tales violaciones.
20. En cuanto a la aplicación de la denominada “responsabilidad agravada del Estado” en el régimen de responsabilidad interno, esta se justifica dadas las circunstancias por las cuales atraviesa el país en materia de desconocimiento flagrante y sistemático de derechos humanos, razón por la cual resulta imperioso establecer una diferenciación entre las denominadas fallas y/o faltas administrativas dependiendo de las normas y/o derechos infringidos, pues a pesar que desde el punto de vista del título de imputación - falla del servicio-, el juicio de responsabilidad se basa en el mismo fundamento jurídico -desconocimiento de un deber legal a su cargo-, lo cierto es que las violaciones graves a derechos humanos merecen, como resulta apenas natural, un juicio de recriminación con mayor rigurosidad. En ese sentido, La distinción de infracciones a normas *Ius Cogens* consagrada en el artículo 40 del referido Proyecto de Artículos resulta aplicable en Colombia por dos razones que implican un imperativo acatamiento por parte del Estado colombiano, esto es: **i)** se trata de una norma consuetudinaria a nivel regional - sistema interamericano- y, **ii)** se trata de jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH que puede ser aplicada por vía del control de convencionalidad.

En cuanto a la primera modalidad, se tiene que la costumbre internacional ha establecido una diferenciación en cuanto a las consecuencias de dichas vulneraciones a dichas normas imperativas de derecho internacional general, las cuales afectan a toda la humanidad en su conjunto, amén de que la Corte IDH ha realizado un desarrollo jurisprudencial en ese sentido que se considera costumbre en el ámbito regional del SIDH, todo lo cual debe ser de obligatorio acatamiento por parte de los jueces colombianos.

La costumbre internacional, junto con los tratados y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas, constituye una de las fuentes principales de las obligaciones internacionales, razón por la cual goza de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento jurídico, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su

contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad.

21. Respecto de la aplicación de la responsabilidad agravada en virtud del control de convencionalidad, se tiene entonces que en un determinado caso, en el cual se acredite la violaciones graves a Derechos Humanos que impliquen la infracción flagrante y sistemática de normas *Ius Cogens*, (vgr. desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, entre otras), los jueces colombianos pueden y deben, por una parte, llevar a cabo un control de convencionalidad sobre la conducta del Estado, reflejada en la declaratoria de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones respeto y garantía, de lo cual se podría concluir por un lado, un quebrantamiento normativo internacional; y por otro lado, tienen la posibilidad de declarar en esos eventos -al igual que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, la configuración de “la responsabilidad internacional agravada”, dada la violación palmaria del orden jurídico interno e internacional.
22. Dicha declaratoria de responsabilidad agravada contra el Estado colombiano resulta posible y necesaria en aquellos casos en los cuales se presenten los siguientes elementos: i) Acciones/omisiones que constituyen violaciones de obligaciones internacionales tanto convencionales como consuetudinarias -*Ius Cogens*-; ii) Tales violaciones son atribuibles o imputables según las normas del derecho internacional y nacional al Estado colombiano y; iii) Las violaciones a las normas de la Convención Americana resultan “graves” en términos del artículo 40 del Proyecto de Responsabilidad, pues implican la vulneración de forma grave y flagrante y sistemática de tales normas imperativas de Derecho Internacional General.
23. El análisis de aquellos casos donde resulte posible la declaratoria de la responsabilidad agravada derivada de violaciones graves de derechos humanos (vgr. ejecuciones extrajudiciales, actos de tortura, genocidio, crímenes de lesa humanidad, desaparición forzada de personas, entre otros), debe tener elementos adicionales en cuanto al estudio de las consecuencias de dicha declaratoria, tal y como lo consagran los artículos 41 y 48 del Proyecto de Artículos de la CDI y los pronunciamientos de la Corte IDH al respecto. Así pues, para el régimen interno de responsabilidad pueden resultar aplicables, entre otras, las siguientes consecuencias: i) no debe aplicarse leyes de amnistía o indulto para los responsables de aquellos casos específicos (autores materiales e intelectuales); ii) la legitimación por activa para adelantar la correspondiente acción podría ser la misma víctima o cualquier otra persona; iii) debe aligerarse y/o invertirse la carga de la prueba; iv) la reparación de la violación debe ser integral y debe establecerse un programa o fondo de reparaciones para las víctimas; v)

todos aquellos procesos deben tener prelación de fallo y; vi) de ser necesario inaplicar las normas de justicia transicional que impidan acceder a las víctimas a la verdad, justicia y reparación de forma integral y en la forma establecida por la jurisprudencia de la Corte IDH.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ABREGU, Martín y COURTIS, Chistian. *La Aplicación de los Tratados Sobre Derechos Humanos Por los Tribunales Locales*: Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina: CELS Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.
- BARBOZA, Julio, "State Crimes: A Decaffeinated Coffee," in *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber amicorum Georges Abi-Saab*, eds. Laurence Boisson de Chazournes and Vera Gowlland-Debbas, Leiden, Brill, 2001.
- BREWE-CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*: Universidad Externado, Bogotá D.C., 2013.
- BROTÓNS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional. Curso General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora, 8a Ed. Bogotá D.C., 2013.
- CANCADO TRINIDADE Antonio. *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, y En *El juez y la defensa de la democracia*, 1era. Ed, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 1993.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su Estructura, Dinámica y Funciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- CEBADA ROMERO, Alicia. *Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos*. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. "Responsabilidad Internacional del Individuo y Responsabilidad Internacional del Estado: Encuentros y Desencuentros en Torno a la figura de los 'Crímenes De Derecho Internacional'". Publicado en: González Ibáñez, J. (Dir.): *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia In Honorem Nelson Mandela*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.
- CRAWFORD, James, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, Texto y Comentarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- CRAWFORD, James, "International Crimes of States", in *The Law of International Responsibility*, eds. James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson, Oxford, Oxford University Press, 2010.

- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Edit. Civitas, Madrid 1993.
- DE CUPIS, Adriano, *El Daño*, Casa Editorial BOSH S.A., Barcelona, 1975.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones De Derecho Internacional Público*, Tecnos, Decimoctava edición, Madrid, 2013.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, La responsabilidad civil extracontractual*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*. 2a. Edición, Rev., San José de Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, *Derecho Internacional Público, Casos y Materiales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNÁNDEZ Tomás Ramón *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. AA. VV. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. San José de Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2001.
- GIL BOTERO, Enrique De Jesús, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 4º Edición, Bogotá D.C. 2010.
- GONZÁLEZ CAMPOS Julio D, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Luis y SÁENZ DE SANTA MARÍA PAZ Andrés. *Curso de Derecho Internacional público*, Ed. Thomson Civitas, Cuarta Edición, Pamplona, 2008.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1998.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *La responsabilidad extracontractual del estado en Colombia. Evolución Jurisprudencial 1864 - 1990. Tomo I (Vol. 1)*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1991.
- HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo, FRANCO GÓMEZ, Catalina, *Responsabilidad Extracontractual del Estado – Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, Ediciones nueva jurídica, Bogotá D.C., 2007.
- JAKOBS Günter, *La imputación objetiva en el derecho penal*, (traducción de Manuel Cancio Meliá), Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 1998.
- JIMÉNEZ, Eduardo. *Responsabilidad Internacional del Estado, Manual de Derecho Internacional Público*, Editado por Sorense Max, Fondo de Cultura Económica, México. 1994.
- DE ASÚA, Luis Jiménez, *Tratado de Derecho Penal, T.II, Filosofía y Ley Penal*, Editorial Losada, 4º ed. Buenos Aires, 1994.

- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Planeta, 2010.
- LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio, *La acción de grupo en Colombia: antecedentes, evolución jurisprudencial y perspectivas*. En “*Evolución de la justicia administrativa en Colombia*”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C. (texto en edición e imprenta).
- LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio, *La acción de grupo: reparación por violación a los derechos humanos*, Bogotá D.C, Ed. Universidad del Rosario, 2011.
- LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. *Derecho Internacional Público. Temas adaptados a los estudios de grado*. Ed. Dilex. Madrid, 2012.
- MARTÍN, Claudia, RODRÍGUEZ PINZÓN, Diego, GUEVARA B, José A. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana, Distribuciones Fontarama, American University, ciudad de México, 2004.
- MAX, Sorensen. *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- MAZEAUD, H., LEÓN, M., & ANDRÉ, T. (1963). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*. Tomos I a III y volúmenes I a III, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, Editorial Temis, Quinta edición, Bogotá D.C., 2002.
- NASH ROJAS, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Segunda Ed, Santiago de Chile, 2009.
- ORIOI CASANOVAS, Ángel Rodrigo. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 2012.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2012.
- PELLET, Alain, "Le Crime International De L'État: Un Phoenix Juridique," in *The New International Criminal Law: 2001 International Law Session (Thesaurus Acroasium)*, ed. Kalliopi Koufa, Vol. XXXII, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas Publications, 2003.
- PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado - Una Teoría Normativa*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2014.
- PIZARRO SOTOMAYOR Andrés y MÉNDEZ POWELL Fernando. *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Universal Books, Primera Ed., Ciudad de Panamá, 2006.
- PUIGPELAT, M. Oriol, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria – Organización, imputación y causalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo, General y Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2013.
- LÓPEZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1996.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable a Colombia*. Ediciones Uniandes. Bogotá, 2011.
- RODRÍGUEZ PINZÓN, Diego, MARTÍN, Claudia y OJEDA QUINTANA, Tomás, *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos, Guía para la aplicación de normas internacionales a nivel interno*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1999.
- ROXIN, Clauss, *Dogmática Penal y Política Criminal*, M. A. Vásquez, Trad., Lima, Peru, IDEMSA, 1998.
- RUIZ OREJUELA, Wilson, *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*, Ecoe Ediciones, Bogotá D.C., 2013.
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1ª Edición, Bogotá D.C., 2013.
- SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo y TEJADA RUIZ Claudia Patricia, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2014.
- SREENIVASA RAO, Pemmaraju, "International Crimes and State Responsibility," in *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, ed. Maurizio Ragazzi, Leiden, Brill, 2005.
- TAMAYO JARAMILLO Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, Temis, 2 Ed, Bogotá D.C., 2011.
- UPRIMNY, Rodrigo (coord.), *Reparaciones en Colombia: Análisis y propuestas*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.
- URIOSTE BRAGA, Fernando. *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, Editorial B de F, Montevideo, 2002.
- VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil. De las Obligaciones*, Tomo III. 8ª ed. Temis, Bogotá D.C., 1990.

ARTÍCULOS EN REVISTAS ACADÉMICAS

- ABELLO GÁLVIS, Ricardo, *Jerarquía Normativa en la Corte IDH, Evolución jurisprudencial 1993 – 2012*. Revista do Instituto de Direitos Humanos. Año 12, número 12, 2012.

AGUIAR, Asdrúbal, *Responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos*, En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* No. 17. San José de Costa Rica. 1993.

CANCADO TRINIDADE Antonio, *Agotamiento de los recursos internos y noción de 'víctima' en el derecho internacional de derechos humanos*, En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* No. 3. San José de Costa Rica. 1986.

CANCADO TRINIDADE Antonio, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, y En *"El juez y la defensa de la democracia"*, 1era. Ed, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 1993.

CRAWFORD, James, *Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, publicado en "United Nations Audiovisual Library of International Law". En http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia - Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1997.

LÓPEZ CÁRDENAS Carlos Mauricio y USCANGA BARRADAS Abril, *"El marco jurídico para la paz desde la perspectiva de la responsabilidad internacional del Estado"*, *Revista Jurídicas*, No. 2, vol. 10. Pág. 95-118.

MARÍN ORTIZ, Iris, *La norma obligatoria e inderogable de reconocer y garantizar los derechos humanos es exigible al poder constituyente*, En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá D.C., 2010.

JIMÉNEZ DE ARÉCHEGA, Eduardo, *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*, En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 7. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1988.

VARÓN MEJÍA, Antonio. *Orden Público Internacional y Normas Ius Cogens. Una Perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969*, *Revista Diálogos y Saberes*, Universidad del Rosario. Junio 2010.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José". Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Pará". Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, de 9 de junio de 1994, en Belem do Para, Brasil.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su decimoquinto periodo ordinario de sesiones, de 9 de diciembre de 1985, en Cartagena de Indias, Colombia.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, de 23 de mayo de 1969, en Viena.

Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General, en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, de 2 de mayo de 1948.

Estatuto de la Corte Penal Internacional “Estatuto de Roma”. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Principios Rectores de los Desplazamientos Internos Aprobados por la Asamblea General en su Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005. U.N. Doc. A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su décimo octavo periodo ordinario de sesiones, en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Permanente Internacional de Justicia

Chorzów Factory, Serie A - No. 9, sentencia del 26 de julio de 1927

Corte Internacional de Justicia

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970.

Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, CIJ, Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951.

Nottebohm Case (Liechtenstein 2). Guatemala), Second Phase, (1955).

Opinión Consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (2004)

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. United States of America), (1980).

Corfu Channel, U.K. v. Albania, Judgment, 1949 I.C.J. 4 (Apr. 9).

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I.C.J., Reports 1997, párr. 47.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a. Casos contenciosos.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4

Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5

Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11

Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16

Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17

Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20

Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21

Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22

Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30

Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33

Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34

Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36

Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37

Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67

Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68

Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69

Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75

Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87

Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90

Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101

Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C No. 102

Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103

Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105

Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107

Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110

Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112

Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119

Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120

Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123

Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127

Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130

Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131

Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132

Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134

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

Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141

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

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147

Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148

Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160

Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161

Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162

Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163

Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165

Caso de la masacre de La Rochela Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2008, Serie C No. 175

Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177

Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192

Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C No. 198

Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213

Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259

Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 27

b. Opiniones Consultivas

"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1

Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3

Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4

La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6

El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9

Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10

Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11

Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No.19

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

Comité de Derechos Humanos

“Observación General No. 23”, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 - Derecho de las minorías, de 8 de abril de 1994.

“Observación General No. 24”, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52º período de sesiones (1994).

Consejo de Estado

Sentencia del 29 de julio de 1947, Actor : El Siglo S.A., M.P. Gustavo A. Balbuena.

Sentencia del 30 de septiembre de 1960, M.P. Carlos Gustavo Arrieta.

Sentencia del 28 de octubre de 1976, Exp. 1.482, M.P. Jorge Valencia Arango.

Sentencia del 24 de noviembre de 1989, Exp. 5.573, M.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

Sentencia del 13 de septiembre de 1991, Exp. 6.453, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Sentencia del 30 de julio de 1992, Exp. 6.897, M.P. Daniel Suárez Hernández.

Sentencia del 13 de julio de 1993, Exp. 12625, M.P. Juan de Dios Montes.

Sentencia del 8 de mayo de 1995, Exp. 8.118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Sentencia del 15 de febrero de 1996, Exp. 9.940, M.P. Jesús María Carrillo.

Sentencia del 7 de mayo de 1998, Exp. 10.397, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Sentencia del 13 de abril de 2000, Exp. 11.892, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Sentencia del 18 de mayo de 2000, Exp. 12.053, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Sentencia de 2 de mayo de 2002, Exp. 13.477, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Sentencia de 4 de diciembre de 2002, Exp. 12.625, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Exp. 14.220, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Sentencia del 12 de febrero de 2004, Exp. 13.952, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 2001-00948-01(AG), M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia del 5 de diciembre de 2005, Exp. 12.158, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del 4 de octubre de 2007, Exp. 15567, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29.273, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia del 20 de febrero del 2008, Exp. 16.996, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia proferida el 5 de junio de 2008, Exp. 14.526, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del 4 de junio del 2008, Exp. 16.643, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencias del 13 de agosto de 2008, Exp. 16.516 M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia de 2 de octubre de 2008, Exp. 2004-00605-02(AG), M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Sentencia de 15 de octubre de 2008, Exp. 18.586, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. 17.794, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia del 18 de febrero de 2010. Exp. 18.436, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del 10 de marzo del 2011, Exp.16.975 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 17.993, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia de 28 de marzo de 2010, Exp. 15.591, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia de 26 de mayo de 2010, Exp. 17.046, M.P. (E): Gladys Agudelo Ordóñez.

Sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 20.046, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del 4 de mayo de 2011., Exp. 19.355, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia del 25 de mayo de 2011, Exp. 15.838, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sentencia del 23 de junio de 2011. Exp. 20.324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del 19 de abril de 2012, Exp. 21.115, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 9 de mayo de 2012. Exp. 23.810, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 19 de mayo de 2012, Exp. 23.810, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 6 de junio de 2012, Exp. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 13 de marzo del 2013, Exp. 21.359, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 25.888, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 2 de abril de 2013, Exp. 27.067, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 12 de junio de 2013, Exp. 25.180, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia del 12 de junio de 2013, Exp. 28.390. M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia de 24 de julio de 2013. Exp. 23.958, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 11 de septiembre de 2013, Exp. 20.601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Auto proferido el 17 de septiembre de 2013, Exp. 45.092, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sentencia 9 de octubre de 2013, Exp. 29.357, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 24 de octubre de 2013, Exp. 25.981, M.P. Jaime Orlando Santofimio.

Sentencia del 13 de noviembre de 2013, Exp. 34.205, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 21 de noviembre de 2013, Exp. 29.764, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia del 26 de noviembre de 2013, Exp. AP- 2011-227, M.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia del 12 de marzo de 2014, Exp. 28.224, M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 14 de mayo de 2014, Exp. 33.679 M.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Corte Suprema de Justicia

Sentencia de 17 de junio de 1938, de la Sala de Negocios Generales (G.J. XLVI, 1937, p. 686).

Sentencia de 12 de mayo de 1939 (G.J. XLVIOLI, 1947, p. 30).

Sentencia de 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez, (G.J. XCIX, 1962, p. 87).

Sentencia de 30 de junio de 1941, (G.J. LII, 1977, p. 117).

Sentencias de julio 10 de 1942 (G.J. LIV 189, p. 27).

Sentencia de 7 de abril de 1943 (G.J. LVI, 196, p. 35).

Sentencia de 26 de mayo de 1944 (G.J. LVII, 201, p. 72).

Sentencia de 28 de noviembre de 1944 (G.J. LVIII, 221, p. 48).

Sentencia de 18 de abril de 1945 (G.J. LIV 271, p. 98).

Sentencia de 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez, (G.J. XCIX, 1962, p. 127).

Sentencia de 13 de junio de 1975, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial Vol. XLI, p. 124.

Sentencia de 20 agosto del 2014, rad. 35773, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Corte Constitucional

Sentencia C-197 de 20 de mayo de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-578 de 4 de septiembre de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-135 de 9 de abril de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-333 de 1º de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-200 de 2 de marzo de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-708 de 22 de septiembre de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-010 de 19 de enero de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-1189 de 13 de septiembre de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia SU-1184 de 13 de noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-578 de 30 de julio de 2002, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

Sentencia C-671 de 20 de agosto de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-067 de 4 de febrero del 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-872 de 20 de mayo 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-043 de 27 de enero de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-038 de 1° de febrero de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

Sentencia C-488 de 22 de julio de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-781 de 10 de octubre de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.