



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C**

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil quince (2015)

**Radicación:** 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326)

**Actor:** Margarita María Barajas de Mejía y Otros

**Demandado:** Ministerio de Salud

**Asunto:** Acción de reparación directa (Sentencia)

Procede la Sala de Subsección a decidir el presente asunto, correspondiente al recurso de apelación formulado por el Ministerio Público y el Ministerio de la Protección Social (anterior Ministerio de Salud) contra la sentencia de 31 de diciembre de 2004 proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, que dispuso:

**"PRIMERO: SE DECLARA** responsable administrativamente a la Nación – Ministerio de Salud, por la desaparición de Miguel Ángel Mejía Barajas, según las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: SE CONDENA** a la Nación – Ministerio de Salud a pagar, por concepto de indemnización por perjuicios morales, el equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia así: a Margarita María Barajas de Mejía, Luis Francisco Mejía Gómez, Norberto Mejía Barajas, Luis Eduardo Mejía Barajas, Fanny Leonor Barajas, Amparo Mejía Barajas y Esperanza Mejía Barajas, cien (100) salarios a cada uno de ellos.

**TERCERO: SE CONDENA** a la Nación – Ministerio de Salud, a pagar, por concepto de indemnización por perjuicios materiales, a Margarita María Barajas de Mejía la suma de Treinta y Ocho Millones Seiscientos Cuarenta y Cinco Mil Doscientos Sesenta y Ocho Pesos con Noventa y Dos Centavos (\$38.645.268,92) y a Luis Francisco Mejía Gómez, la suma de Veintiséis Millones Trescientos Veintidós Mil Doscientos Dos Pesos con Sesenta y Ocho Centavos (\$26.322.202,68).

**CUARTO:** Se reconocerán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, para las indemnizaciones por los perjuicios morales, y por los perjuicios materiales.

**QUINTO:** Se En caso de no ser apelada esta sentencia, remítase la actuación en consulta al superior.

**SEXTO:** La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.\* (fl 352)

**ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

La demanda fue presentada el 30 de noviembre de 2014 por Margarita

1

ESTAMÉRGENE EJE





Maria Barajas de Mejia, Luis Francisco Mejia Gómez, Norberto, Luis Eduardo, Fanny Leonor, Amparo y Esperanza Mejia Barajas, en nombre propio, quienes actúan mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero.- El Ministerio de salud, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a Margarita María Barajas de Mejia, Luis Francisco Mejia Gómez, Norberto, Luis Eduardo, Fanny Leonor, Amparo y Esperanza Mejia Barajas, por falta o falla del servicio de la administración de esa entidad que condujo a la muerte del señor Miguel Ángel Mejia Barajas, hijo de los dos primeros anteriormente relacionados y hermanos de los restantes.

Segundo.- Condenar, en consecuencia, a la Nación Colombiana – Ministerio de Sal como reparación del daño ocasionado, a pagar a los actores, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral subjetivados actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de Noventa y Cinco Millones Quinientos Cincuenta y Dos Mil Cuatrocientos Sesenta y Cuatro Pesos con 100/53 (%95.552.464.53).

Tercero.- La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso.

Cuarto.- La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A."

Las pretensiones se fundamentan en los hechos presentados por la parte actora y de los cuales la Sala destaca los siguientes:

"1.- El dia 29 de octubre de 1984, el señor Miguel Ángel Mejia Barajas, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cúcuta, quien para ese momento se desempeñaba como ayudante, código 6025, grado 05 de la zona XVII Cúcuta, del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria "SEM", y cuatro funcionarios de la misma entidad de nombre Juan José Buendía, Manuel Fonseca Garzón, Carlos Julio Mendoza Rojas y Gregorio Ernesto González Gallardo, se dirigieron hacia las localidades de Agusanta y Alto Pajuila (Municipio de Saravena) a fin de ejecutar funciones relacionadas con la vacunación contra la fiebre amarilla en la zona rural de ese Municipio (Departamento de Arauca antes Intendencia Nacional de Arauca) específicamente en las Veredas La Colorada, Caño Tigre, Alto Pajuila y Chicua Sur, por comisión asignada por parte (sic) sus superiores en la ciudad de Cúcuta (N de S).

2.- El Jefe de la brigada de funcionarios reseñada anteriormente, señor Juan José Buendía Arias acordó con el conductor que los transportó, encontrarse para el correspondiente regreso, en la localidad de Chocua Sur en las primeras horas de la mañana del dia 1º de noviembre del mismo año.





325  
550

hacia el Municipio de Saravena a dar la información de lo sucedido.

4.- Las últimas informaciones que se tuvieron a cerca de la brigada de funcionarios desaparecidos dan cuenta, que el miércoles 31 de octubre de 1984 se presentó en la sede del Distrito No. 2 en Saravena el señor Agustín Suárez (sic) funcionario del Servicio de Erradicación de la Malaria "SEM", a informar que el grupo de vacunadores de Agusanta no habían regresado a pernoctar a esta localidad el martes 30 y que los elementos personales estaban en la escuela de la misma localidad y que ese mismo día los señores Agustín Suárez y Julián G. Camilo se trasladaron al Alto Pajuita y la información suministrada fue que tres señores habían trabajado el lunes y parte del martes en esa localidad, que habían pernoctado en la escuela y que el martes los habían visto listos con sus elementos personales para salir, pero que desconocían hacia donde se dirigieron.

5.- En vista de que los funcionarios del Servicio de Erradicación de la Malaria SEM, entre ellos Miguel Ángel Mejía Barajas no aparecieron, se procedió por parte de funcionarios de la entidad anteriormente referida a formular el denuncio correspondiente ante las autoridades competentes, por el desaparecimiento de las personas ya mencionadas.

6.- Debido a que a pesar de las pesquisas e investigaciones efectuadas al respecto, no fue posible dar con el paradero del señor Miguel Ángel Mejía Barajas y de sus compañeros de brigada, de hecho se les dio por desaparecidos.

7.- En vista de la desaparición del señor Miguel Ángel Mejía Barajas, sus padres Luis Francisco Mejía Gómez y Margarita María Barajas de Mejía promovieron ante el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cúcuta proceso de jurisdicción voluntaria tendiente a obtener la declaratoria de presunción de muerte por desaparecimiento de su mencionado hijo, lo cual fue declarado mediante sentencia de fecha 25 de noviembre de 1993, proferida por el Juzgado en mención y confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Cúcuta el 4 de marzo de 1994."

## 2. Actuación procesal en primera instancia.

2.1.- Luego de declararse en auto de 16 de marzo de 1999 la nulidad de toda la actuación procesal surtida hasta la fecha (fl 287, c1), el Tribunal Administrativo de Norte de Santander admitió la demanda por auto de 17 de junio de 1999 (fl 290, c1). Posteriormente, en escrito de 23 de noviembre de 1999 el actor modificó algunos aspectos de la demanda lo cual fue admitido por el a quo en providencia del 14 de diciembre de 1999 (fl 307, c1).

2.2.- Las notificaciones personales de la demanda así como su reforma se surtieron el 25 de octubre de 1999 y el 15 de marzo de 2000, respectivamente (fls 291 y 307, c1).

2.3.- La Nación – Ministerio de Salud, en escrito de 2 de diciembre de 1999 (fls 297-302, c1) manifestó que los hechos debían ser probados. Como razones de defensa planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, donde precisó que dentro del marco normativo de dicha entidad no se encuentra la responsabilidad de "prestar cuidado y





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1996-09296-01 (31320)  
Acción de reparación directa

vigilancia a sus funcionarios" y la de caducidad de la acción, dado que los hechos que motivan la demanda ocurrieron para el 29 de octubre de 1984 y la demanda se interpuso el 30 de noviembre de 1995, esto es, fuera del término de dos (2) años que dispone el Código para tal efecto.

2.4.- El Tribunal abrió el proceso a pruebas mediante el auto de 16 de julio de 2001 (fl 321, c1) y, posteriormente, dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por la entidad demandada (fl 336-341, c1).

### 3. Sentencia de primera instancia.

3.1.- El 31 de diciembre de 2004 la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar profirió sentencia de primera instancia en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

3.2.- Luego de dar por acreditada la vinculación laboral de Miguel Ángel Mejía Barajas con la Dirección de Campañas Directas del Ministerio de salud siendo asignado al Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria SEM, verificar que dicho funcionario había sido comisionado, junto a otros cinco empleados, a cumplir labores en las zonas rurales de las localidades de Aguasanta y Alto Pajuila (en Arauca) entre el 29 y 30 de octubre de 1984 y comprobar que fue en el curso de dichas actividades que desaparecieron los funcionarios, el Tribunal consideró que el daño antijurídico era imputable a la demandada dado que la zona en donde Mejía Barajas se encontraba era de "alto peligro para sus vidas por el escenarios de las actividades delictivas de los guerrilleros que empezaban a ocuparla" y pese a ello la entidad no tomó medida alguna dirigida a proteger a sus funcionarios.

### 4. Recurso de apelación

Contra lo así resuelto el Ministerio Público (quien interpuso y sustentó en su solo acto) y la parte demandante se alzaron mediante el recurso de apelación (fl 358-365, c1), impugnaciones que fue concedida por el a quo en providencia del 17 de mayo de 2005 (fl 394, c1). En escrito 30 de marzo de 2006 la demandada sustentó recurso de apelación.

### 5. Actuación procesal en segunda instancia





5.1.- Recibido el expediente en esta Corporación, en auto de 3 de abril de 2006, admitió únicamente el recurso de apelación formulado por la accionada (fl 418, c1).

5.2.- Posteriormente, en providencia de 24 de abril de 2006 se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad en la que intervinieron las partes y el Ministerio Público, quien solicitó la revocatoria del fallo impugnado (fls 422-437, c1).

## CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

Esta Corporación es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación propuesto contra la sentencia de 31 de diciembre de 2004 proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, comoquiera que, en razón al factor cuantia, el conocimiento de este asunto se encuentra radicado, en primera instancia, en el respectivo Tribunal Administrativo y en segunda instancia al Consejo de Estado<sup>1</sup>. Ello conforme a lo dispuesto por el Decreto 597 de 1988.

### 2. Objeto del recurso de apelación

2.1.- De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C<sup>2</sup>, aplicable en sede contencioso administrativo según se dispone en el artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y por esta razón el *ad quem* no puede hacer más gravosa su situación si fue el único que se alzó contra la decisión<sup>3</sup>.

2.2.- El principio de la *non reformari un pejus* es un desarrollo de lo establecido en el artículo 31 constitucional que ordena que "el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único."

<sup>1</sup> En el escrito de demanda se solicitó, a títulos de indemnización por perjuicios morales la suma de mil (1.000) gramos oro para cada uno de los accionantes. Dicho monto, para el 30 de noviembre de 1995, ascendía a \$tt.841.380, esto es, superior a lo exigido por el Decreto 597 de 1988 para que un asunto de reparación directa tuviera vocación de segunda instancia ante el Consejo de Estado.

<sup>2</sup> La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la ~~reformar~~ <sup>revisar</sup> oponible hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla (...).

<sup>3</sup> Sentencia de 31 de enero de 2011, expediente: 15800.





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326)  
Acción de reparación directa

2.3.- En atención a la posición actual de la Sección Tercera de esta Corporación<sup>4</sup>, mediante el recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2.4.- Así mismo, se ha establecido que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia "lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia<sup>5</sup> de la sentencia como el principio dispositivo<sup>6</sup>, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: tantum devolutum quantum appellatum"<sup>7</sup>. (Subrayado por la Sala)

2.5.- Dicho lo anterior, la Sala encuentra que el objeto del recurso de apelación promovido por la parte demandante se contrae a la revocatoria de la decisión que accedió a las pretensiones de la demanda.

2.6.- Como fundamento de la alzada se afirma que no se demostró en el expediente el incumplimiento de la obligación del Ministerio de proteger la vida e integridad física de

<sup>4</sup> Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

<sup>3</sup> En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: "De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recordados de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configuraría la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional".

"Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: "La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y detentarlo a darlo fin". O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso".

"Son características de esta regla las siguientes: "(...) El campo de decisión del juez ~~que no es determinado especial~~ y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no tiene la facultad de decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado" (negritas adicionales). López Blanco, Hernán, *Introducción al Procesal Civil Colombiano*, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 10.

<sup>1</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

\* Puede verse sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 17605 y 9 de febrero de 2012, expediente 21000-01-5-DICO-1.



sus funcionarios. Precisó que, de acuerdo a las pruebas, no se acreditó que el funcionario Miguel Ángel Mejía Barajas hubiera manifestado que corría peligro su integridad personal como consecuencia de sus labores. Igualmente destacó que si en su momento el Ministerio no solicitó acompañamiento de la fuerza pública para asistir a los funcionarios "muy seguramente" fue porque no lo consideró necesario. Concluyó su impugnación manifestando que no corresponde a esa entidad conocer sobre la situación de orden público.

2.7.- Por otra parte, la Sala precisa que no estudiará el recurso de apelación propuesto por el Ministerio Público.

2.8.- Lo anterior por cuanto el auto de 3 de abril de 2006 sólo se admitió la alzada de la accionada, decisión ésta que no fue controvertida dentro de su oportunidad legal por la vista fiscal. Pero, además de ello, es claro que conforme a los lineamientos unificados de esta Sección no se verifica que la carga argumentativa del recurso se encaminara hacia uno de los fines constitucionales previstos, esto es, frente a un detrimento del erario, la vulneración de los derechos fundamentales de las partes o terceros o, finalmente, cuando se trate de la trasgresión del ordenamiento jurídico<sup>9</sup>.

### 3.- La obligatoriedad de los criterios de convencionalidad en Derechos Humanos para el Juez y las autoridades internas

3.1.- El control de convencionalidad<sup>10</sup> es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el "control difuso de convencionalidad," e implica el deber de todo juez nacional de "realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos."<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sesión Tercera. Autos de 27 de septiembre de 2012 y 17 de septiembre de 2014. Exp. 44541.

<sup>10</sup> Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática". En: BREWER CARIAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

<sup>11</sup> "Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". FERRER MACGREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el estado colombiano", en (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2873/0.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014).





3.2.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el "caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,"<sup>12</sup> lo cierto es que desde antes del 2002,<sup>13</sup> e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

3.3.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,<sup>14</sup> aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

3.4.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el "caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile," la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que "cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma"<sup>15</sup> y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.<sup>16</sup>

3.5.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una "interpretación convencional" para determinar si aquellas normas son "compatibles" con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del

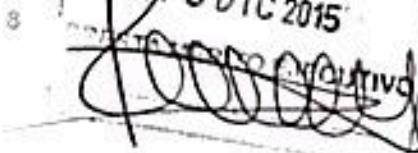
<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 20 de septiembre de 2006.

<sup>13</sup> [...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mock Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4). SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo", en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3003/10.pdf>], consultado el 9 de febrero de 2014].

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 20 de septiembre de 2006, párrafo 123: "El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana".

<sup>15</sup> [...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado ~~no sea contrario de su voluntad~~ CARBONELL, Miguel, "Introducción general al control de convencionalidad", en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>, consultado el 9 de febrero de 2014].

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 20 de septiembre de 2006, párrafo 123.





derecho internacional humanitario.<sup>17</sup>

3.6.- Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

[...] 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 por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de 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.<sup>18</sup>

3.7.- En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de inconvenencialidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

3.8.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado

<sup>17</sup> [...] Se trata de un estándar "mínimo" creado por dicho Tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del "bloque de constitucionalidad/convencionalidad" otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales". FERRER MACGREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad". El nuevo paradigma para el juez mexicano", en [http://biblio.judicicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: "Si observamos los alcances del "control difuso de convencionalidad", podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de "bloque de constitucionalidad" derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un "deber" de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un "bloque de convencionalidad" para establecer "estándares" en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional". FERRER MACGREGOR, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en...", en [http://biblio.judicicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].





parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,<sup>19</sup> sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el telos de ésta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

3.9.- Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones.

3.10.- El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina "Simmenthal". Se trata del caso "Administration des finances italiennes c. Simmenthal", sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

"[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicables, por su propia iniciativa, cualesquier disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional"<sup>20</sup>

3.11.- En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) Partie communiste unifié de Turquie, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres, sentencia de 28 de octubre de 1999<sup>21</sup>; c) caso Open Door y Dublin Well Woman<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho internacional de los tratados, que establece: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entiende, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46."

<sup>20</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso "Administration des finances italiennes c. Simmenthal", sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, La justicia europea y la tutela de los derechos humanos. Una visión de derecho comparado, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

<sup>21</sup> Puede verse en: SUDRE, Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, 2<sup>da</sup> ed., Paris, PUF, 2006, p.191-2.





310 40  
29

3.12.- Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano.

3.13.- Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, derechos de los niños, entre otros asuntos<sup>23</sup>.

#### 4.- Caducidad de la acción.

4.1. El alcance y la determinación de la caducidad en el ejercicio de la acción contenciosa administrativa de reparación directa<sup>24</sup>.

4.1.1.- La caducidad de la acción contenciosa administrativa como instituto procesal

<sup>22</sup> Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

<sup>22</sup> Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 10747), sentencia de 8 de junio de 2011 (exp. 10772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 10195), sentencia de 1<sup>er</sup> de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 20013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29120), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28413), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 35413), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 26737), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 45433), sentencia de 26 de febrero de 2015 (exp. 30924). Auto de 24 de septiembre de 2012 (exp. 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (exp. 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (exp. 45002), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (exp. 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (exp. 42402), Auto de 1<sup>er</sup> de diciembre de 2014, entre otras providencias.

<sup>14</sup> Se recoge en este punto las consideraciones expuestas en la serie de discursos en la Sala de Subsección C de la Sesión Tercera de esta Corporación.





Margarita María Barnjas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1905-09205-01 (31320)  
Acción de reparación directa

tiene fundamento y sustento en el artículo 228 de la Constitución Política. Con base en el sustrato constitucional se determina la aplicación de los términos procesales en el ordenamiento jurídico<sup>25</sup>, buscando ante todo la protección material de los derechos y la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social<sup>26-27</sup>, garantizando el derecho de acceso a la administración de justicia<sup>28</sup> dentro de los límites de su ejercicio razonable y proporcional<sup>29</sup>.

4.1.2.- Conforme a la estructuración conceptual de nuestra legislación, la figura de la caducidad de la acción es de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento, innegociable e irrenunciable en cuanto implica el reconocimiento normativo de un

<sup>25</sup> Corte Constitucional, SC-115 de 1998. "El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesionan derechos particulares... La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas (artículo 136 del CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Esto surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado" (...) "No cabe duda que el legislador está facultado constitucionalmente para establecer un límite para el ejercicio de las acciones y de los recursos, tal como sucede en este caso, siempre y cuando aquél resulte razonable. Por consiguiente, la fijación de términos de caducidad responde como se ha expresado, a la necesidad de otorgar certeza jurídica al accionante y a la comunidad en general, así como para brindarle estabilidad a las situaciones debidamente consolidadas en el tiempo, así como a los actos administrativos no impugnados dentro de las oportunidades legales". Puede verse también Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, SC-165 de 1993. "Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros".

<sup>27</sup> Corte Constitucional, SC-351 de 1994. "El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implicitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin (sic), el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual si resultaría francamente contrario a la Carta".

<sup>28</sup> Corte Constitucional, SC-418 de 1994. "El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia... En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual si resultaría francamente contrario a la Carta". Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencia C-351 de 1994. "De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia pues, mal podría violarse este (sic) derecho respecto de quien gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda". Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000. "De la anterior jurisprudencia se puede concluir que la fijación de términos de caducidad para las acciones contenciosas administrativas, si bien implica una limitación al derecho de los individuos para interponerlas, está encaminada a asegurar la eficacia de los derechos de las personas, racionalizando el acceso a la administración de justicia. En tal medida, es necesario tener en cuenta además que el derecho de acción, en quanto principio, el establecimiento de derechos sujetos, conlleva la obligación de su ejercicio oportuno. Bajo otra lógica, la Corporación que la determinación de la oportunidad para ejercer tal derecho corresponde a la legislación, quien tiene un amplio margen discrecional para establecer los términos de caducidad (el criterio de la eficacia) quedando limitado únicamente por los principios de razonabilidad y proporcionalidad".

12 PRESTAMERITO EJECUTIVO  
5 DIC 2015  
F. COPIA  
RECORTE HACIA ATRAS



término habilitador para el ejercicio de ciertas acciones judiciales<sup>30</sup>. En esta perspectiva el legislador ha considerado que la no materialización del término límite establecido para la correspondiente caducidad constituye otro de los presupuestos para el debido ejercicio de las acciones contencioso administrativas que estuvieren condicionadas para estos efectos por el elemento temporal<sup>31</sup>.

4.1.3.- Desde este punto de vista, la caducidad se institucionaliza como un concepto temporal, perentorio y preclusivo de orden, estabilidad, interés general y seguridad jurídica para los asociados y la administración desde la perspectiva procesal<sup>32</sup>, generando certidumbre y materializando el ejercicio razonable y proporcional que toda persona tiene para hacer valer sus derechos ante las autoridades judiciales<sup>33</sup>. En este

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001. "La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público, lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia".

<sup>31</sup> Corte Constitucional, SC-351 de 1994. "Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierran definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intertemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio (...) la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitarse el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde". Corte Constitucional, sentencia C-115 de 1998. "El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando por un acto, hecho, omisión u operación administrativa por parte de una autoridad pública, se lesionó un derecho particular" (...) "La institución de esta clase de términos fijados en la ley, ha sido abundantemente analizada por la doctrina constitucional, como un sistema de extinción de las acciones, independientemente de las regulaciones consagradas a través de la figura jurídica de la prescripción extintiva de derechos". "Siempre se ha expresado que la caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para reivindicarlo" (...) "La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (artículo 136 del CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Esto surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños anjurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

<sup>32</sup> WALINE, Marcel. Droit Administratif, Sirey, Paris, pp.174 y 175. "En fin, si se dispone aun de un recurso contencioso, en principio es preferible buscar primariamente un entendimiento amistoso; lo que es posible de hacer sin riesgo de que prescriba el recurso contencioso, porque el recurso administrativo, si es ejercido dentro del término señalado para el ejercicio del contencioso, interrumpe la prescripción de este".

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-781 del 13 de octubre de 1999. "De otro lado, resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones oficiales estableciendo un momento a partir del cual ya no es posible contrarrestar algunas actuaciones. De lo contrario, el sistema jurídico se vería abocado a un estado de permanente inseguridad donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal entorpecerían el desarrollo de las actividades nacionales".





Margarita María Barrios de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326)

Acción de reparación directa

sentido, las consecuencias del acaecimiento del elemento temporal que es manifiesto en toda caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad de la administración pública<sup>24</sup>.

4.1.4.- Esta figura como instituto procesal<sup>25</sup> debe examinarse en el marco de su fundamento constitucional, que no es otro que el artículo 228 de la Constitución en el que se apoya la *ratio* de los términos procesales, los cuales deben responder al principio de diligencia de todos los sujetos que actúan en el proceso. En cuanto a este primer argumento, el precedente jurisprudencial constitucional señala que "la Constitución no sólo pretende que los derechos de los ciudadanos se hagan efectivos, esto es, que se borre la consabida brecha entre normas válidas y normas eficaces, también pretende que los mecanismos por medio de los cuales los ciudadanos ven garantizados sus derechos sean efectivos. De ahí el énfasis en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa consagrada en el artículo 209 y la exigencia contemplada en el artículo 228 de que los términos procesales se observen con diligencia so pena de sanciones (...) Dicho precepto legal, por lo demás, expresa nitidamente el interés

---

Ha dicho la Corte: "La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusas algunas para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado". Ahora bien: los términos de caducidad no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la justicia, precisamente porque la limitación de plazo para impugnar ciertos actos –y es algo en lo que se debe insistir– está sustentada en el principio de seguridad jurídica y crea una carga proporcionada en cabeza de los ciudadanos para que se interesen y participen plenamente en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico. Ha añadido la Corte: "El derecho de acceso a la administración de justicia sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Seinejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implicitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin, el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual si resultaría francamente contrario a la Carta".

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998. "La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (art. 136 CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Esto surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

<sup>25</sup> Respecto de la figura de la caducidad puede verse la posición consolidada en: Sesión Técnica Hacienda, sesión C, sentencias de 25 de julio de 2011; expediente: 20140; 10 de noviembre de 2011; expediente: 10147; 10 de febrero de 2012; expediente: 21460; 7 de junio de 2012; expediente: 23698, entre otros.





general que todos los ciudadanos tienen en la buena y pronta marcha de la justicia (...). La constitucionalidad de la sanción en cuestión no puede ser vista desde la estrecha óptica de la relación individual de autoridad entre juez y parte. Ello, por cuanto su "justicia" es la resultante no de su conformidad con las expectativas -siempre cambiantes, variables e inciertas- de los individuos considerados como sujetos de una relación procesal, sino por su correspondencia con los valores que el propio Constituyente priorizó en la Carta de 1991, entre los cuales se cuenta el restablecimiento de la confianza ciudadana en la justicia, y su prestación recta y eficaz<sup>36</sup>.

4.1.5.- Dicho fundamento constitucional orienta la aplicación de los términos procesales desde una perspectiva social, propia a la justicia distributiva, cuyo sustento se encuentra en la efectiva protección de los derechos y en la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social. Lo anterior ratifica el precedente jurisprudencial constitucional según el cual, desde "esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros"<sup>37</sup>.

4.1.6.- Con base en estos presupuestos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que para "nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intertemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio"<sup>38</sup>.

4.1.7.- Por lo tanto, se ve en la necesidad de considerar la caducidad como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, lo que debe ser considerado, valorado y apreciado sin que haya lugar a su deformación y/o distorsión, porque sería como admitir su propia negación al colapsar el sistema jurídico, restarle eficacia y eficiencia al juez y plantear una suerte de ruptura al principio de

<sup>36</sup> Corte Constitucional, SC-165 de 1993.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Corte Constitucional, SC-351 de 1994.





confianza legítima. En este sentido, el precedente jurisprudencial constitucional considera, el "derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, ésto pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implicitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin (sic), el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual si resultaría francamente contrario a la Carta"<sup>39</sup>.

4.1.8.- A lo que se agrega por la jurisprudencia constitucional que el "derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, ésto pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia [...] En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual si resultaría francamente contrario a la Carta"<sup>40</sup>.

4.1.9.- Desde la perspectiva propiamente del instituto de la caducidad, su alcance, conforme al fundamento constitucional que se expresó, debe considerarse en los términos que el precedente constitucional ofrece, "la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitarse el derecho de defensa-, constituye omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende,

<sup>39</sup> Corte Constitucional, SC-351 de 1994.  
<sup>40</sup> Corte Constitucional, SC-418 de 1994.





acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde (sic). De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia pues, mal podría violarse este derecho respecto de quien gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda<sup>41</sup>.

4.1.10.- Y cabe resaltar, que el ejercicio de la acción de reparación directa dentro de los términos fijados por el artículo 136 numeral 8º del C.C.A., representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, por lo que el precedente jurisprudencial constitucional considera que la caducidad se constituye en el "límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado"<sup>42</sup>.

4.1.11.- A lo que se agrega, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que la "caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso"<sup>43</sup>.

4.1.12.- Por lo tanto, la aplicación de la caducidad es precisamente evitar la incertidumbre respecto al deber o no que cabría achacar al Estado de reparar un daño antijurídico causado. En este sentido, la jurisprudencia constitucional señala que la "justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso

<sup>41</sup> Corte Constitucional, SC-351 de 1994.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, SG-632 de 2001. Puede verse también sentencias C-394 de 2002, C-403 de 2002, C-410 de 2010.





Margaria María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326)  
Acción de reparación directa

administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general<sup>44</sup>.

4.1.13.- En criterio de la Sala los términos de caducidad, en especial para el ejercicio de la acción de reparación directa, están fijados para garantizar la certeza jurídica<sup>45</sup> a todo ciudadano que se crea con la posibilidad de invocar la tutela judicial, pero también a toda la colectividad, especialmente cuando se trata del respeto que merece proteger frente a la estabilidad cuando se trata de daños antijurídicos cuya causa y ocurrencia se consolidó en un momento temporal preciso, sin perjuicio del carácter continuado del mismo.

4.1.14.- De manera concreta, en relación con la caducidad de la acción de reparación directa dispone el inciso primero del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984, modificado por la ley 446 de 1998<sup>46</sup>], que respecto de dicho medio de control opera el mencionado fenómeno procesal al vencerse el plazo de 2 años, computados "a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del

<sup>44</sup> Corte Constitucional, SC-632 de 2001.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

<sup>46</sup> En su precedente normativo, esto es, en el Código Contencioso Administrativo consagrado por la ley 167 de 1941, en el artículo 83 y en su inciso 3º del artículo 84 estableció que las acciones encaminadas a obtener una reparación, como es la presente, prescriben al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, etc". Puede verse: Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 23 de mayo de 1953, expediente 19530523; Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 9 de marzo de 1954, expediente 19540309; Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de julio de 1955, expediente 1955-N5005; Sección Segunda, auto de 29 de febrero de 1972. "De conformidad con el artículo 83 del C.C.A. la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción". Fija esta norma un término perentorio para accionar o recurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos que lesionan derechos de particulares. Este término es lo que los tratadistas denominan "Caducidad", que es diferente, desde luego, a la prescripción. Hay por lo mismo una impropiedad en la norma al hablar de prescripción y no de caducidad. Los plazos pre establecidos en forma objetiva, es decir, sin consideración a situaciones personales del interesado, es lo que se llama caducidad. Si el actor los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho a la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para levantarlos excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse, al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva de derechos. El derecho puramente potestativo a la acción o al recurso comienza con el plazo prefijado y nada obsta para que se ejerza desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o transcurrir el plazo improrrogable. Quien se crea con derecho a accionar contra el acto administrativo que lo ha creído debe hacerlo dentro de un plazo de 2 años, computados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del

5 DIC 2015 10:54 AM COPIA DE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO





inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa".

4.1.15.- El tratamiento legislativo dado a la caducidad de la acción de reparación directa es clara; el legislador ha establecido una evidente e inobjetable regla general en la materia, permitiéndole a quien alegue ser víctima de daños antijurídicos imputables al Estado, hacer uso de la acción dentro de los 2 años siguientes [Día siguiente<sup>47</sup>] de la ocurrencia del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal por obra pública o por cualquier otra causa de la propiedad ajena, o también, según el caso y las circunstancias, es procedente su invocación a partir del día siguiente a aquel en que la persona interesada tenga conocimiento<sup>48</sup> del hecho, operación, omisión u ocupación<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, sentencia C-565 de 2000, "Sin embargo, siguiendo la misma línea de análisis de la Sentencia C-447 de 1996, y teniendo en cuenta que la necesidad de coherencia dentro de la jurisdicción constitucional no puede traer como efecto la denegación de justicia, debe esta Corporación reiterar que cuando una norma ha sufrido una modificación que afecte sus alcances, ello justifica un nuevo análisis de la proposición normativa, aun cuando sólo sea para constatar que es irrelevante constitucionalmente. Por tal motivo, debe esta Corte manifestarse sobre si las modificaciones introducidas por el legislador en el presente caso constituyen razón de justicia suficiente para variar el dictum de la Sentencia C-351 de 1994. No obstante, en el presente caso, por la índole de las modificaciones que introduce la Ley 440 de 1998, la Corte no considera que éste sea el caso, y por lo tanto, es suficiente mencionar brevemente los efectos de las modificaciones respecto de la totalidad de la norma demandada. Como primera medida, es necesario tener en cuenta que la modificación mediante la cual se dispone que el término de caducidad empieza a correr a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, constituye una garantía para los administrados en la medida en que agrega un día al término de caducidad respecto del anterior. Por otra parte, al empezar éste a correr al día siguiente, se tiene en cuenta un principio de realidad evidente, ya que, dependiendo de la hora en que le fuera dado a conocer, el administrado no contaba con ese día para interponer la demanda, toda vez que bien podía encontrarse por fuera del horario de atención de los despachos judiciales. Por lo tanto, esta modificación es más razonable y rigurosa jurídicamente, en la medida en que tiene en cuenta la situación anterior, para efectos de contabilizar el término de caducidad. A juicio de esta Corporación, por lo tanto, esta modificación se aviene perfectamente a la norma fundamental. Como segunda medida, aun cuando en la demanda no se controvierte, debe esta Corporación manifestar que, la comunicación, como forma de dar a conocer los actos administrativos, tampoco puede considerarse inconstitucional para efectos de determinar el inicio del término de caducidad, siempre y cuando ella se realice de conformidad con los principios y reglas que rigen el debido proceso".

<sup>48</sup> Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 12200. "Por regla general, la fecha para la iniciación del conteo de ese término es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa. Excepcionalmente, esta Sala en su jurisprudencia ha tenido en cuenta que el término de caducidad, por alguna de esas conductas administrativas, se cuenta a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia, precisamente, porque el hecho no se hizo visible. Si en este caso el hecho ocurrió el día 5 de octubre de 1988 el término venía al fallecimiento del bienio, contado a partir del día siguiente al señalado. El caso planteado no se ubica en la situación relativa a que un hecho administrativo pasado se conoce cuando el daño causado aparece (caso médico de práctica de cirugías en las cuales se le dejó al paciente un instrumento el cual se descubre cuando el paciente se enferma y se reinterviene)". Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2000, expediente 18805. "La providencia de fecha 30 de abril de 1997, exp. 11350, ciertamente alude al tema de la caducidad de la acción y refiere que no puede extremarse el rigor para verificar el término de la misma, pero debe advertirse que se trata de un caso clínico en el cual la víctima directa sufrió una lesión irreversible en el oído, la cual no le fue diagnosticada al momento de ser dado de baja sino cuando la Junta Médica Laboral rindió su concepto. Sin embargo, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la administración de justicia en eventos en los que no se tiene certeza sobre cuándo se inicia el cómputo del término de caducidad, para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan determinar si operó o no dicho fenómeno. En este sentido se pronunció en providencia del 7 de mayo de 1998 proferida dentro del proceso 14.297 adelantado por W. A. L. contra el Instituto de Seguro Social. En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia del 7 de septiembre de 2000, expediente 13126, dentro del proceso adelantado por J. A. R. A. contra Nación-Ministerio de Obras Públicas, expediente 12090 y del 10 de abril de 1997, expediente 10954".

<sup>49</sup> Sección Tercera, sentencia de 25 de agosto de 2005, expediente 20721. "Entratándose (sic) de ocupación temporal o permanente de inmuebles, el término para accionar, empieza a correr a partir del día siguiente de su ocurrencia, es decir desde cuando cesó la ocupación temporal porque en ese momento se consolida el servicio, o desde cuando se termine la obra en relación con la ocupación permanente". Puede verse también la sentencia de la Sección Tercera, sentencia de 17 de febrero de 2005, expediente 26360.





etc.

4.1.16.- Así las cosas, se ha distinguido que el cómputo de dicho término inicia i) al día siguiente a cuando ha sucedido la conducta generadora del daño antijurídico, o ii) a partir de cuando ésta es conocida por quien la ha padecido, distinguiendo dicho fenómeno de la prescripción<sup>50</sup>, y manteniéndose su concepción tradicional respecto del

<sup>10</sup> Sección Tercera, auto de 31 de mayo de 1979 "De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional, existen notables diferencias entre las figuras de la prescripción y la caducidad; La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 19 de octubre de 1940, estudió el tema al examinar el contenido jurídico del artículo 7º de la Ley 160 de 1936 en relación con el ejercicio de las acciones consagradas y de los plazos señalados para intentarlas por la vía ordinaria. Después de transcribir las opiniones de Pianiol y Ripert, Josserand y Nicolas Covello, y de analizar las disposiciones pertinentes de nuestra legislación, condensó las diferencias fundamentales entre los dos medios de extinción de los derechos y las acciones "según la concepción de los técnicos y el desenvolvimiento positivo del Código Civil y de las normas particulares contenidas en otras leyes", así: "a) Aunque excepción de naturaleza perentoria, la prescripción debe ser propuesta o alegada por quien quiera aprovecharse de ella, pues no es susceptible de ser declarada de oficio (artículos 2.513 del C. C. y 343 del C.J.). Es, por consiguiente, un medio de defensa al alcance de la parte demandada, lo que quiere decir que no puede operar sino cuando se ha conformado la relación procesal o sea una vez que se promueve la acción y el adversario se propone extinguirla por tal vía. De ahí que la prescripción extintiva no tiene cabida sino ape excepción. "Por el contrario, la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, pues sería inadmisible que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción o del recurso, sin embargo, se oyera el promotor de la una o del otro. Aparecen como ejemplos de estas caducidades los términos señalados en el Código de Procedimiento para el cumplimiento de ciertos actos, la interposición de recursos, etc., los cuales no pueden producir resultado de ningún género si no se cumplen dentro de la oportunidad prevista, pues de otro modo se surte con respecto a ellos un efecto preclusivo. En este sentido la caducidad opera ipso jure, vale decir que no es necesario instancia de parte para ser reconocida. "b) La prescripción es renunciable de modo expreso o tácito, en las condiciones previstas en los artículos 2514 y 2515 del Código Civil. La caducidad no lo es nunca lo cual se explica por la naturaleza de orden público que en esta última tiene el término pre establecido por la ley positiva para la realización del acto jurídico. "c) Los términos de prescripción admiten suspensión y pueden ser interrumpidos. Es la regla general que domina el fenómeno, si bien es cierto que algunas prescripciones breves las señaladas en los artículos 2542 y 2543 corren contra toda clase de personas y no son, por tanto susceptibles de suspensión. Pero tal circunstancia no altera ni disminuye la diferencia apuntada, puesto que los plazos de caducidad no comportan jamás la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y deben ser cumplidos rigurosamente si pena de que el derecho o la acción se extinguán de modo irrevocable. La interrupción de la prescripción impide que ésta se produzca. En la extintiva o liberatoria la interrupción civil por la notificación judicial de la demanda hace legalmente eficaz el ejercicio del derecho o de la acción. "Con respecto a la caducidad no puede hablarse de interrupción, desde luego que en el mismo supuesto la presentación de la demanda dentro del término pre establecido es el ejercicio mismo de la acción, el adecuado acomodamiento al precepto que instituye el plazo. "d) La prescripción corre o empieza a contarse desde que 'la obligación se hace exigible', lo que implica siempre la existencia de una obligación que extinguir (artículo 2535, inciso 29). "La caducidad por el transcurso del tiempo no la supone necesariamente, ya que la consagra la ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un hecho, de suerte que el plazo prefijado sólo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto". (G.J. Tomo LXI Nos. 2040, 2041, págs. 589 a 591). También el Consejo, por lo menos desde 1950, desindió las nociones de las dos figuras jurídicas para dar el verdadero significado procesal al fenómeno de la caducidad, realmente consagrado en las disposiciones de la Ley 167 de 1941, y al de la prescripción "como medio que tiende a aniquilar la acción en sus aspectos sustantivos" (Anales, Tomo LXI, bis, págs. 146 y 234) para afirmar que no son equivalentes pues "la caducidad consiste en la extinción del derecho a la acción o al recurso, por vencimiento del término concedido para ello, institución que se justifica ante la conveniencia de señalar un plazo invariable para que quien se pretenda titular de un derecho opte por ejercitarlo o renuncie a él, fijado en forma objetiva sin consideración a situaciones personales del interesado, no susceptible de interrupción ni de renuncia por parte de la administración, al contrario de lo que sucede con la prescripción extintiva de derechos" (Anales, Tomo LXIII, Nos. 392, 396, pág. 847); para confirmar que "los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas que señalan los artículos 83 y 272 del Código Contencioso Administrativo son perentorios y al contrario de lo que sucede con los de la prescripción de los derechos y de las acciones civiles, no son susceptibles de suspensión" (Anales, Tomo LXIV, Nos. 397, 398, pág. 323); para "dejar en claro la diferencia que existe entre el derecho subjetivo reclamado y el derecho a ejercitá la acción establecida para deducirlo en juicio", y reiterar que "los términos para el ejercicio de las acciones de naturaleza civil deducibles ante la jurisdicción ordinaria rigen lo concerniente a ellas en tanto que las acciones de naturaleza administrativa que promueven contenciones ante la respectiva jurisdicción se subordinan a los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacer efectiva la responsabilidad del Estado cuando éste, por acción, o hecho u omission, en función de autoridad o de servicio oficial lesiona un derecho particular", recordando estas últimas afirmaciones con la reproducción de las conclusiones finales de la providencia de la Corte antes transcrita. (Anales, Tomo LXII, Nos. 403 y 404, págs. 288 a 289)". Sección Tercera, sentencia de 28 de setiembre de 2000, presidente Soto, "La *150* *HACÉ COPIA*



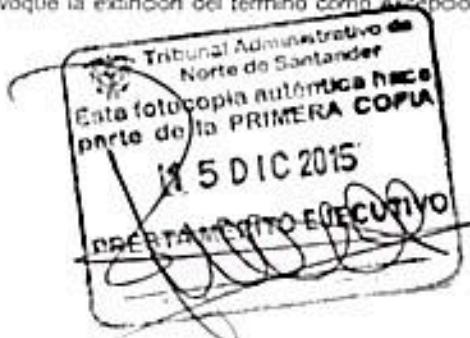
dano continuado<sup>51</sup>.

4.1.17.- Por otra parte, el segundo evento de cómputo de la caducidad ha sido estructurado a partir de un criterio de cognoscibilidad<sup>52</sup>, y tiene lugar cuando el hecho

doctrina ha desarrollado las características propias de esta figura para intentar delimitarla y diferenciarla con la prescripción extintiva de corto plazo. La caducidad, a diferencia de la prescripción, no admite suspensión salvo la excepción consignada con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2006, expediente 32628. "Cuando el daño por el cual se reclama indemnización proviene de una conducta omisiva de la Administración, la prolongación en el tiempo de esa actitud omisiva, característica que es connatural a la omisión, no conduce a concluir la inexistencia del término para intentar la acción; en este evento, tal término empezará a contarse a partir del día siguiente en que se consolidó la omisión, es decir, del momento en el cual se puede predicar el incumplimiento de un deber por parte de la Administración". En una posición contraria ver: Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37268. "Ahora bien, es menester precisar que el hecho dañoso puede darse de forma instantánea o modulada en el tiempo, es decir, puede agotarse en un único momento o presentarse de forma reiterada o continuada en el tiempo pero, independientemente de la forma en la que se exterioriza dicha actuación, el término de caducidad inicia una vez haya tenido ocurrencia la causación del daño, por tanto, desde el momento en que se presentó el daño irrogado al patrimonio de la víctima debe computarse el término de caducidad de la acción, es decir, al momento en el cual la actuación específica causó el daño cuya indemnización se reclama. Lo anterior obedece por cuanto desde ese primer momento en que se causó el perjuicio, la víctima puede acudir a la administración de justicia para solicitar el restablecimiento del derecho correspondiente. De otra manera, existirían situaciones en las cuales el término de caducidad nunca iniciaría, cuestión que daría lugar a la indeterminación de tales situaciones jurídicas, en contra de la seguridad jurídica de los sujetos procesales y de su debido proceso, comoquiera que el ejercicio de su derecho de defensa se vería extendido indefinidamente. Aun cuando se trate de una actuación dañosa cuyas consecuencias perjudiciales permanecen en el tiempo, la caducidad no se extiende indefinidamente, sino que opera desde el mismo momento en que ésta ocurre, es decir, cuando efectivamente se haya inferido el daño".

<sup>52</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 28 de septiembre de 1961. "La equivalencia que se da en el mismo Código Contencioso Administrativo a los vocablos "prescripción" y "caducidad" es una impropiedad de lenguaje. Lo cierto es que esos vocablos corresponden jurídicamente a fenómenos semejantes, aunque bien diferentes por algunos aspectos. En numerosas ocasiones el Consejo de Estado ha rechazado demandas de plena jurisdicción, así como ha confirmado autos inadmisibles de demandas en revisión de impuestos, fundándose en que tales acciones tienen fijados en el Código Contencioso Administrativo plazo perentorio para su ejercicio, de tal manera que vencido el plazo la acción se extingue. Este fenómeno jurídico de la extinción del derecho a accionar o a recurrir por vencimiento del término perentorio concedido para ello es lo que los doctrinantes denominan caducidad. Aunque en el mismo Código se le denomine indistintamente caducidad o prescripción parece más ajustado a la terminología jurídica llamar a ese fenómeno caducidad, porque, no obstante ser sus consecuencias muy semejantes a las de la prescripción, se diferencia de ésta por varios extremos importantes. Entre ellos pueden tenerse en cuenta, por su trascendencia los siguientes, en los cuales debe ponerse énfasis cuando se trata de acciones contenciosas administrativas de carácter subjetivo, es decir, de las encaminadas a sustentar un derecho particular que se crea lesionado por un acto de la Administración creador de una situación jurídica individual y concreta para el demandante. Dicen los doctrinantes que en ciertos casos, con el fin de no cargar a una persona con obligaciones inseguras y para ella desconocidas, conviene señalar un plazo invariable para que quien se pretenda titular de los derechos correlativos opte por ejercitálos o renuncie a ellos. Y eso es lo que sucede precisamente a las personas administrativas cuando producen actos creadores de situaciones individuales y concretas para otros entes jurídicos. Se hizo necesario por eso fijar términos precisos e invariables dentro de los cuales hubiera de ejercitarse la acción o el recurso concedido contra tales actos en favor de quienes se creyeran lesionados por ellos. Dentro de ese plazo el derecho de accionar o de recurrir puede ejercitarse desde el primer día. Después del plazo prefijado tal derecho ya no existe. El se ha extinguido con el término concedido para ejercitarlo. Esta extinción del derecho por la extinción del plazo prefijado en la ley para iniciar la acción es lo que se denomina caducidad de ésta. Y esos plazos están pre establecidos en forma objetiva, es decir, sin consideración a situaciones personales del interesado. Si los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho a la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para revivirla excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse, al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva de derechos. En otras palabras, el derecho puramente potestativo a la acción o al recurso comienza con el plazo prefijado y nada obsta para que se ejerza desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo improrrogable. Teniendo esto en cuenta, quien se crea con derecho a accionar o a recurrir contra el acto administrativo que le ha creado una situación jurídica subjetiva debe hacerlo cuanto antes para no correr el riesgo de que se le extinga el plazo concedido. Los tratadistas y la jurisprudencia están de acuerdo también en que el plazo prefijado para ejercitarse un derecho, como es el de accionar en el caso que se estudia, puede y debe dar lugar a que el juzgador lo declare de oficio caducado y con él la acción cuyo ejercicio limita. Muchas son las opiniones de tratadistas en favor de esta tesis y el Consejo de Estado, como se dijo al principio, la aplica para no admitir la demanda si aparece evidente que ella se ha presentado cuando el término se halla extinguido. No es menester, pues, que la persona administrativa demandada invoque la extinción del término como excepción. En la





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326)

Acción de reparación directa

dañoso pudo haberse presentado en un momento determinado, pero sus repercusiones se manifestaron de manera externa y perceptible para el afectado solamente hasta una ulterior oportunidad, de modo que el término de caducidad se computa desde cuando el daño se hizo cognoscible para quien lo padeció<sup>53</sup>.

4.1.18.- Ahora bien, dentro del análisis de la caducidad de la acción de reparación directa se advierte que de los supuestos a considerar por el juez contencioso administrativo cabe distinguir:

#### 4.1.18.1.- En materia de obra pública o trabajos públicos.

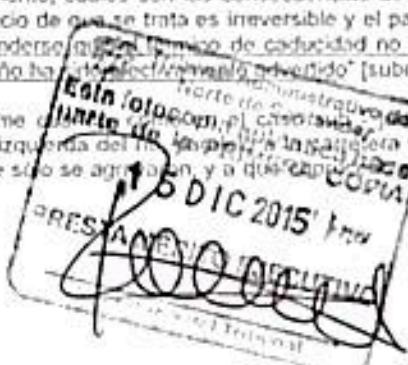
(1) La jurisprudencia inicial de la Sección Tercera establece que el cómputo de la caducidad cuando se trata de la ejecución de una obra pública con la que produce un daño antijurídico a una persona [natural o jurídica] "empezará a contar a partir de la terminación de la misma"<sup>54</sup>.

caducidad o vencimiento del plazo prefijado para iniciar una acción subjetiva contra actos de la Administración no cabe siquiera que ésta renuncie al derecho que le da el vencimiento del plazo que el demandante tuvo y no aprovechó para intentar la acción o el recurso. Se trata de una institución de orden público para evitar que las personas estatales queden expuestas más allá del plazo prefijado al cumplimiento de obligaciones inseguras y ocultas que hubiera podido crearles el ejercicio de su actividad en frente de otras personas". Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2006, expediente 32628. "Se tiene entonces que el inicio del término para intentar la acción coincide con el de la ejecución del hecho, omisión u operación administrativa, ocupación temporal o permanente del inmueble y sólo en eventos muy especiales, como aquellos en los cuales la producción o manifestación del daño no coincide con el acaecimiento de la actuación que les da origen, la Sala ha considerado que el término para accionar no debe empezar a contarse desde cuando se produjo la actuación causante del daño sino desde que el afectado tuvo conocimiento del mismo". Sección Tercera, Subsección C, Auto de 21 de febrero de 2011, expediente 39360. "En el caso sub examen, al estar en presencia de las anteriores circunstancias, el término de caducidad debe ser el dispuesto en el inciso 2º del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. Debemos precisar que dicho artículo, al ser adicionado por la Ley 589 de 2000, en el sentido de establecer en su inciso segundo una variación en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción, no hizo otra cosa que permitir el acceso a la justicia para aquellas personas víctimas de este cruel delito, debido a que, como ya se mencionó, el delito de desaparición forzada continúa en el tiempo hasta tanto ocurra uno de estos eventos: que aparezca la víctima, o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición. Luego entonces, el plazo de los dos (2) años se empieza a contabilizar a partir del acaecimiento de cualquiera de los sucesos ya indicados. Del estudio del material probatorio allegado al proceso, es posible establecer que el soldado Gildardo Pabón Perdomo se encuentra desaparecido desde 1998, sin que a la fecha se tenga conocimiento de su paradero, y por cuanto dicha conducta no ha cesado, no puede considerarse caducada la acción de reparación directa, toda vez que éste no ha recuperado su libertad, ni tampoco se ha proferido sentencia dentro del proceso penal que se adelanta ante la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario." Consejo de Estado.

<sup>53</sup> Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2000, expediente 12200. Puede verse: Sección Tercera, sentencias de 12 de mayo de 2010, expediente 31582; Sub-sección A, sentencia de 12 de mayo de 2011, expediente 19835; Sub-sección A, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 24249.

Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 18273. "No obstante, esta Corporación ha expresado, en diferentes ocasiones, que si bien el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho o la omisión, cuando no puede conocerse, en el mismo momento, cuáles son las consecuencias de éstos, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se determina que el perjuicio de que se trata es irreversible y el paciente tiene conocimiento de ello. Con mayor razón, entonces, debe entenderse que el término de caducidad no puede comenzar a contarse desde una fecha anterior a aquella en que el daño ha sido efectivamente sufrido" [subrayado fuera de texto].

<sup>54</sup> Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994. "[...] máxime cuando, como en el caso instantáneo, la demanda afirma que tan pronto se construyó el muro en la margen izquierda del río Magdalena, la gobernadora y para protección de su banca, ni siquiera empezaron los perjuicios sino que solo se agravaron, y a que el daño causativo





546 46  
35

(2) La jurisprudencia de la Sección Tercera entiende que la realización o ejecución de una obra pública produce daños y perjuicios de naturaleza instantánea, de manera que el cómputo del término de caducidad se hace desde la fecha en que queda concluida la obra pública<sup>55</sup>.

(3) Cuando de una obra pública se producen daños y perjuicios que se prolongan en el tiempo, la jurisprudencia de la Sección Tercera exigen tener en cuenta los siguientes criterios: (a) cuando se trata de daños producidos con ocasión de obras o trabajos públicos<sup>56</sup> "no es conveniente prolongar en el tiempo el conteo del plazo para interponer la acción como quiera que el daño se encuentra materializado en un solo momento"<sup>57</sup>; (b) no debe confundirse el nacimiento del daño con posterior agravación o empeoramiento; (c) como consecuencia de lo anterior, no puede aceptarse "que mientras se estén produciendo o agravando los daños seguirá viva la acción, porque esta solución sería la aceptación de la no caducidad de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos", siendo contrario a la Constitución y a la ley<sup>58</sup>; (d) por regla general, cuando se trata de daños "de ocurrencia prolongada en el tiempo (periódicos o sucesivos), no puede "hacerse caso omiso de la época de ejecución" de la obra pública "para hablar sólo de la acción a medida que los daños apareciendo, así su ocurrencia sea posterior a los años de construida la obra"<sup>59</sup>; (e) en aplicación de lo principios pro

se había iniciado desde muchos años antes (unos 16). Posición sostenida en: Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 1 de octubre de 2014, expediente 33767. [...] Según lo manifestado por la parte demandada, para la época en que formuló la demanda (15 de febrero de 2002) la acción estaba caducada, ya que el término debía contarse desde el momento en que inició la ejecución del contrato, esto es, desde el 18 de noviembre de 1997; sin embargo, como atrás se advirtió, lo importante para constabilizar dicho término es identificar la fecha en la que culminó la obra en el predio afectado. Ahora, comoquiera que en este caso la parte demandada no demostró el momento en que terminó la obra sobre el inmueble cuya posesión alegan los demandantes y, en su lugar, está demostrado que la totalidad de la misma culminó el 15 de febrero de 2000, se infiere que la acción de reparación directa se ejerció dentro del término de ley.

<sup>55</sup> Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994, expediente 8610. [...] La premisa para este tipo de casos es que "una obra pública puede producir perjuicios instantáneos, por ejemplo, el demembamiento de un edificio aledaño [...] En el primer evento (perjuicio instantáneo) el término de caducidad es fácil de detectar: tan pronto se ejecute la obra empezará a correr el término para accionar. Para una mayor certeza la jurisprudencia de la Sala ha señalado como fecha inicial, aquella en la que la obra quedó concluida".

<sup>56</sup> Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de julio de 2011, expediente 21281. [...] el daño que se reclama es precisamente la ocupación del inmueble una vez culminada la obra, mientras que en la segunda hipótesis la lesión antijurídica que se invoca reside en la afectación a bienes, derechos o intereses legítimos «distintos a la ocupación del terreno» en medio de la ejecución de la obra pública».

<sup>57</sup> Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de julio de 2011, expediente 21281.

<sup>58</sup> Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994, expediente 8610. [...] En los eventos de perjuicios prolongados en el tiempo, aunque en la práctica es más difícil detectar la fecha inicial porque puede confundirse el nacimiento del perjuicio con su agravación posterior, no por eso puede aceptarse que mientras se estén produciendo o agravando los daños seguirá viva la acción, porque esta solución sería la aceptación de la no caducidad de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, y contraría el mandato expreso de la ley que es enfática en hablar de dos años contados a partir de la producción del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos».

<sup>59</sup> Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994, expediente 8610. [...] En otros términos, el legislador al establecer la caducidad en la forma explicada partió de un supuesto que le da certeza y estabilidad a la institución: que en este campo el perjuicio debe concretarse, nacer, a más tardar dentro de los dos años sujetoables a la ejecución de los trabajos, así puedan agravarse o continuar su ocurrencia con posterioridad al plazo establecido.





actione y pro damato, en ciertos eventos el término de caducidad "debe empezar a contarse a partir de la fecha en la cual el interesado tuvo conocimiento del hecho que produjo el daño, que puede coincidir con la ocurrencia del mismo en algunos eventos, pero en otros casos no"<sup>60</sup> [criterio que es aplicable tanto para asuntos en los que se debate un daño antijurídico producido por una obra pública, como por la ocupación temporal o permanente de un inmueble]. Se trata de afirmar como criterio aquel según el cual el cómputo de la caducidad debe tener en cuenta la fecha en la que la víctima o demandante conoció la existencia del hecho dañoso "por la sencilla razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción"<sup>61</sup>; (f) se deben tener en cuenta las situaciones particulares de cada juicio, en el sentido en que las circunstancias particulares permitirán en ocasiones iniciar el cómputo desde el momento en el cual el afectado tuvo conocimiento del hecho -daño al descubierto- época que permite la reclamación judicial de la indemnización del dano alegado<sup>62</sup>; y, (g) la caducidad opera cuando el término concedido por la ley para ejercitarse la acción fenece y se edifica sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo e independiente de consideraciones ajenas al transcurso del tiempo, sin que pueda ser objeto de convención o de renuncia<sup>63</sup>.

Examinado el supuesto de la caducidad de la acción de reparación cuando se producen daños debidos a obras o trabajos públicos, la Sala examina cuando se trata de supuestos de ocupación temporal o permanente de inmuebles.

#### 4.1.18.2.- En materia de ocupación temporal o permanente de inmuebles de propiedad privada.

##### (1) Tratándose de la ocupación permanente o definitiva de un predio por obras públicas,

<sup>60</sup> Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 12200. "[...] sostuvo la Sala que si bien es cierto que el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A. establece que el término de caducidad para instaurar la acción de reparación directa se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajeno por causa de trabajos públicos, dicha norma entendida de manera racional debe interpretarse en el sentido de que no basta con la realización pura y simple del hecho causante del daño sino que es necesario que haya sido conocido por el afectado, lo cual en la mayoría de las veces ocurre al mismo tiempo". Reiterada en las siguientes providencias: 10 de noviembre de 2000, expediente 18805; de 27 de febrero de 2003, expediente 23446; 2 de febrero de 2005, expediente 27994; de 11 de mayo de 2006, expediente 30325; de 18 de julio de 2007, expediente 30512.

<sup>61</sup> Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 12200. "[...] Sin embargo, cuando la producción de esos eventos no coincide temporalmente, el principio pro actione debe considerar la fecha a computar el plazo de caducidad a partir del momento en el cual el demandante conoció la existencia del hecho dañoso por la sencilla razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción". Reiterada en las siguientes providencias: 10 de noviembre de 2000, expediente 18805; de 27 de febrero de 2003, expediente 23446; de 2 de febrero de 2005, expediente 27994; de 11 de mayo de 2006, expediente 30325; de 18 de julio de 2007, expediente 30512.

<sup>62</sup> Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, expediente 15093.

<sup>63</sup> Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 15 de febrero de 2012, expediente 22355.





el término de caducidad no se contaba a partir de la finalización total de la obra, sino a partir del momento en el cual se presentó la ocupación en el predio afectado<sup>64</sup>.

(2) Sin embargo, esta postura no ha sido uniforme y se determinado por la Sección Tercera que en este tipo de casos el cómputo debe tener en cuenta "la esperanza de que el Estado restituya la posesión material sobre el respectivo bien al concluir"<sup>65</sup> la actividad que fue objeto de la ocupación [donde debe distinguirse el supuesto de la obra pública, de la ocupación temporal o permanente como consecuencia de una obra pública], de manera tal que en la ocupación temporal o permanente de un inmueble con ocasión de una obra pública la caducidad de la acción debe considerarse "que en estas hipótesis se espera o existe una expectativa legítima de que al concluir la ejecución del contrato se restituya la posesión material del respectivo bien, razón por la cual sólo hasta la finalización de la misma se podrá establecer el periodo de afectación de aquél y, por lo tanto, solicitar la indemnización de perjuicios"<sup>66</sup>.

(3) En todo caso, siguiendo la jurisprudencia de la Sub-sección, es incompatible convencional [artículo 1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos] y constitucionalmente pretender "prolongar en el tiempo la posibilidad de acceder a la administración de justicia cuando los daños, de carácter permanente, ya se han consolidado, lo que genera sin anfibología inseguridad jurídica"<sup>67</sup>.

Examinado el supuesto de la caducidad de la acción de reparación cuando se producen daños debidos a la ocupación temporal o permanente de inmuebles, la Sala examina cuando se trata de supuestos de privación injusta de la libertad.

#### 4.1.18.3.- En materia de privación injusta de la libertad.

<sup>64</sup> Sección Tercera, auto del 9 de abril de 2008, expediente 33834. "[...] El señor Walter Padilla solicitó la declaratoria de responsabilidad del INVÍAS por la ocupación permanente, por obras públicas, de la franja de un terreno que afirma es de su propiedad. Señaló además los siguientes hechos que resultan relevantes para la decisión: - Las obras de la carretera La Troncal Caribe o Vía al Mar iniciaron en 1976 (pretensión primera y hecho quinto, fol. 78 y 82 c. 2). - La ocupación a su predio ocurrió en 1983, cuando se iniciaron las obras de la segunda etapa, que finalizaron en 1988 (hechos quinto, sexto y séptimo). - La totalidad de las obras de la carretera La Troncal Caribe o Vía al Mar finalizaron en 1992 (hechos quinto y sexto). Con fundamento en los anteriores hechos, la Sala advierte que la ocupación del predio del demandante inició en 1983 y duró hasta el año 1988, cuando culminaron las obras de la segunda etapa que afectaron una parte del terreno del cual afirma es propietario (...) Teniendo en cuenta lo anterior, la fecha a partir de la cual se cuenta el término de caducidad de dos años es desde el día siguiente de verificada la ocupación -año 1983- y, como la demanda se presentó el 7 de junio de 2002, cabe concluir que la acción de reparación directa no fue ejercida oportunamente".

<sup>65</sup> Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de julio de 2011, expediente 21281.

<sup>66</sup> Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de julio de 2011, expediente 21281.

<sup>67</sup> Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de julio de 2011, expediente 21281.





La jurisprudencia de la Sección Tercera considera que en estos eventos "caduca al vencimiento del término de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho que causó el daño, que para estos casos generalmente se hace evidente o se concreta mediante la ejecutoria de la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión. La caducidad de la acción es la institución jurídico-procesal mediante la cual el legislador, en consideración a la seguridad jurídica y el interés general, establece límites temporales para el ejercicio de las acciones que materializan el derecho de acceso a la administración de justicia. Cuando opera la caducidad se extingue el derecho de acción "de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado". Por ser de orden público, la caducidad es indisponible, irrenunciable y el juez, cuando encuentre probados los respectivos supuestos fácticos, puede declararla de oficio, aún en contra de la voluntad de las partes. La caducidad opera por el sólo transcurso objetivo del tiempo, y su término perentorio y preclusivo, por regla general, no se suspende, no se interrumpe y no se prorroga"<sup>62-63</sup>.

Examinado el supuesto de la caducidad de la acción de reparación cuando se producen daños debidos a la privación injusta de la libertad, la Sala examina cuando se trata de supuestos de daños antijurídicos con los que se compromete la violación de derechos humanos derivada de actos de lesa humanidad.

#### 4.1.18.4.- En materia de actos de lesa humanidad [desaparición forzada] con los que se ocasiona daños antijurídicos.

Debe examinarse cuando la acción se encamina a establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por acciones, omisiones o inactividad constitutivas de actos de lesa humanidad, específicamente por desaparición forzada. En el con-

<sup>62</sup> Sentencia de 30 de agosto de 2006.

<sup>63</sup> Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 33230.

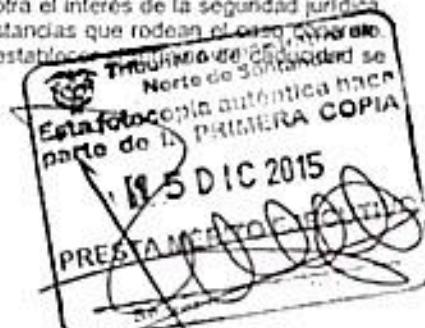




lesa humanidad, ya el legislador colombiano determinó el alcance de la caducidad de la acción de reparación directa para el supuesto específico de la desaparición forzada, [que para su calificación como crimen de lesa humanidad debe cumplir con los siguientes elementos: debe tratarse de un ataque sistemático o generalizado dirigido a una población civil], tal como se desprende del inciso segundo del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], adicionado por el artículo 7º de la ley 589 de 2000, y de cuyo tenor se deriva que el cómputo de la caducidad será "a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición".

En este sentido, el término de caducidad, para el específico supuesto de la desaparición forzada, tiene tres posibles alternativas de cómputo: a) a partir del día de aparición de la víctima, lo cual se convierte en un dato histórico cierto y objetivo, del cual se puede predicar los postulados generales para la caducidad de la simple acción de reparación directa; b) a partir de la firmeza, por ejecutoria, del fallo penal que declare la desaparición forzosa, caso en el cual podría aplicarse las reglas jurisprudenciales que para el cómputo de la caducidad operan con ocasión de daños debidos a detención arbitraria [privación injusta de la libertad]; y, por último, c) a partir del momento de ocurrencia de los hechos, que en la práctica constituye también una fecha cierta<sup>70</sup> [y es

<sup>70</sup> Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 26 de julio de 2011, expediente 41037. "Sin embargo, la Sección Tercera de esta Corporación ha reconocido que existen ciertas excepciones a la regla de caducidad dispuesta por el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A, una de ellas es el caso de la desaparición forzada, en la que el término empieza a correr luego de constatados uno de estos dos eventos: (i) el aparecimiento de la víctima o (ii) la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. La anterior conclusión tiene su fundamento legal en la ley 589 de 2002, que introduce una modificación al Código Contencioso Administrativo en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación directa con el fin de redimir los daños derivados del delito de desaparición forzada, esto es, "a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición (...). En efecto, cualquier tipo de desplazamiento forzoso presupone un abandono involuntario e intempestivo del lugar de residencia y de la actividad económica a la que se dedicaban los afectados, por ende, implica un desarraigo cultural de quien se ve forzado a migrar a un punto geográfico diferente. Esta situación se agrava, cuando el desplazamiento no se produce al interior del país, sino que rebasa las fronteras nacionales, donde el desarraigo es aun (sic) mayor en virtud de las marcadas diferencias culturales que existen entre un país y otro. Así las cosas, el desplazamiento forzado también infringe un daño que es continuado y se extiende en el tiempo, como quiera que dicha conducta no se agota en el primer acto de desplazamiento, por el contrario, el estado de desplazado continua hasta que las personas no puedan retornar a su lugar de origen, es decir, que las causas violentas que originaron el éxodo todavía existen, y por tanto, es imposible volver. 5. Respecto de la forma para computar el plazo de caducidad en los eventos de daño continuado, la jurisprudencia de la Sección ha sido restringiva, en el sentido de que cuando se demanda la reparación de un daño continuado en el tiempo, como sería la hipótesis del desplazamiento forzado, el término para intentar la acción, sólo inicia su conteo a partir del momento en que se verifique la cesación de la conducta o hecho que dio lugar al mismo". Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2001, expediente 13772. "...en un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso". No obstante, no debe perderse de vista que de conformidad con la ley, para establecer la caducidad se





la regla general].

Examinado el supuesto de la caducidad de la acción de reparación cuando se producen daños debidos a actos de lesa humanidad, la Sala examina cuando se trata de supuestos de daños ambientales ocasionados por acción, omisión o inactividad de la administración pública.

**4.1.18.5.- En materia de daños ambientales ocasionados por acción, omisión o inactividad de la administración pública.**

De acuerdo con el auto de 10 de diciembre de 2014<sup>71</sup> cuando "Cuando se trata de la responsabilidad por daños ambientales y ecológicos debe precisarse: (1) la contaminación como fenómeno es el supuesto fáctico del que se hace desprender la concreción dañosa en derechos, bienes e intereses jurídicos; (2) la contaminación en sí misma no es asimilable al daño ambiental y ecológico, ya que se comprende que en la sociedad moderna a toda actividad le es inherente e intrínseca la producción de uno o varios fenómenos de contaminación, ya que son estos objeto de autorización administrativa y técnica en el ordenamiento jurídico; (3) la contaminación desencadena un daño ambiental cuando produce un deterioro, detrimento, afectación o aminoración en la esfera persona o patrimonial de un sujeto o sujetos determinables; (4) se produce dicho daño ambiental cuando los derechos, bienes e intereses resultan cercenados o negados absolutamente (destrucción de un predio o de un bien mueble como consecuencia de una contaminación hídrica o atmosférica), o limitados indebidamente (v.gr., se obliga a una destinación natural y productiva diferente al uso del suelo de un predio, o las limitaciones a sus propiedades para poder seguir desarrollando una actividad productiva o agrícola en el mismo volumen o proporción), o cuando se condiciona el ejercicio (v.gr., cuando sujeta el uso y goce de un predio a una descontaminación o a un proceso de recuperación ambiental antes de retomar o seguir su uso natural y ordinario); (5) cuando se trata de la realización o ejecución de obras

debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadores del perjuicio. Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparadora. Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que sin perjudicar la aplicación de la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concurre con su origen".

<sup>71</sup> Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 diciembre de 2014, expediente 46102.





349

49

públicas o la construcción de infraestructuras el daño ambiental puede concretarse en la afectación del uso normal de los bienes patrimoniales, o en la vulneración de un bien ambiental, de los recursos naturales, del ecosistema, de la biodiversidad o de la naturaleza; (6) de un mismo fenómeno de contaminación, o de la concurrencia de varios de ellos se pueden producir tanto daños ambientales, como daños ecológicos, esto es, aquellos que afectan a bien (es) ambiental (es), recurso (s) natural (es), ecosistema (s), biodiversidad o la naturaleza; (7) la concreción de los daños ambientales y ecológicos puede ser histórica, instantánea, permanente, sucesiva o continuada, diferida".

Se agrega, que "cabe precisar que resulta problemático el cómputo de la caducidad cuando debe analizarse la producción de daños ambientales y ecológicos derivados del fenómeno de contaminación. La contaminación es un concepto "extraido de la ciencia y que, en principio, ha sido transpuesto al derecho en sus complejos términos, pese a la dificultad que pueda resultar para su valoración jurídica. La <<contaminación>>, pues, puede entenderse como el cambio en el estado físico, químico o biológico del medio natural, en conjunto, o de alguno de los elementos o unidades físicas que lo componen"<sup>72</sup>. Siendo este el concepto de contaminación, se advierte que "no es el concepto de contaminación el que define el daño ecológico y ambiental, ya que este sólo viene a definir la situación fáctica, las condiciones y factores que inciden en la alteración, modificación o degradación de la naturaleza o del ambiente, y la proyección de estos en los diferentes ámbitos en los que se manifiesta"<sup>73</sup>. La "noción de contaminación comprende sólo aquello que cuantitativamente es estimable, entendido como situación o fenómeno que se mide en unidades físicas. Esto no pasa con la definición de daño o perjuicio, que es cualitativa y supone apreciar, realizar un juicio de valor y determinar los efectos jurídicos que se producen"<sup>74</sup>.

Por lo tanto, si se trata "de daños ambientales sobre los que el demandante sólo pudo

<sup>72</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, Tesis Doctoral sustentada el 11 de julio de 2007, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público y del Estado, Área de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo Luciano Parejo Alfonso, 2007, p.606

<sup>73</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., p.607.

<sup>74</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, "Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad", en BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio (et al), Daño ambiental, T.II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.26 y 27. RÉMOND- GOUILLLOUD, Martine, Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement, Paris, CNRS, 1989, p.41. En cuanto a la contaminación sostuvo está autora que "la modificación debe ser (...) apreciable. Esto implica no solamente que sea perceptible, sino sobre todo que engendre efectos indeseables que lo sean igualmente. El efecto es más importante que la causa. Más que la modificación del medio importa la perturbación que engendra. Ella sola, en definitiva, suscita una reacción jurídica".





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-03295-01 (31326)  
Acción de reparación directa

tener aprehensibilidad, discernimiento y conocimiento de las alteraciones, efectos nocivos o molestias en un momento en el que no es posible, probable, o determinable afirmar la certeza de su ocurrencia, acaecimiento o conocimiento<sup>75</sup>, en virtud de la seguridad jurídica, de la tutela judicial efectiva y de la prudencia, la consideración de la caducidad no puede solucionarse con la simple examinación de la finalización de la(s) obra(s) pública(s), sino que debe procurar considerarse que los daños afirmados en la demanda al ser sucesivos o continuados, o que pueden desencadenar sus efectos propiamente antijurídicos de manera diferida en el tiempo, exigen admitir la demanda para que del acervo probatorio que se recaude y valore pueda con suficientes y adecuados medios<sup>76</sup> determinar al resolver el fondo del asunto si procede declarar o no la caducidad del medio de control de la reparación directa<sup>77</sup>.

Examinado el supuesto de la caducidad de la acción de reparación cuando se producen daños ambientales, la Sala examina cuando se trata de supuestos de daños antijurídicos derivados de la actividad médica.

#### 4.1.18.6.- En materia de actividad médica.

La jurisprudencia de la Sección Tercera en los eventos de responsabilidad por falla médica sigue los presupuestos fijados por el numeral 8º del artículo 136 del CCA, esto

<sup>75</sup> En sentencia de 10 de agosto 2001, exp. 13.772, dijo la Sala: "...en un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso concreto. No obstante, no debe perderse de vista que de conformidad con la ley, para establecer el término de caducidad se debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadoras del perjuicio. Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios solo surgen a partir del momento en que estos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria. Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquellos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de la acción, de tal manera que si bien de aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se mide la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concurre con su origen".

<sup>76</sup> Corte Constitucional, sentencia T-584 de 2012. En el análisis de la vulneración de derechos fundamentales la Corte Constitucional es cuidadosa de establecer de qué actividad puede afirmarse la producción de un fenómeno contaminante que desencadena la vulneración de uno de aquellos derechos: "Por otro lado, del cuerpo probatorio obrante en el expediente, se encuentra que evidentemente hay un problema de contaminación del agua de los aljibes que utiliza la accionante y su familia. Aunque no por ello, puede colegirse inequivocablemente que las actividades desarrolladas por ECOPETROL S.A sean los causantes de la alegada contaminación. En efecto, no hay claridad sobre los elementos contaminantes del agua, motivo por el cual la comunidad y la empresa accionada designaron dos laboratorios para que realizaran dicho análisis". Puede verse: Corte Constitucional, sentencia T-966 de 2002. Acerca de la complejidad de la determinación de la contaminación y de la producción de daños ambientales y ecológicos, puede verse: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia # 28 de marzo de 2014, expediente 2500023270020019047901AP.

<sup>77</sup> La Sub-sección C mediante el auto de 9 de mayo de 2011 [expediente 4724-2010-000000000000000000] "considerando que la caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial daños y perjuicios sufridos por personas vulnerados por causa de la actividad del Estado, solo se debe proceder a su declaración de caducidad cuando estén plenamente aclarados los hechos que generen certeza en el juez respecto de su acaecimiento, por lo que ante la duda se debe dejar la demanda pendiente a fin de que en el mismo se determine, sin asomo de dudas, la configuración o no de la caducidad". RA HACIA ADELANTE COPIA  
115 DIC 2015



es, que el cómputo de la caducidad se hace desde la ocurrencia o acaecimiento de la acción, omisión u operación administrativa con la que se produce el daño antijurídico. Sin perjuicio de lo anterior, en específicos eventos la jurisprudencia de la Sección Tercera y de las actuales Sub-secciones ha computado la caducidad desde el conocimiento del hecho dañoso, sentando como límites: (1) que no puede confundirse el daño con el perjuicio, de manera que producido el primero, sus efectos o consecuencias no pueden comprenderse como manifestación del daño, o de su continuidad; y, (2) cuando se trata de actividad médica que se prolonga en el tiempo, se tiene en cuenta para el cómputo la última fecha de las actuaciones realizadas y que concretaron la producción del daño reclamado.

La Sub-sección C en la sentencia de 15 de noviembre de 2011 [expediente 19497], había argumentado y resuelto confirmar la declaratoria de caducidad en un asunto en el que se demandaba la responsabilidad del Estado por falla médica con base en los siguientes criterios: (1) no "es admisible una postura en la que, a partir del instituto de la caducidad, se concedan derechos subjetivos a aquellos que encontrándose en determinadas circunstancias y/o condiciones médicas puedan invocar en cualquier tiempo la acción de reparación directa, como cuando se afirma que "existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se genera una expectativa de recuperación" derivada del suministro de un tratamiento prolongado, y que por lo tanto el cómputo de la caducidad "no inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente"; pues se trata de una flexibilización inadmisible y atentatoria de la seguridad jurídica, principio que informa y justifica la existencia de la caducidad"; (2) la flexibilización que se pretendía operar se hacia "sustentada en la invocación de la denominada "expectativa de recuperación" que es una manifestación, sin, duda, de la afirmación de un derecho subjetivo como prevalente, cuando, como lo resalta el precedente jurisprudencial constitucional el sentido del instituto procesal de la caducidad es la protección del interés general. Además, porque lo que justifica la aplicación de la caducidad es precisamente evitar la incertidumbre respecto al deber o no que cabría achacar al estado de reparar un daño antijurídico causado. En este sentido, la jurisprudencia constitucional señala que la "justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión".





materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general<sup>78</sup>; (3) los "términos de caducidad, en especial para el ejercicio de la acción de reparación directa, están fijados para ofrecer la certeza jurídica<sup>79</sup> a todo ciudadano que se crea con la posibilidad de invocar la tutela judicial, pero también a toda la colectividad, especialmente cuando se trata del respeto que merece proteger frente a la estabilidad cuando se trata de daños antijurídicos cuya causa y ocurrencia se consolidó en un momento temporal preciso, sin perjuicio del carácter continuado del mismo. En ese sentido, permitir la aplicación de la flexibilización del término de caducidad en materia de responsabilidad de la administración pública por falla en la actividad médica, que implica el ejercicio en cualquier tiempo de la acción, puede vulnerar los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, tal como se ha sostenido por la jurisprudencia constitucional, según la cual "la posibilidad de ejercer la acción de reparación directa en cualquier tiempo, como lo pretende el actor, no sólo vulneraría los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, sino la seguridad y certeza jurídicas en que se fundamenta el Estado de derecho"<sup>80</sup>; y, (4) que "excepcionalmente la Corporación ha admitido una morigeración respecto de la caducidad, señalando que en precisos eventos, es posible que si el hecho dañoso pudo haberse presentado en un momento determinado, solamente hasta una ulterior oportunidad sus repercusiones se manifestaron de manera externa y perceptible para el afectado, es decir, a partir de cuándo el daño se hizo cognoscible para quien lo padeció"<sup>81</sup>.

4.1.19.- Con fundamento en los anteriores razonamientos, la Sala estudia si en el caso concreto operó el fenómeno de la caducidad de la acción de la reparación directa.

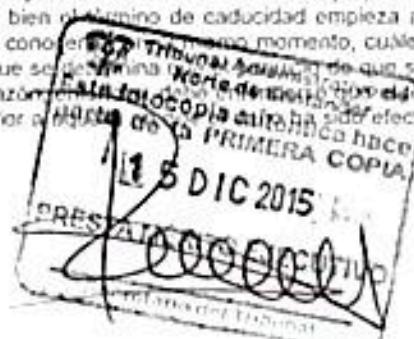
4.2.- En el presente caso la Sala considera que no ha operado la caducidad de la

<sup>78</sup> Corte Constitucional, SC-832 de 2001.

<sup>79</sup> Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

<sup>80</sup> Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

<sup>81</sup> Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2000, expediente 12200. Al respecto se ha señalado: "Por regla general, la fecha para la iniciación del conteo de ese término es el del día siguiente al del acaecimiento el hecho, omisión y operación administrativa. Excepcionalmente, esta Sala en su jurisprudencia ha tenido en cuenta que el término de caducidad, por alguna de esas conductas administrativas, se cuenta a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia, precisamente, porque el hecho no se hizo visible". Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, expediente 18273. "Y posteriormente en precedente de la Sala indicó que, no obstante, esta Corporación ha expresado, en diferentes ocasiones, que si bien el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho o la omisión, cuando no puede conocerse el momento, cuáles son las consecuencias de éstos, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se determina *el momento de que se trata es irreversible y el paciente tiene conocimiento de ello*. Con mayor razón, en el caso de la reparación directa, el término de caducidad no puede comenzar a contarse desde una fecha anterior a aquella en la que el paciente efectivamente advirtió".





acción de reparación directa propuesta por los accionantes, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 589 de 2000, que adicionó el inciso segundo al artículo 136.8 del Código Contencioso Administrativo, no se encuentra acreditado ninguno de los supuestos alternativos allí fijados para el inicio del término preclusivo, a saber: i) a partir de la fecha en que aparezca la víctima o ii) desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.

4.2.1.- Y es que la razonabilidad de tal criterio jurídico se encuentra una vez se advierte la naturaleza continua o permanente de violación de derechos que comporta el acto de desaparición forzada de personas, pues conforme a los estándares convencionales fijados en el ámbito universal y regional de protección de Derechos Humanos, es claro que el efecto dañino de estas conductas se prolonga durante todo el lapso en que subsiste la desaparición.

4.2.2.- Así, la Convención de Belém do Pará sobre desaparición forzada, signada el 9 de junio de 1994, establece en su artículo 3º el deber de los Estados firmantes de adoptar en su derecho interno disposiciones dirigidas a reconocer la desaparición forzada "como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima". En esta misma línea se encuentra lo establecido, en el ámbito universal, en la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, del 20 de diciembre de 2006, en la que el artículo 8º establece que, a efectos de establecer el término de prescripción de la acción penal por dicho delito "se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito".

4.2.3.- Sin embargo, es preciso destacar que este criterio había sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el 29 de julio de 1988 cuando el Tribunal dictó su sentencia de fondo en el caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, en donde, por vez primera, se estableció que "La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar" tesis esta que ha sido reiterada a lo largo del tiempo por la Corte<sup>82</sup> y que,

<sup>82</sup> Véase, entre otros, los siguientes casos contenciosos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Godínez Cruz c. Honduras (20 de enero de 1989), Fairén Garbi y Solis Corrales c. Honduras (15 de marzo de 1989), Blake c. Guatemala (24 de enero de 1990), Bámaca Velásquez c. Colombia (25 de noviembre de 1990).





Marganta María Barboza de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1095-09295-01 (31320)  
Acción de reparación directa

recentemente, ha sido retomada en el fallo dictado en el caso *Rodríguez Vera y Otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) c. Colombia*, donde la Corte reafirmó:

"Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el carácter plurifonsivo de la desaparición forzada, así como su naturaleza permanente o continua, la cual implica que la desaparición forzada permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos<sup>53</sup>. Mientras perdure la desaparición los Estados tienen el deber correlativo de investigarla y, eventualmente, sancionar a los responsables, conforme a las obligaciones derivadas de la Convención Americana y, en particular, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

En tal sentido, el análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal. Sólo de este modo el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva<sup>54</sup>, con su carácter permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias<sup>55</sup>, teniendo en cuenta el *corpus juris* de protección tanto interamericano como internacional.<sup>56</sup> (Resaltado propio).

4.2.4.- Finalmente, a efecto de complementar lo dicho, valga señalar, por una parte, que el sistema europeo de protección de Derechos Humanos también acoge el carácter continuado del acto de desaparición forzada de personas, tal como lo precisó la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión del fallo de 10 de mayo de 2001 en el caso *Chipre c. Turquía*, donde sentenció que existía una violación continuada de los derechos a la vida (artículo 2 CEDH) y la libertad y seguridad personal (artículo 5 ejusdem) de quienes habían sufrido en su contra actos de desaparición forzada:

"La Corte concluye que ha habido una violación continuada del artículo 2 debido a la incapacidad de las autoridades del Estado demandado para llevar a cabo una investigación efectiva a fin de esclarecer el paradero y la suerte de los greco-chipriotas

2000), 10 comerciantes c. Colombia (5 de julio de 2004), Caso de las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador (de excepciones preliminares 23 de noviembre de 2004), Gómez Palomino c. Perú (22 de noviembre de 2005), Goiburu c. Paraguay (22 de septiembre de 2006), Caso Heliodoro Portugal c. Panamá (12 de agosto de 2008), Caso Tiu Tojin c. Guatemala (26 de noviembre de 2008), Caso Radilla Pacheco c. México (23 de noviembre de 2009), Caso Chitay Nech y Otros c. Guatemala (25 de mayo de 2010), Gelman c. Uruguay (24 de febrero de 2011), Torres Millacura c. Argentina (26 de agosto de 2011), Caso González Medina y Familiares c. República Dominicana (27 de febrero de 2012), Caso de las Masacre de Río Negro c. Guatemala (4 de septiembre de 2012), Caso Gudiel Álvarez y otros (Dianio Matar) c. Guatemala (20 de noviembre de 2012), Caso García y familiares c. Guatemala (29 de noviembre de 2012), Caso Osorio Rivera y familiares c. Perú (26 de noviembre de 2013), entre otras decisiones.

<sup>53</sup> Cfr. *inter alia*, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 156 a 157, y Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 31.

<sup>54</sup> Cfr. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 180, párr. 112, y Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 146.

<sup>55</sup> Cfr. Caso Goiburu y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 85, y Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 116.

<sup>56</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rodríguez Vera y Otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) c. Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014.





desaparecidos en circunstancias que amenazan su vida.

(...)

La Corte concluye que, durante el periodo considerado, se ha producido una violación continuada del artículo 5 del Convenio en virtud de la incapacidad de las autoridades del Estado demandado a realizar una investigación efectiva sobre el paradero y la suerte de los desaparecidos greco-chipriotas<sup>67</sup>

**4.2.5.- Y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, de las Naciones Unidas, en su comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado, en 2010, señaló que "las desapariciones forzadas son el prototipo de actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el periodo de tiempo en que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida"**<sup>68</sup>.

**4.2.6.- Dicho lo anterior, la Sala reafirma la ausencia de caducidad en el presente caso dado que si bien a la fecha en que inició el acto de desaparición forzada o involuntaria (29 de octubre de 1984) no se encontraba en vigencia la Ley 589 de 2000 (modificatoria del término de caducidad) al igual que los referidos tratados de Derechos Humanos, es claro que siendo la desaparición una conducta continuada<sup>69</sup> y que a la fecha no se conoce el paradero de Miguel Ángel Mejía Barajas, aún ni siquiera ha iniciado el cómputo de caducidad.**

**4.2.7.- Por tanto, no comparte la Sala el criterio que en su momento esbozó el Tribunal *a quo* quien tomó como punto de partida del término de caducidad el 18 de marzo de 1994 con la ejecutoria del fallo de la jurisdicción ordinaria civil-familia donde se declaró la muerte presunta de Mejía Barajas, pues si bien tal acto declarativo es generador de**

<sup>67</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Sala. Fallo de 10 de mayo de 2001. Chipre c. Turquía.

<sup>68</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. Comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado. AHRC/10/48, p. 12. [Distribución general desde el 20 de enero de 2011]

<sup>69</sup> Igualmente la Corte Constitucional, en sentencia C-580 de 2002, refrendó el criterio conforme al cual la desaparición forzada de personas constituye una conducta continuada o permanente: "este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales".

En esta misma línea la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

"No admite discusión que la desaparición forzada es una conducta punible de ejecución permanente, esto es, que desde el acto inicial, la retención arbitraria de la víctima, el hecho continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo, y el límite final de ejecución del delito está dado por la terminación de ese estado de privación de libertad, ya porque de alguna manera se recobra ésta (el victimario la libera, es rescatada, etc.), ya porque se establece su deceso." Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 3 de agosto de 2011, expediente 0563.





consecuencias civiles el mismo resulta intrascendente cuando de lo que se trata es de un presunto daño antijurídico proveniente de un acto de desaparición forzada de personas.

4.2.8.- Se reitera, entonces, que casos como el que ocupa ahora la atención de la Sala demandan una necesaria lectura convencional para comprender la dimensión que adquiere el derecho al acceso material a la administración de justicia frente a casos de graves violaciones de derechos humanos como, de suyo, lo es el acto de desaparición forzada o involuntaria de personas.

## 5.- Problema jurídico

5.1.- De lo anterior se puede plantear como problema jurídico si cabe imputar a la Nación – Ministerio de Salud la desaparición de Miguel Ángel Mejía Barajas, la cual ocurrió desde el 29 de octubre de 1984.

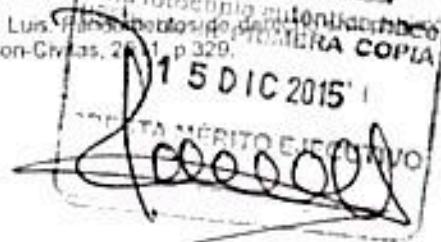
5.2.- Para abordar dicho problema jurídico, la Sala examinará en primer lugar si el daño ocasionado al demandante reviste las características de ser antijurídico para, luego de ello, proceder a valorar si el mismo es imputable a la demandada.

## 6. Daño antijurídico

6.1.- El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>90</sup> y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto 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"<sup>91</sup>; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquél o con la pérdida o

<sup>90</sup> "(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFIDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: "¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión". MARTÍN REBOLLO, Luis. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas. En: BADETE MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al "BOF" LUIS HERRANZ TANCO), Zaragoza, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

<sup>91</sup> LARENZ, "Derecho de obligaciones", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Principios de responsabilidad civil. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2001, p.329.





disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa<sup>92</sup>; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"<sup>93</sup>, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos<sup>94</sup>; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general<sup>95</sup>, o de la cooperación social<sup>96</sup>.

6.2.- En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"<sup>97</sup>. Así

<sup>92</sup> SCONAMIGLIO, R. "Novissimo digesto italiano", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1<sup>a</sup> ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>93</sup> "(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.180.

<sup>94</sup> "Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? (...) el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación", MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1<sup>a</sup> reimpr., Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

<sup>95</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1<sup>a</sup> ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

<sup>96</sup> Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: "la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben sentirse beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado (...) El otro elemento corresponde a "lo racional": se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo, lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas". RAWLS, John, Liberalismo político, 1<sup>a</sup> ed., 1<sup>a</sup> reimpr., Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

<sup>97</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Esto implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía– sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.168.





pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"<sup>98, 99</sup>

6.3.- De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"<sup>100</sup>.

6.4.- Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"<sup>101</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>102</sup>, anormal<sup>103</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>104</sup>.

<sup>98</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscinista que "no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constituya, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales". DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p 207.

<sup>99</sup> Según lo ratificado por la sala en la sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334: "El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>100</sup> y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

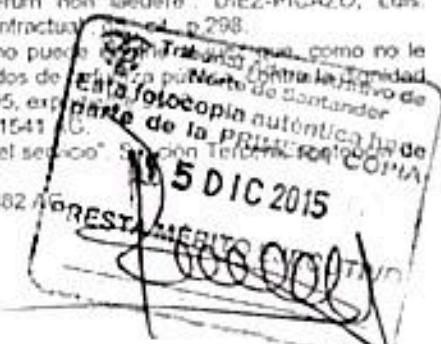
<sup>100</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como "violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere". DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p 298.

<sup>101</sup> Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede negarse la responsabilidad, como no le alcanzan sus recursos fiscales, ni le condene por ejemplo, por los atentados de la explosión en la parte norte de Santander de la persona humana". Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 12166.

<sup>102</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541-NC.

<sup>103</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia C-014 de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>104</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382-NC.



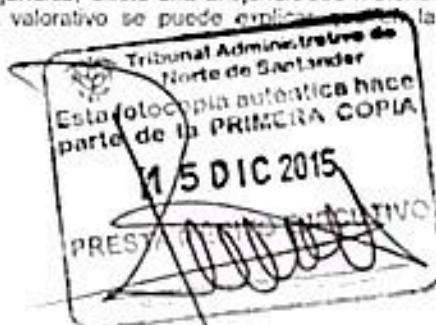


6.5.- En casos, como el que ocupa la atención de la Sala, se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujetada o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de una daño cierto, que afecta, vulnera, aminorá, o genera un detrimento en derechos, bienes o interés jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece<sup>105</sup>. Se trata de un daño que la víctima Miguel Ángel Mejía Barajas y sus familiares no estaban llamadas a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales y convencionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho<sup>106</sup>, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> "... el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...). Se parte, en acuerdo con C. THIBERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitirá al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave" (...). La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiere reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...). La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos. "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en VVAA, Daño ambiental, T.II, 1<sup>a</sup> ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

<sup>106</sup> "La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1990]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]". Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

<sup>107</sup> Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que "se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar la antijuridicidad".





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-03295-01 (31326)

Acción de reparación directa

6.6.- La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la desaparición de Miguel Ángel Mejía Barajas, de lo que da cuenta los siguientes medios probatorios:

6.7.- Constancia de la Unidad Administrativa Especial de Campañas Directas del Ministerio de Salud donde se lee lo siguiente: "El señor Miguel Ángel Mejía Barajas, con cédula de ciudadanía No. 13.460.776, expedida en Cúcuta, quien se desempeñaba como Ayudante, código 6025, grado 05 de la zona XVII Cúcuta, desapareció en el área rural del municipio de Saravena, en la última semana del mes de octubre de 1984, cuando desempeñaba funciones propias de su cargo vacunación contra la fiebre amarilla" (fl 25, c1)

6.8.- Informe de desaparición de funcionarios, suscrito por el Jefe de Distrito No. 2 del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria y dirigido al Jefe de la Zona XVII el 8 de noviembre de 1984 donde se lee:

"Me permito informar a usted que entre los días 30 y 31 de octubre del año en curso, desaparecieron los señores:

(...)

e. Miguel Ángel Mejía Barajas Visitador Aedes A.

No se conoce con exactitud la localidad o localidades de donde desaparecieron pues la labor que debían realizar como era la canalización para vacunar contra fiebre amarilla durante los días 2 y 3 de noviembre'84 eran las localidades de: La Colorada, Aguasanta, La Pajuela, Caño Tigre, Alto Pajuela y Chucuas Sur (Parte) todas pertenecientes al municipio de Saravena, Intendencia Nacional de Arauca. Los señores arriba mencionados están asignados a la Campaña Antiaegypti con sede Cúcuta, Dirección de Campañas Directas del Ministerio de Salud y en la actualidad se encontraban reforzando la Vacunación contra fiebre amarilla en el municipio de Saravena, Sector No. 4, Distrito No. 2, Zona XVIUI Cúcuta.

Causa de la Desaparición: Con la información obtenida por la comunidad, no se ha podido establecer con exactitud la causa por la cual desaparecieron dichos funcionarios y se desconoce la situación en que se encuentran.

Desarrollo de los hechos: En vista del problema presentado en la región de Sarare por muerte de varias personas por fiebre amarilla en el presente años y con la intención de dar mayor cobertura de personas vacunadas especialmente en el área rural, se trajo de Cúcuta al Grupo de Vacunadores emprendido por el municipio de Saravena. Dicho

antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su alcance. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que es una conducta objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes o derechos. Puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante". DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. 2000. Ed. Jurídicamente, ob., cit., p.303.





programa se inició en la semana No. 33 tomando en barriada las localidades de dicho municipio de occidente a oriente (a partir del Río Bojabá) y durante los 10 (10) concentraciones hechas habían cubierto toda la Isla del Charo geográfico y parte sobre el río Banadía, sin tener problemas en la ejecución del programa. En la semana No. 44 continuando con la programación prevista; el grupo salió para las localidades antes mencionadas y de acuerdo a la distribución hecha por el Jefe del Grupo señor Juan José Buendía (Desaparecido) el chofer del vehículo en que se movilizaban los trasladó así: el señor Gregorio Ernesto González y Manuel Fernando Fonseca trabajaron La Colorada, La Pajuela y Agusanta y el chofer los trasladó hasta la última localidad mencionada, la pareja del señor Carlos Julio Mendoza y Miguel Ángel Mejía Barajas trabajaría las localidades de: Chucua Sur (Parte), Caño Tigre y Alto Pajuela, siendo trasladados junto con el Jefe de Grupo hasta la última localidad mencionada. Como era necesario hacer mantenimiento al vehículo, el chofer recibió instrucciones que después de trasladarlos debía regresar a Saravena, Sede de Distrito y hacer el mantenimiento necesario para la vacunación de viernes y sábado. El día miércoles 31 de octubre se presentó en la sede del Distrito el señor Agustín Suárez Jefe de Brigada de Malaria a informar que el grupo de vacunadores de Agusanta, no había regresado a pernoctar a ésta localidad el martes 30 y que sus elementos personales estaban en la escuela de la misma localidad. Por un momento se pensó que posiblemente se habían encontrado con el otro grupo y que habían pernoctado en una misma casa con el fin de coordinar mejor. Ese mismo día en la tarde se envió el vehículo con los señores Agustín Suárez y Julián G. Carrillo hasta Alto Pajuela y la información conseguida fué (sic) que tres señores habían trabajado el lunes y parte del martes en ésta localidad, que habían pernoctado en la escuela y que el martes en la tarde los habían visto listos con sus elementos personales para salir, pero que desconocían hacia donde se dirigieron. El jueves el conductor se trasladó hasta el sitio donde le habían fijado el Jefe del Grupo y permaneció en espera que llegaran y transcurrido tres (3) horas, como no llegaron se trasladó a Saravena a dar la información. (...)"

6.9.- Conforme a lo anterior, la Sala da por acreditada la existencia de la desaparición de Miguel Ángel Mejía Barajas.

6.10.- Sin embargo, es preciso destacar que dada la naturaleza de los actos de desaparición, esta Sala ha sostenido que con los mismos se presenta una vulneración a varios derechos de la víctima directa y de sus familiares. Así, sobre este punto el fallo de 3 de diciembre de 2014 refirió:

"37.1 Se trata de la convergencia de un solo curso fáctico con el que se desencadenó un daño antijurídico con múltiples manifestaciones, tanto en la vida y dignidad, como en la libertad e integridad personal, y es lo que ocurre cuando cualquier individuo es sometido a desaparición forzada, teniendo en cuenta su carácter plurifensivo, ya que según el artículo II de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, este tipo de hechos se configura por la privación de la libertad de las personas [en el caso de Oscar y Dairo Alonso], que representa una limitación, restricción o cercenamiento indebido del derecho a la libertad personal, que pone en cuestión su integridad personal, y que en la posición de sus familiares implica la vulneración del derecho a la información que estos puedan tener de la situación, ubicación o condiciones en que se encuentran las personas que haciendo parte de su núcleo no se tiene noticia de su paradero, ya que el como obrando la Sala como juez de convencionalidad comprende, siguiendo la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, como "factor relevante para que cese una desaparición forzada" la "determinación del paradero o la identificación de sus restos y no la prescripción de





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1095-09295-01 (31326)  
Acción de reparación directa

fallecimiento”<sup>108</sup>, como se demuestra en el caso de Oscar y Dairo Alonso Salinas Castellanos de quienes se tuvo conocimiento de su paradero sólo el 22 de octubre de 2002 cuando fueron hallados en una fosa común sus cadáveres.<sup>109</sup>

6.11.- Se trata de la convergencia de un solo curso fáctico con el que se desencadenó un daño antijurídico con múltiples manifestaciones, tanto en la vida y dignidad, como en la libertad e integridad personal, y es lo que ocurre cuando cualquier individuo es sometido a desaparición forzada, teniendo en cuenta su carácter plurifensivo, ya que según el artículo II de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, este tipo de hechos se configura por la privación de la libertad de las personas, que representa una limitación, restricción o cercenamiento indebido del derecho a la libertad personal, que pone en cuestión su integridad personal, y que en la posición de sus familiares implica la vulneración del derecho a la información que estos puedan tener de la situación, ubicación o condiciones en que se encuentran las personas que haciendo parte de su núcleo no se tiene noticia de su paradero. Sobre el carácter plurifensivo de la desaparición forzada de personas la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

“el análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal. Sólo de este modo el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva<sup>110</sup>, con su carácter permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias<sup>111</sup>, teniendo en cuenta el *corpus juris* de protección tanto interamericano como internacional.”<sup>112</sup>

## 7.- Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

7.1.- Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”<sup>113</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>114</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses de

<sup>108</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, sentencia de 26 de noviembre de 2013, párrafo 31. Puede verse también: caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1 de septiembre de 2010; caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012.

<sup>109</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 3 de diciembre de 2014, exp. 45433.

<sup>110</sup> Cfr. Caso Heledoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2009. Serie C No. 186, párr. 112, y Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 116.

<sup>111</sup> Cfr. Caso Goiburu y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2000. Serie C No. 153, párr. 85, y Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 116.

<sup>112</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rodríguez Vera y Otros (desmantelamiento del Palacio de Justicia) c. Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014.

<sup>113</sup> En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes principios: el principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades fundamentales no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en su actividad cumplan con lo establecido en la Constitución, sino que se protege también la responsabilidad patrimonial del Estado, que es la garantía de que el Estado responda ante la administración de justicia por las acciones que realizó en su calidad de administrador de la sociedad.”





los administrados<sup>115</sup> y de su patrimonio<sup>116</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>117</sup>. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos"<sup>118</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina, la "responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad"<sup>119</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"<sup>120</sup>.

## 7.2.- Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>121</sup> tiene como fundamento la determinación

que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>115</sup> La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-802 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>116</sup> Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1<sup>a</sup> reimpr. México, Fontamara, 2007, p.49. La "responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Wel, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFIDUAM, No.4, 2000, p.308.

<sup>117</sup> "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>118</sup> La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Ombr. tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'un théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. París, 1947.

<sup>119</sup> RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9<sup>a</sup> ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA, "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français", en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BENOIT, F. "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en JurisClasseur Public, 1954. T.I, V.178.

<sup>120</sup> "La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, предиamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos". MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1<sup>a</sup> ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

<sup>121</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

<sup>122</sup> "Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula generalizada sobre la





de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>122</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo<sup>123</sup>, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012<sup>124</sup> y de 23 de agosto de 2012<sup>125</sup>.

7.3.- En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>126</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la "superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa

responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 10– los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

<sup>122</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps. 10948-11843. Es, pues, "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], 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'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura 'siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público'". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>123</sup> "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". M. Ríos, *Manual de fondo general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp. 212 y 213.

<sup>124</sup> Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21615. Pon: Hernán Alfonso Pérez Gómez.

<sup>125</sup> Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon: Hernán Alfonso Pérez Gómez.

<sup>126</sup> "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". LÁNCHEZ-MORONA, COPUA. Derecho administrativo. Parte general, ob., cit., p. 927.





587  
46

que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen<sup>127</sup>.

7.4.- Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>128</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>129</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas"<sup>130</sup>.

7.5.- En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"<sup>131</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"<sup>132</sup>.

7.6.- Sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por

<sup>127</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

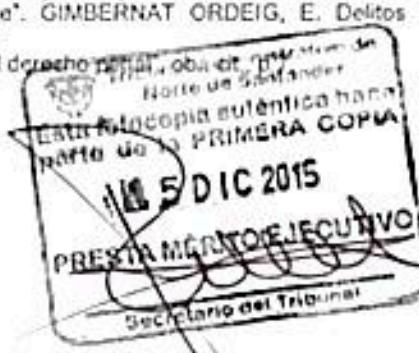
<sup>128</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa lata) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudicaria); en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio iudicatoria)". KANT, I, La metafísica de las costumbres. Madrid, Alanza, 1989, p 35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>129</sup> El "otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, 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.

<sup>130</sup> Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería irreal tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas". MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [http://criminet.ugr.es/recpc], pp.6 y 7.

<sup>131</sup> "El Derecho se dirige a hombre y no a adinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando este fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios, pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre". GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

<sup>132</sup> MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob. cit., pp.6 y 7.





entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar<sup>133</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>134</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), si incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"<sup>135</sup>.

7.7.- Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>136</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>137</sup> que el juez está

<sup>133</sup> LARENZ, K. "Hegel'szurechnungslehre", en MIR PUIG. Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob. cit., p.7.

<sup>134</sup> JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. 14170.

<sup>113</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

<sup>10</sup> "El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción ó del deterioro de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación" (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés, ob., cit., p.62.

<sup>17</sup> La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede hacerse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio. El segundo paso es establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que comparte el primer principio. El tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio supera el efecto del



558  
47

llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"<sup>135</sup>.

7.8.- En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que "el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad o de protección<sup>136</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>140</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano"<sup>141</sup>.

primero". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Catedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

<sup>136</sup> ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Catedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: "... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos". HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: "... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria e irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado". Para concluir que: "La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta". HABERMAS, Jürgen. "Reply to Symposium Participants", en ROSENFIELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>137</sup> Deberes de protección que es "una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos". CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2<sup>a</sup> ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

<sup>138</sup> Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgssdelikt Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977), Págs. 1 y ss.

<sup>139</sup> A lo que se agrega por el mismo precedente: "En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müsing, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber, la autorización social y la función social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia política, autoridad, autoridad al sujeto Norte de Salapadele al sujeto). Una fotocopia auténtica hace parte de la PRIMERA COPIA





7.9.- En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones 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 si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante<sup>142</sup>.

7.10.- Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>143</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe

poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la explotación nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja– surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente anti-jurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenazan, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungstlehre (studienausgabe). 2. Auflage. Walter de Gruyter. Berlin New York. 1993. Pags. 796 y ss". Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1<sup>a</sup> reimpr. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.48.

<sup>142</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>143</sup> La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la legislación, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> particularmente en la administración y insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubre todo riesgo, ya que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva a cabo. COPPE





SSA /a  
48

llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales"<sup>144</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>145</sup>.

7.11.- Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>146</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>147</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera

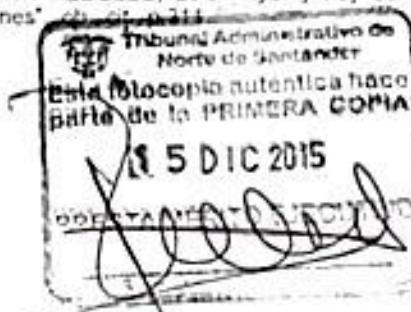
cabo para satisfacer los intereses generales". LEGUINA VILLA, Jesús. "Prólogo", en BELADIEZ ROJO, Marganta. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>144</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204

<sup>145</sup> (...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.308.

<sup>146</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

<sup>147</sup> Merkl ya lo señaló: "El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.311.





"(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 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"<sup>148</sup>.

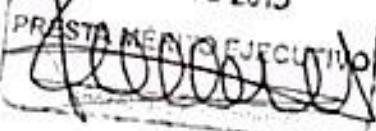
7.12.- Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo<sup>149</sup> que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

7.13.- Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad<sup>150</sup>), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde

<sup>148</sup> "En consecuencia, el uso de tales 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 solución obtenga consulta realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>149</sup> "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo "(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudieramos llamar la justicia comunitativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM, no.4, 2000, p.307.

<sup>150</sup> "La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que el daño no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad no permita reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori". BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, L'UJF, Paris, 2005, p. 160.





los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

7.14.- La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cavere* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el "verbo *pracavere* implica aplicar el *prae* al *futuro* –lo que *esta por venir*, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo *cavere* que marca la atención y la desconfianza"<sup>151</sup>. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es "utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño"<sup>152</sup>. Entendida la precaución como principio<sup>153</sup>, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico<sup>154</sup> "exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas"<sup>155</sup>. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos<sup>156</sup>, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

#### 8.- El régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado por los daños

<sup>151</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3.

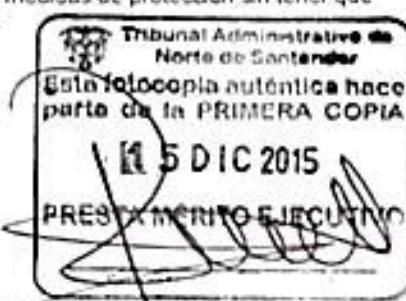
<sup>152</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

<sup>153</sup> DWORAKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: "el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de 'all or nothing', sino que se limitará a dar al juez una razón que mrite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante".

<sup>154</sup> SADELEER, Nicolás, "Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución", en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Lete, Bilbao, 2005, p.270, "entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa".

<sup>155</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.5.

<sup>156</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 National Farmers Union y otros; asunto C-180/96 Reino Unido c. Comisión; asunto C-230/01 Monsanto Agricultura Italia: "cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos".





sufridos por servidores públicos.

8.1.- La responsabilidad del Estado por los daños causados a sus agentes o servidores públicos<sup>157</sup> puede ser estructurada a partir de los diversos criterios de imputación establecidos por esta Corporación, y en atención a la delimitación fijada por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 19 de abril de 2012 donde se argumentó que "*el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se lo 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*"<sup>158</sup>.

8.2.- Así, es preciso advertir que en lo que corresponde a la atribución de responsabilidad a partir de la falla del servicio, ésta implica una valoración, al caso *sub examine*, conforme a condiciones como son: a) determinar si ocurrió un incumplimiento de los deberes normativos que tenía la Entidad pública frente al funcionario, b) si el agente se vio expuesto a la creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado, teniendo en cuenta los peligros que son intrínsecos a cada actividad desplegada; c) verificar si con ocasión de la facultad, función, competencia o misión asignada se produjo un daño antijurídico que excede los peligros y riesgos inherentes al servicio, teniendo en cuenta la manera en que se encuentra configurado su despliegue y d) si el agente o servidor público contaba con la suficiente preparación (profesional, técnica y demás) necesaria para afrontar las actividades y riesgos intrínsecos que su rol funcional le demandaba<sup>159</sup> y siendo así, el agente asumió en su despliegue todas las cargas desprendidas de la materialización del riesgo; lo que no es más que verificar el estándar objetivo<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> Incluso respecto de aquellos que ejercen funciones administrativas transitorias o los contratistas del Estado.

<sup>158</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515. Postura reiterada en el fallo de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

<sup>159</sup> "Por otro lado, en el derecho de la responsabilidad por negligencia se persigue el mismo objetivo. La aplicación de la fórmula de Hand, que postula que se lesiona negligentemente y por lo tanto se debe responder solo cuando las medidas preventivas idóneas que se podían tomar tienen un costo inferior al costo del daño esperado ponderado por la probabilidad de ocurrencia, incentiva a los personas adoptar niveles de precaución óptimos, puesto que los hace invertir en medidas preventivas solo cuando estas garanticen un beneficio al inversor." ANZOÁTEGUI, Ignacio. Algunas consideraciones sobre las funciones del derecho de daños. En: La Filosofía de la Responsabilidad Civil (Eds. C. Bernal Pulido y J. Fabra Zamora), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 309.

<sup>160</sup> Se debe resaltar el hecho de que la culpa se determina desde criterios objetivos, a partir del concepto de estándar objetivo de conducta. Sobre este punto Papayannis sostiene las ventajas de esta tesis:

"Del mismo modo, un régimen de culpa basado en un estándar subjetivo, es decir, en las capacidades del agente dañador para evitar el accidente, sería inequitable porque la esfera de libertad de acción dependería de las características del agente dañador. Ambos sistemas serían unilaterales, en tanto se excluye la otra parte de las partes para definir una relación que debería ser bilateral, entre dos agentes morales libres en los cuales Ninguno de ellos negocia con el otro. Por lo tanto, el régimen de culpa basado en un estándar objetivo, requiere que la violación del estándar de conducta exigido cause un daño a la víctima." PAPAYANNIS, Odilo. *El régimen de deberes de indemnidad*. En: En: La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Ibid. p. 395.





8.3.- En este orden de ideas, la Sala no debe desconocer el concepto de los peligros intrínsecos o inherentes al servicio, según el cual no resulta imputable al Estado los daños causados a un servidor siempre que se trate de un peligro ordinario dentro el servicio público asumible por el servidor. Para una valoración de esta circunstancia se impone analizar, en concreto, los estándares objetivos, funciones, misiones y competencias que están a cargo de cada servidor<sup>161</sup>, pues ello es lo que determina el alcance de las medidas a las que está llamado a anticipar o impedir la materialización del daño (lo que de ninguna manera se puede oponer al pleno y eficaz ejercicio de los derechos humanos reconocidos a nivel convencional y constitucional). La operancia de este criterio, como ya se ha dicho, procede siempre que no concorra alguno de los criterios arriba reseñados, pues tal evento sí sería generador del juicio de atribución para el demandado. Sobre este punto esta Subsección ha considerado lo siguiente, cuando ha tratado el tema respecto del personal que voluntariamente ingresa a la Fuerza Pública:

"el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas es el de la "exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal". Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual enfrentamiento con la delincuencia<sup>162</sup>. En ese sentido, el precedente de la Sala indica que las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad del Estado se

*"...encuentran expuestos en sus "actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público... llevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas"<sup>163</sup>.*

Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente<sup>164</sup>, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada<sup>165</sup>. Esto llevará a que se active la denominada "indemnización a for-

<sup>161</sup> Sobre este punto, de graduación de cada uno de los roles y funciones asumidos por los servidores públicos –a efectos de estudiar la responsabilidad del Estado, se ha dicho: "también corresponde advertir que no todos los integrantes de la Fuerza Pública asumen los mismos riesgos y que por esa razón, a efectos de determinar en un evento concreto ese 'riesgo profesional', necesariamente ha de tenerse en cuenta la naturaleza de las funciones, la de las actividades y la de la misión que al momento de los hechos le correspondía ejecutar, de conformidad con la labor escogida y la institución a la cual se vinculó." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. 18371.

<sup>162</sup> Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17127.

<sup>163</sup> Cuando una persona ingresa libremente a las fuerzas militares y cuerpos de seguridad del Estado "está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se apresta cumplir". Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17127.

<sup>164</sup> Cuando se concreta un riesgo usual "surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial... sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional la Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados... por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con aquél que debían enfrentar". Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17127.

<sup>165</sup> En recientes precedentes se dijo que los daños sufridos "por quienes





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326)  
Acción de reparación directa

fait<sup>166</sup>, lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado<sup>167</sup>, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional<sup>168-169</sup>.

8.4.- Igualmente, sin perjuicio de lo anterior, la Sala reafirma que también son aplicables los criterios de atribución de riesgo excepcional, con el cual se tiene que pese a que la actividad desplegada por la Entidad se califica como licita (y en algunos casos como necesaria) habrá lugar a su estructuración cuando dicho proceder comporta "*un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquél que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o exceden lo razonablemente asumible por el perjudicado.*"<sup>170</sup>.

8.5.- Por último, en caso de no encuadrar en alguna de los anteriores fundamentos, el juzgador debe examinar si el agente o servidor público en cumplimiento de sus funciones y competencias, y comparado con un par suyo, a partir de un juicio de igualdad frente a las cargas públicas (concretadas en las específicas funciones y alcance que estaba llamado a obedecer), sufre la ruptura en el equilibrio de tales cargas, que implica bajo el principio de solidaridad<sup>171</sup> la recomposición o la reparación ante la producción de un daño antijurídico, que encuentra su sustento en la imputación del daño especial<sup>172</sup>.

166 Compromete la responsabilidad del Estado, ya que se producen con ocasión de la relación laboral y se indemnizan a *for fait*. Sentencias de 21 de febrero de 2002. Exp. 12799; 12 de febrero de 2004. Exp. 14636; 14 de julio de 2005. Exp. 15544; 26 de mayo de 2010. Exp. 19158.

167 Sentencias de 16 de febrero de 1990. Exp. 10033; 20 de febrero de 1997. Exp. 11756.

168 Sentencias de 1 de marzo de 2000. Exp. 14002; de 30 de agosto de 2007. Exp. 15724; de 25 de febrero de 2009. Exp. 15793.

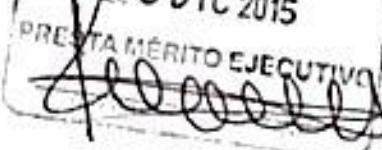
169 Sentencias de 15 de noviembre de 1995. Exp. 10286; 12 de diciembre de 1996. Exp. 10437; 3 de abril de 1997. Exp. 11187; 3 de mayo de 2001. Exp. 12338; 8 de marzo de 2007. Exp. 15459; de 17 de marzo de 2010. Exp. 17056.

170 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 25 de mayo de 2011. Exp. 18747.

171 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C. Sentencia de 26 de febrero de 2014. Exp. 37049. En dicho fallo se sostuvo: "habrá lugar a encuadrar en el mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquél que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado."

172 Es la ruptura del equilibrio las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos, pues comprendida dentro del marco del Estado Social de Derecho, -y consagrada normativamente en el artículo 1º constitucional<sup>173</sup>- resulta razonable imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de indemnizar a quienes materialmente se han visto afectados con el despliegue de una acción desplegado por grupos armados insurgentes, pues en virtud de dicho fin constitucional "el Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a los ciudadanos, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad". *Tribunal Administrativo de Santander*  
*parte de la fotocopia auténtica hecha a*  
*parte de la copia primera copia*

173 Es de aclarar, que el peligro intrínseco o inherente no es el que produce la actividad, sino la *exposición* o limitación a los derechos que como agente o servidor público no puede adinerarse en el plano de igualdad.





#### 9.- El juicio de atribución de responsabilidad en el caso concreto

9.1.- Pretende la parte demandante la declaratoria de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Salud por la desaparición de Miguel Ángel Mejía Barajas ocurrida desde el 29 de octubre de 1984 en zona rural del Municipio de Saravena, mientras cumplía labores como funcionario del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria SEM.

9.2.- Así, la Sala debe recurrir a la aplicación de la convencionalidad en materia de Derechos Humanos por cuanto a partir de la revisión de los mandatos normativos de dicho ordenamiento jurídico puede deducir, con precisión, los deberes jurídicos del Estado en materia de protección y seguridad respecto de individuos que integran campañas sanitarias en zonas de conflicto armado interno. Para tal fin se hace necesario hacer referencia i) a las normas de derecho internacional que tienen status de *ius cogens*, ii) las normas de Derecho Internacional Humanitario y su carácter de *ius cogens* y, a partir de allí, extraer iii) los deberes jurídicos en cabeza del Estado respecto de personal sanitario.

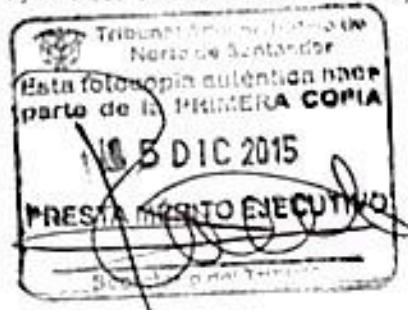
#### 9.3.- Las normas de derecho internacional con estatus de *ius cogens*.

9.3.1.- Debe la Sala ocuparse respecto de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario en el presente caso en tanto disposiciones que integran el concepto de *ius cogens*.

9.3.2.- Para tal fin se parte de la base conforme a la cual las experiencias contemporáneas en materia de protección internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario encuentran su sustento filosófico en los trabajos elaborados por las revoluciones francesa y americana de lo que se obtiene, como fruto, el reconocimiento de los derechos de los individuos como previos a la misma existencia del Estado, en tanto derechos naturales, inalienables e indisponibles por la sociedad civil organizada<sup>173-174</sup>; del mismo modo, no puede pasarse por alto el que tales proclamas revolucionarias se fundaran en la idea de la universalidad de los derechos, lo

<sup>173</sup> "Por supuesto, los derechos proclamados en la Declaración eran los derechos naturales del hombre, en consecuencia inalienables y universales. No se trataba de derechos que la sociedad política otorgaba, sino derechos que le pertenecían a la naturaleza inherente al ser humano." BREWER-CARÍAS, Altan. *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 200.

<sup>174</sup> Como lo señala Jefferson se trata de "un pueblo que reclama sus derechos como derivados de las leyes de la naturaleza y no como regalos de su primer magistrado". JEFFERSON, Thomas. "Visión sucinta de los derechos de la América británica" (1774), en *Autobiografía y otros escritos*, ed. De A. Koch y W. Peden, Trad. De A. Escobedo y M. Sáenz de Heredia, Tecnos, Madrid, 1987, p. 319.





cual se puede corroborar cuando ambas declaraciones refieren a "todos los hombres"<sup>175</sup>, esto, desde ya se enfatizaba en que eran unos derechos de los que se es titular en razón a la calidad de seres humanos y no por el hecho de pertenecer a determinado Estado o régimen político particular. Igualmente, y como consecuencia de lo dicho, también quedó bien perfilado en su momento la interdicción de la arbitrariedad del poder público<sup>176</sup>, de modo que éste sólo podía actuar dentro de los cauces previstos dentro del ordenamiento jurídico establecido<sup>177</sup>.

9.3.3.- Conforme a lo dicho y recordando que las experiencias del siglo XX demostraron la insuficiencia de los recursos internos para proteger de manera efectiva los derechos de los individuos<sup>178</sup> se asistió, en la segunda mitad del mismo siglo, a la consolidación de un nuevo marco jurídico internacional<sup>179</sup> fundado en la igualdad soberana de los Estados, el ánimo de preservar la paz mundial y respaldado bajo la premisa de la prohibición de amenaza o de uso de la fuerza<sup>180-181</sup>.

<sup>175</sup> Cfr. HUNT, Lynn. *La invención de los Derechos Humanos*. Barcelona, Tusquets, 2009, p. 14.

<sup>176</sup> Esta es, siguiendo a Matteucci, una de las características del constitucionalismo: "se quiere una constitución escrita no sólo para impedir un gobierno arbitrario e instaurar un gobierno limitado, sino para garantizar los derechos de los ciudadanos y para impedir que el Estado los viole." MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid, Trotta, 1998, p. 25.

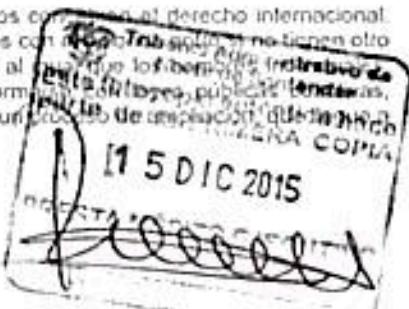
<sup>177</sup> Sobre esta cuestión anota el profesor García de Enterría, respecto de la experiencia revolucionaria francesa, lo siguiente: "La Revolución ha destruido enteramente esa construcción [arbitrariadad del poder del Rey] y en su lugar ha situado la idea de que el poder político es una autodisposición de la sociedad sobre sí misma, a través de la voluntad general surgida del pacto social, la cual se expresa por medio de la Ley, una Ley general e igualitaria, cuyo contenido viene a restituir la libertad del ciudadano y a articular la libertad de cada uno con la de los demás, a asegurar, pues, la coexistencia entre los derechos de todos, que son entre sí reciprocos e iguales". DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la revolución francesa*. [Discurso en el acto de recepción como académico de número]. Madrid, Real Academia Española, 1994, p. 141.

<sup>178</sup> "La internacionalización de la protección de los derechos humanos deriva no sólo de la demostrada insuficiencia de los mecanismos estatales en este campo sino que se articula a la idea, según la cual, es más fácil la convivencia pacífica entre Estados democráticos que entre regímenes autoritarios, porque los controles democráticos internos y la opinión pública pueden asegurar una mayor adhesión de los regímenes políticos a las reglas pacíficas del derecho internacional. Lo anterior explica que jurídicamente los derechos humanos sean normas imperativas de derecho internacional o de los Cogens, que limitan la soberanía estatal, ya que los Estados no pueden transgredirlas, ni en el plano interno, ni en sus relaciones internacionales. Los problemas de derechos humanos han dejado de ser un asunto interno exclusivo de los Estados para constituir una preocupación de la comunidad internacional como tal, la cual ha buscado diseñar mecanismos globales de protección. Este control internacional no debe entonces ser entendido como una intervención en los asuntos internos de otros Estados, sino como una consecuencia jurídica del principio de que hay cuestiones que están reguladas directamente por el derecho internacional. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en manera alguna desconocen la Constitución o vulneran la soberanía colombiana; por el contrario, son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores defendidos por la Constitución." Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1996.

<sup>179</sup> Cassese destaca tres características definitorias del orden internacional clásico o tradicional: a) el que los Estados vivían en un estado de naturaleza; b) la vigencia del principio de reciprocidad, es decir, los tratados internacionales se fundaban, primordialmente, en la obtención de reciprocas ventajas entre los contratantes y, finalmente, c) el que los pueblos y los individuos carecían de peso. CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona, Ariel, 1991, p. 17-19.

<sup>180</sup> Se trata del paso del *Ius ad bellum* al *Ius in bello*, esto es, de un pretendido derecho de los estados a hacer la guerra conforme a sus intereses y perecer a un sistema de seguridad colectiva con fundamento en las Naciones Unidas – Consejo de Seguridad.

<sup>181</sup> Ya Kant anunciaría la necesidad de cambiar la manera en que los Estados conceben el derecho internacional. Sobre esto anuncia el pensador de Königsberg: "Según la razón, los Estados con ~~que tienen~~ no tienen otro camino para salir de esta situación sin leyes, que conduce a la guerra, que, al final, los libera de la arbitrariedad de abandonar su libertad salvaje – es decir, una libertad sin leyes – y conformarse con las leyes, públicas y universales, formando así un Estado Federal (civitas gentium) – siempre, por supuesto, en un acuerdo de amistad y de paz".





9.3.4.- No es en vano que a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas<sup>182</sup> y la Declaración Universal de los Derechos Humanos se registrara la promulgación de diversos instrumentos internacionales (de alcance universal y regional) dirigidos a reconocer catálogos de derechos humanos<sup>183 - 184</sup> acompañados de instrumentos jurisdiccionales (o quasi-jurisdiccionales) encaminados a hacer efectiva la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de tales mandatos.

9.3.5.- Todo lo anterior sin perjuicio de los intentos, inclusive desde el siglo XIX, de regularizar las hostilidades y proteger a las personas y bienes que no tomaban parte en las mismas<sup>185</sup>.

9.3.6.- En adelante, entonces, la protección de los derechos de los individuos ya no resultaba una cuestión circunscrita al derecho interno de los Estados, a su entera discreción, de la misma manera que dejaba de ser irrelevante para el derecho internacional contemporáneo<sup>186</sup>. Quedaba bien claro que la protección de estos bienes jurídicos devendría en una exigencia del derecho internacional. En palabras de Fioravanti puede decirse que "Los Estados nacionales no lograron encerrar completamente la problemática de los derechos en su propio recinto"<sup>187-188</sup>.

abarcar finalmente a todos los Estados de la tierra -". KANT, Immanuel. La paz perpetua. 8<sup>a</sup> edición, Madrid, Tecnos, 2013, p. 30-31.

<sup>182</sup> Mediante la Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945.

<sup>183</sup> "tras la Segunda Guerra mundial se generó una nueva conciencia que movió a la comunidad internacional de la época a establecer límites a los gobernantes en favor de los seres humanos, ciudadanos o extranjeros, que se encontraran (sic) en el territorio de un Estado. El hito fundamental, tras la Carta de San Francisco, fue la Declaración de Derechos de 1948, porque a partir de entonces se fueron estableciendo principios e instituciones cada vez más específicos y desarrollados que llegaron a constituir lo que hoy se denomina Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y, luego, a conformar sistemas regionales de protección de Derechos Humanos". VELA ORBEGOZO, Bernardo. Lecciones de derecho internacional. Tomo I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 39-40.

<sup>184</sup> "A mediados del siglo XX se reconoció la necesidad de la reconstrucción del Derecho Internacional con atención a los derechos del ser humano, de lo que dio elocuente testimonio la adopción de la Declaración Universal de 1948, seguida, a lo largo de cinco décadas, por más de 70 tratados de protección hoy vigentes en los planos global y regional. En la era de las Naciones Unidas, y por influencia de ésta, de sus agendas especializadas y de las organizaciones regionales el Derecho Internacional pasó a experimentar una extraordinaria expansión." CANCADO TRINIDADE, Antonio Augusto. La humanización del Derecho Internacional y los límites de la razón de estado. En: Revista da Facultade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. No. 40, 2001, p. 13.

<sup>185</sup> Sin embargo, es claro que el Derecho de los Derechos Humanos ha potenciado el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. Sobre tal cuestión Meron apunta: "El Derecho de los Derechos Humanos ha tenido una gran influencia en la formación de normas consuetudinarias de Derecho Humanitario. (...) Esta tendencia se inició en Nuremberg y ha continuado a través de casos tales como el de Nicaragua y la Opinión Consultiva sobre las Armas Nucleares y la jursprudencia de los tribunales penales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. (...) Los Derechos Humanos enriquecen el Derecho Humanitario, al igual que el Derecho Humanitario enriquece los Derechos Humanos" MERON, Theodor. The Humanization of International Law. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 3-4.

<sup>186</sup> "El Derecho Internacional clásico no se preocupaba por el trato que dispensaba el Estado a sus subditos. Era ésta una cuestión que dejaba básicamente a la jurisdicción interna de los Estados. (...) En el Derecho Internacional contemporáneo ha cambiado este planteamiento, y a lo que se aspira mediante la protección internacional de los derechos del hombre es a la imposición de obligaciones a los Estados respecto a todos los individuos (...) y a que los individuos puedan redimir directamente contra el Estado infractor ante instancias internacionales en caso de vulneración de sus derechos." PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales. Decimosexta edición, Madrid, Tecnos, 2012, p. 201.

<sup>187</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias. Madrid, Trotta, 2014, p. 10.





9.3.7.- Sin embargo, para la consolidación de un nuevo orden jurídico internacional no resultaba suficiente la idea según la cual el derecho internacional surgía –y cobraba validez – a partir de la voluntad soberana de los Estados<sup>189</sup>, la Convención de Viena de 1969 vino a reflejar esta preocupación sobre el aseguramiento del *orden público internacional* en su artículo 53 relativo a las normas con carácter de *ius cogens*.

9.3.8.- Y es que no se trataba de una cuestión exótica pues recuérdese cómo la filosofía estoica, siglos atrás, había desarrollado la idea del cosmopolitismo conforme a la cual "nuestra máxima lealtad no debe ser otorgada a ninguna mera forma de gobierno, ni a ningún poder temporal, sino a la comunidad moral constituida por la comunidad de los seres humanos"<sup>190</sup>, postulado éste que, de cierto modo, fue seguido por Francisco de Vitoria cuando afirmó que "el derecho de gentes no deriva su fuerza del pacto o convención entre los hombres, sino que tiene fuerza de ley"<sup>191</sup> y que tiempo después fuera recogido por Kant quien planteara, certeramente, que

"la violación del derecho en un punto de la tierra repercute en todos los demás, [así] la idea de un derecho cosmopolita no es una idea fantástica o extravagante, sino el complemento necesario del código no escrito del derecho político y del derecho

<sup>147.</sup>

<sup>189</sup> Como lo anota Yasemin Soysal, "En el periodo de posguerra el Estado-nación, como estructura de organización formal, se desvincula cada vez más del locus de legitimidad, el cual se ha trasladado al nivel global trascendiendo las identidades y las estructuras territorializadas. En este nuevo orden de la soberanía, el sistema principal asume la labor de definir las reglas y los principios, otorgando a los Estados-nación la responsabilidad de garantizar su respeto y aplicación (Meyer, 1980, 1994). Los Estados-nación siguen siendo los principales agentes de las funciones públicas, aunque la naturaleza y los parámetros de estas funciones son determinados cada vez más en el nivel global." SOYSAL, Yasemin. Hacia un modelo de pertenencia posnacional, en Ciudadanía Sin Nación. (Yasemin Soysal, Rainer Bauböck y Linda Bosniak) Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá, 2010, pp.138-139.

<sup>190</sup> Se trata ésta de una de las características del derecho internacional clásico. El derecho internacional surgía a partir de la voluntad soberana de cada Estado; no hay lugar a presumir o inferir limitación a los Estados. Sobre esta cuestión vale la pena traer a cuenta lo sentenciado por la Corte Permanente de Justicia en el Caso Lotus, fallado el 7 de septiembre de 1927, donde fijó:

"El derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. Las reglas del derecho que obligan a los Estados emanen, por lo tanto, de su propia voluntad libremente expresada en las convenciones o por los usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho que han sido establecidos con el fin de regular las relaciones entre estas comunidades coexistentes e independientes o con el fin de conseguir fines comunes. Por lo tanto, no se pueden presumir limitaciones a la independencia de los Estados.

Ahora bien, la primera y principal limitación que impone el derecho internacional sobre los Estados es que, a falta de una regla permisiva en contrario, un Estado no puede ejercer su poder de ninguna forma en el territorio de otro Estado." (Resaltado propio), Corte Permanente de Justicia, Caso S.S. Lotus, fallo de 7 de septiembre de 1927. Disponible, en francés, en el siguiente enlace web: [http://www.icj-cij.org/pclj/seine/A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arr.pdf](http://www.icj-cij.org/pclj/seine/A/A_10/30_Lotus_Arr.pdf)

<sup>191</sup> NUSSBAUM, Martha. Patriotismo y cosmopolitismo. En: NUSSBAUM, Martha. Los límites del patriotismo. Barcelona, Paidós, 1999, p. 18.

<sup>192</sup> Continúa afirmando: "El mundo entero, en efecto, que es, en cierto modo, una República, tiene el poder de promulgar leyes equitativas y adaptadas a las necesidades de todos, como son las del derecho de gentes". FRANCISCO DE VITORIA. De potestate civil. Par. 21. 1528. Citado por GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. El ius cogens. Estudio histórico-crítico, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1982. Pág. 170. Información obtenida en el siguiente enlace web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/bibros/01/1073/12.pdf> consultado el 1º de abril de 2013] Sobre el pensamiento cosmopolita de Vitoria García Pascual anota: "Si tradujémoslo al lenguaje y contexto actual cabría decir que los miembros de esa comunidad política que es el mundo, en efecto, los humanos, tienen una serie de derechos que dan cuerpo a su pertenencia a dicha comunidad de derechos que no autoriza ni afirma que todos vivimos en un mismo espacio [y] compartimos". Parte que expone la autenticidad de las declaraciones. GARCÍA PASCUAL, Cristina. Ciudadanía cosmopolita. En: Cuadernos Electrónicos de Historia del Derecho, 2003, p. 6.





internacional para un derecho público de los hombres como tales, y de esta manera como un complemento necesario para la paz perpetua, pues sólo bajo esta condición podemos acariciar el estar en situación de acercarnos de manera continuada a ella.<sup>192-193</sup>

9.3.9.- A lo que habría de sumar los trabajos de internacionalistas como Verdross quien admitió la existencia de normas con status de *jus cogens* las cuales "no existen para satisfacer las necesidades de los estados individuales, sino el interés superior de toda la comunidad internacional. De ahí que estas reglas son absolutas."<sup>194-195</sup> Al igual que, *inter alia*, la afirmación del profesor Ago según la cual desde tiempo atrás se venía hablando de ciertas cuestiones inderogables e indisponibles a la voluntad de los Estados en el orden internacional<sup>196</sup>.

9.3.10.- Todo ello llevó, entonces, a que el artículo 53 de la Convención de Viena, suscrita el 23 de mayo de 1969, dispusiera la figura de las normas imperativas de derecho internacional general con status de *jus cogens* en los siguientes términos:

Convención de Viena. Artículo 53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho

<sup>192</sup> KANT, Immanuel. La paz perpetua. Op. C4, p. 36-37.

<sup>193</sup> Sobre el concepto de cosmopolitismo Held anota lo siguiente: "El cosmopolitismo es un concepto que trata de revelar la base jurídica, cultural y ética del orden político en un mundo en el que las comunidades políticas y los estados importan mucho, pero no únicamente". HELD, David. Los principios del orden cosmopolita. En: AA.VV. Law and justice in a global society. Anales de la cátedra Francisco Suárez. [IVR 2005], Granada, Universidad de Granada, 2005, p. 127.

<sup>194</sup> VERDROSS, Alfred. Jus dispositivum and jus cogens in international law. En: The American Journal of International Law. Vol. 60, 1966, p. 58.

<sup>195</sup> Súmese a esta línea de pensamiento los trabajos de Grotius y Vattel. El primero expresó que "El derecho natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y por consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza. // Los actos, sobre los cuales recae tal dictado, son lícitos o ilícitos de suyo, y por lo tanto, se toman como mandados o prohibidos por Dios, necesariamente; en el cual concepto se diferencia este derecho, no solamente del humano, sino también del divino voluntario, el cual no manda o prohíbe lo que de suyo y por su misma naturaleza es lícito o ilícito, sino que prohibiendo o mandando hace las cosas lícitas o ilícitas". GROCIUS, Hugo. Del derecho de la guerra y de la paz. Tomo I. Madrid, Editorial Reus, 1925, p. 52.

Por su parte Emerich de Vattel postuló también la obligación de los Estados de seguir el derecho de gentes en tanto sucedáneo del derecho natural. Así: "Puesto que el derecho de gentes necesario consiste en la aplicación que se hace a los estados del derecho natural, el cual es inmutable como fundado en la naturaleza de las cosas, y en particular en la naturaleza del hombre, se sigue que el derecho de gentes necesario es inmutable. // Por lo mismo que este derecho es inmutable, es necesaria también e indispensable la obligación que impone, y no pueden las naciones hacer en el alteración alguna por sus convenios, no faltar reciprocamente a esta obligación". DE VATTEL, Emerich. El derecho de gentes. O principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos. Tomo I. Madrid, Imprenta de D. León Arriaga, 1834, p. 6.

<sup>196</sup> "Estas normas [jus cogens] tienen que ser válidas para todos los miembros de la comunidad internacional, y tienen que ser válidas en especial a título de normas consuetudinarias con respecto a los Estados que no son parte en los tratados en que se enuncian.

(...)

Aunque es cierto que algunos internacionalistas del siglo XIX, e incluso de comienzos del XX, han sostenido la opinión de que todas las normas de derecho internacional tienen carácter dispositivo, y aunque hay que reconocer que sólo en tiempo muy reciente se ha aceptado el carácter perentorio de ciertas normas, no cree que la noción de *jus cogens* o de normas perentorias haya sido desconocida por el derecho internacional del período anterior a la primera guerra mundial. Algunas de las normas de derecho marítimo, por ejemplo, que han llegado a ser consideradas como perentorias en tiempos recientes, eran ya perentorias en el siglo XIX y aun antes." Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Anuario de la Comisión, 1963, Vol. I, pág. 80 [Intervención de Roberto Ago]





internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

9.3.11.- Así, aunque dicho tratado no se ocupó de reseñar cuáles eran las normas que ostentaban el status de *iustitia cogens*, lo cierto es que desde ese momento se reconoció la existencia de las mismas estando llamadas a desempeñar un rol de criterio o regla de reconocimiento respecto de los tratados internacionales, pues como lo prescribe la norma en cita la consecuencia de la pugna de contenidos entre un tratado y una norma de *iustitia cogens* será que dicho instrumento estará viciado de nulidad. Y ello por cuanto se trata de normas jurídicas que ostentan las características de ser universales, perentorias y que no son susceptibles de suspensión o derogación.<sup>197</sup>

9.3.12.- Aunque bien es cierto que no guardan una perfecta asimilación<sup>198</sup>, es claro que las normas de *iustitia cogens* generan, para los Estados, obligaciones de carácter *erga omnes*, esto es, respecto de las cuales no es predictable el principio de reciprocidad en su cumplimiento ya que son de interés de la comunidad internacional en general. Tal entendimiento fue reflejado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*<sup>199</sup> cuando estableció que existían obligaciones que "por su misma naturaleza (...) dada la importancia de los derechos involucrados, pueden considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*". Tales obligaciones – apuntó la Corte – son las derivadas de "la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, como también los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial".<sup>200-201</sup>

9.3.13.- Conviene, entonces, reiterar que la justificación filosófica de este set de normas

<sup>197</sup> TASIOLAS, John. Costum, *jus cogens* and Human Rights. En: BRADLEY, Curtis (editor) *Custom's Future: International law in changing world*, Cambridge University Press, 2015. [Aún no publicado. Información obtenida en el enlace web: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/custom/juscogenshtg.pdf> consultado el 28 de abril de 2015]. Pág. 12.

<sup>198</sup> Cf. DE WET, Erika. *Jus cogens and obligations erga omnes*. En: SHELTON, Dinah (editor). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, p. 554-555.

<sup>199</sup> Aunque ya había elaborado una aproximación en la Opinión Consultiva sobre las reservas al la Convención para la prevención y sanción del Genocidio. Allí sostuvo que los fines de dicha convención eran eminentemente humanitarios y civilizadores y que de la misma los Estados no obtenían una ventaja o desventaja así como tampoco tienen intereses propios sino que se trata de un interés común. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva relativa a la convención para la prevención y sanción del Genocidio. 28 de mayo de 1951.

<sup>200</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited. Judgement*. ICJ Reports, 1951, Vol. I, p. 221.

<sup>201</sup> Cf. Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004. *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado*. (párr. 155-156). Igualmente, Tribunal Penal de Montenegro para la Antigua Yugoslavia. Cámara de Primera Instancia. Sentencia de 10 de diciembre de 1999. *Recurso de la Primera Instancia contra Ratko Mladić* (párr. 151).





566

de derecho internacional general radica en el deseo de proteger valores jurídicos supremos de interés universal para la comunidad internacional considerada como un todo. Si se quiere, con otras palabras, también podría afirmarse que el valor jurídico de las mismas se encuentra en que éstas constituyen la clave de bóveda de la legitimidad sobre la cual se asienta el derecho internacional contemporáneo surgido en la segunda mitad del siglo XX.

9.3.14.- Así basta ver algunas de las definiciones que se han brindado sobre las normas de *iustitia cogens* para corroborar este marcado acento sustancial y eminentemente humanista. Por ejemplo la Comisión de Derecho Internacional ha definido a estas como aquellas "normas sustantivas de conducta que prohíben lo que se considera intolerable por la amenaza que supone para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y los valores humanos más básicos"<sup>202</sup>. Cassese comprende tales normas como "valores (respeto a la dignidad humana, autodeterminación de los pueblos, etc) que deben tener prioridad sobre cualquier otro interés o exigencia nacional. Valores que indican elecciones fundamentales entre sendas diferentes dentro de la comunidad internacional."<sup>203</sup> Al tiempo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que "el concepto de *jus cogens* se deriva de un "orden superior" de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidos por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de *jus cogens* han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el "orden público internacional"<sup>204</sup>.

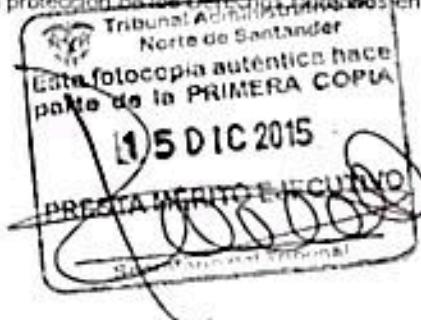
9.3.15.- Por tanto, reitera la Sala que las normas de *iustitia cogens* reflejan un ordenamiento jurídico internacional que pretende o aspira el ideal regulativo de justicia sustancial o material ya que por vía de su institucionalización no hace más que recordar la existencia de unos intereses comunes a toda la humanidad, superiores a aquellos individuales o particulares de las naciones que son esenciales para la vida común civilizada de los seres humanos y los pueblos.

9.3.16.- Finalmente, conviene desagregar el artículo 53 para comprender que una norma imperativa de derecho internacional general - *jus cogens* es aquella que es a)

<sup>202</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Informe de la Comisión. 53º periodo de sesiones. Suplemento No. 10 (A/56/10). p. 305. (Comentario al artículo 40 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de Estado).

<sup>203</sup> CASSESE, Antonio. Los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Barcelona, Ariel, 1993, p. 241.

<sup>204</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 3/87 de 22 de septiembre de 1987. Caso Roach y Pinkerton c. Estados Unidos. Citado por BUERGENTHAL, Thomas et al. La protección de los Derechos Humanos en las Américas. Madrid, Civitas, 1990, p. 74.





aceptada y reconocida, b) por la comunidad internacional en su conjunto y c) respecto de la cual se considera que no admite un acuerdo en contrario.

9.3.17.- Lo anterior quiere decir, entonces, que comoquiera que se trata de normas que no se encuentran recogidas expresamente en tratados internacional (o cuya existencia precede y va más allá de su positivización) la aceptación y reconocimiento a que hace referencia el artículo 53 no puede ser otra cosa que la que se deriva de la práctica consuetudinaria entre los Estados y, para tal efecto, debe tenerse en cuenta que además del mero hábito de obediencia o repetición de conductas coordinadas demostrativas del acatamiento de cierta regla de comportamiento, los participes de la práctica jurídica – sujetos de derecho internacional – reflejen un punto de vista interno sobre tal regla que lleva a generar la convicción comúnmente compartida de que la desviación, violación o no seguimiento de dicho patrón constituye fundamento para sancionar o reprochar jurídicamente tal proceder. Dicho con otras palabras, se trata del elemento de *opinio iuris*. Al respecto la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos de América* se pronunció de la siguiente manera respecto de la configuración de la costumbre:

"Para que una nueva norma consuetudinaria sea formada, los actos correspondientes deben no solamente "representar una práctica constante" sino también relacionarse con una *opinio juris sive necessitatis*. Cualquiera de los Estados al hacerlo de esta manera u otros Estados en posición de reaccionar a ella, deben comportarse de una manera que den testimonio "de la convicción de que esta práctica está dispuesta por la existencia de una regla de derecho. La necesidad de tal creencia, es decir la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción de *opinio iuris sive necessitatis* (C.I.J Recueil 1969, p. 44, par. 77)"<sup>203</sup>.

9.3.18.- Como las normas que tienen tal naturaleza reclaman validez universal, es claro que ello sólo puede ser fruto de una práctica jurídica conforme a la cual se acredite que la comunidad internacional en su conjunto, considerada como un todo, reconoce tal peculiaridad. Sobre este punto la Comisión de Derecho Internacional ha afirmado que tal exigencia no supone "exigir (...) un reconocimiento unánime por todos los miembros de esa comunidad y atribuir de este modo a cada estado un inconcebible derecho de voto." Mejor aún, se trata de que tal reconocimiento mayoritario sea de "todos los componentes esenciales de la comunidad internacional"<sup>204</sup>.

<sup>203</sup> Corte Internacional de Justicia. *Nicaragua c. Estados Unidos de América. Caso de la invasión y ocupación paramilitares en y en contra de Nicaragua. Fallo de 27 de junio de 1986 (tanda) (párrafo 17 de la Tanda)*

<sup>204</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión de Derecho Internacional. Anuario de la Comisión. Vol. 2. 1969. Págs. 118.





55  
56

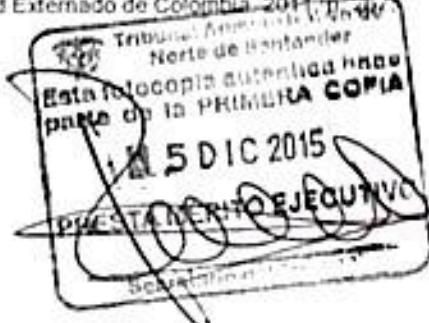
9.3.19.- Comoquiera que trata de normas fundamentales para el orden jurídico internacional las mismas deben (o potencialmente deberían) estar presentes de manera global. Finalmente, el último de los elementos hace referencia a una característica normativa, que no descriptiva, y es la imposibilidad de que, por cualquier razón, acto jurídico alguno (internacional o nacional) le contravenga o que algún sujeto de derecho internacional pretenda desconocer o sustraerse del cumplimiento de este tipo de normas.

9.3.20.- Así, por ejemplo, en el caso *Bélgica c. Senegal* [Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar] la Corte Internacional de Justicia encontró que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens* para lo cual dio cuenta de una práctica internacional generalizada y la *opinio juris* de los Estados a lo cual añadió (en lo que puede ser tenido como referentes indicativos de cuándo se está en presencia de una norma de esta naturaleza) tres circunstancias bien particulares cuales son: que tal prohibición se encuentra recogida en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal, se han incorporado al derecho interno de casi todos los Estados y, finalmente, que los actos de tortura se denuncian de manera habitual en foros nacionales e internacionales<sup>207</sup>.

9.3.21.- Entiende la Sala, entonces, que las normas de *ius cogens*, al tutelar el orden público internacional, sustraen de la voluntad política de los Estados la protección de bienes jurídicos valiosos para humanidad y la comunidad de Estados desde una perspectiva global<sup>208</sup>. Y ello es así por cuanto la no afirmación y vigencia de tales

<sup>207</sup> Textualmente este punto fue desarrollado en los siguientes términos por la Corte Internacional de Justicia:  
"99. Selon la Cour, l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*ius cogens*). Cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des Etats. Elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948; les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; la résolution 3452/30 de l'Assemblée générale sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 décembre 1975), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des Etats; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales.". Corte Internacional de Justicia. *Bélgica c. Senegal. Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar*. Fallo de 20 de julio de 2012 (fondo) (párrafo 99).

<sup>208</sup> "Se está estableciendo entonces la infraestructura del derecho global. La regulación internacional o regional está abordando una creciente multitud de temas. La mayoría de los Estados cumple la mayoría de las regulaciones la mayoría de las veces. Y se está creando un conjunto de cortes y tribunales como foros de estos regímenes legales. Esta constante construcción de fundamentos ocurre en el derecho público internacional (leyes referidas a las relaciones entre Estados, y derechos humanos) y en el derecho privado internacional (leyes referidas a las relaciones entre partes privadas de naciones diferentes, principalmente comerciales). Las fuentes y formas principales de elaboración del derecho son los acuerdos multilaterales y bilaterales (tratados), las costumbres internacionales, los principios generales compartidos, las normas y regulaciones expedidas por organismos internacionales (agencias o tribunales), las decisiones de las cortes internacionales, los contratos y códigos modelo, los términos estándares ampliamente utilizados en acuerdos privados y la elaboración coordinada de la ley en el nivel nacional, la cual incluye la convergencia o armonización planeada entre órdenes legales nacionales y transnacionales". TAMANAHÁ, Brian. En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011. P. 108.





normas como postulados centrales del razonamiento jurídico práctico universal de los Estados bien podría llevar a situaciones de injusticia extrema, propias de aquellos contextos que dieron lugar al surgimiento de la actual tendencia humanista y protectora del derecho internacional contemporáneo.

9.3.22.- Y, justamente, por corresponderse con los postulados básicos de humanidad, justicia y convivencia civilizada universal las normas de derecho internacional que ostentan el status de *ius cogens* pasan a constituir parámetro normativo para los Estados pues no falta su consentimiento para que las mismas se entiendan incorporadas en el derecho interno.

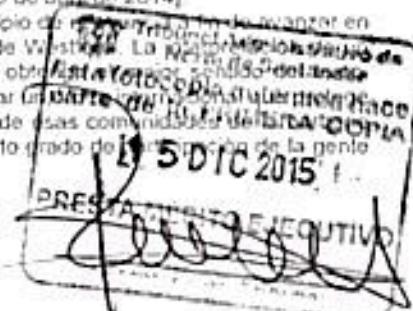
9.3.23.- Con otras palabras, la convencionalidad, en tanto herramienta de comprensión de los sistemas jurídicos, no admite una visión acotada a los estrechos senderos del voluntarismo estatal; por el contrario entiende el carácter vinculante de los principios y valores reconocidos consuetudinariamente en el Derecho Internacional Público (como en el Derecho Internacional Privado), en toda su dimensión como normas reconocidas como perentorias de derecho internacional general o de *ius cogens*, de donde se sigue su integración normativa junto al derecho interno de cada Estado para conformar así un marco jurídico protector de los individuos<sup>209-210</sup>.

9.3.24.- Así, para concluir este punto, vale decir con Dworkin<sup>211</sup>, que el sentido

<sup>209</sup> "3.- Si bien la reciente evolución doctrinal y jurisprudencial identifica la figura en cuestión como "convencionalidad" denotando la idea de ordenamiento jurídico derivado de lo acordado entre naciones, la realidad de la conformación material de la misma nos permite sostener, que más que una consecuencia de lo pactado, por fin convencionalidad se entiende de manera principal un claro derecho internacional de carácter consuetudinario surgido de las relaciones propias de la existencia de las naciones mismas y de su convivencia, así como del reconocimiento al valor supremo que representamos los seres humanos independientemente del contexto nacional al que por accidente nos corresponda pertenecer. La persona en sí misma no es solo una responsabilidad y compromiso directo de los estados, es un interés general y supremo de la humanidad. Precisamente, la convencionalidad permite establecer criterios mínimos e igualitarios de tratamiento y respeto a nivel universal." (Resaltado propio) SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Convencionalidad y Derecho Administrativo. Esquema desarrollado del proyecto de tesis posdoctoral. Universidad Carlos III de Madrid. [No publicado].

<sup>210</sup> "(...) la construcción doctrinal y jurisprudencial del *jus cogens* internacional como propia de un nuevo *jus gentium*, el Derecho Internacional para la Humanidad. (...) en este entendimiento, y por definición, 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*". (Resaltado propio) CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "La ampliación del contenido del *jus cogens*", en (<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cançado-DM-MR-1-10.pdf>; consultado el 10 de abril de 2014).

<sup>211</sup> "Debemos interpretar los documentos y prácticas seleccionadas para el principio de no agresión como autor en el propósito imputado de la mitigación de los defectos y peligros del sistema de Westphalia. La *interpretación* de documento internacional, como la Carta de la ONU, es la interpretación que obtiene el resultado deseado teniendo en cuenta el objetivo subjacente del derecho internacional, cual es crear un sistema de paz que proteja a las comunidades políticas de la agresión exterior, proteger a los ciudadanos de esas comunidades de la guerra interna, facilitar la coordinación cuando esto sea esencial y proporcionar un cierto grado de justicia en caso de la guerra".





interpretativo que los operadores jurídicos deben dar al derecho internacional no es otro que el de proyectar aquellos principios fundamentales y orientadores que subyacen a tal ordenamiento jurídico, como lo es la decidida protección de los derechos del ser humano, sobre el derecho interno en una suerte de integración normativa garantista que irradie sus efectos a lo largo de todas las actuaciones del poder público ora a nivel internacional ora en el ámbito interno.

9.3.25.- No otra pueda ser la lectura que esta Sala puede tomar del contexto actual del desarrollo del derecho internacional, donde el principio de humanidad<sup>212</sup> viene a constituirse en eje estructural que legitima o, mejor aún, justifica la existencia de los Estados contemporáneos<sup>213</sup> en tanto configurados a partir de las cláusulas sociales, democráticas y de derecho.

#### 9.4.- Las normas de Derecho Internacional Humanitario y su carácter de *ius cogens*.

9.4.1.- Dicho lo anterior, pasa la Sala a ocuparse de las normas de DIH relativas a la protección al personal sanitario.

9.4.2.- El Derecho Internacional Humanitario<sup>214</sup>, en tanto conjunto normativo surgido a partir de la costumbre jurídica de los Estados y recogido en diversos instrumentos internacionales dedicados a humanizar el marco de las acciones de guerra entre los contendientes, por una parte, y a propender por una mejor suerte para aquellos que no participan en las hostilidades bien sea por no ser combatientes o ser víctimas de las

en su propio gobierno en todo el mundo. Estos objetivos deben ser interpretados juntos: deben ser entendidos de una manera tal como para hacerlos compatibles." DWORKIN, Ronald. A new philosophy for international law. En: *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 41, No. 1, Winter 2013, p. 22.

<sup>212</sup> "La revalorización de lo humano y de lo humanitario como dimensión de las relaciones internacionales, la apariación de un consenso en torno a las nociones de derechos humanos y democracia como valores generalmente aceptados por la comunidad internacional en su conjunto, y la afirmación de que el ser humano es titular de derechos propios, oponibles jurídicamente a todos los Estados, incluso al Estado del que sea nacional o al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre, constituyen extraordinarias innovaciones que hacen que, a diferencia del Derecho internacional clásico, la persona no pueda ser considerada como un mero objeto del Derecho internacional." CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Derechos Humanos y Derecho Internacional. En: *Isegoria*, No. 22, año 2000, p. 74.

<sup>213</sup> "[E]n el derecho internacional contemporáneo también se puede vislumbrar la tendencia a dejar de considerar el Estado como una entidad legítima por el mero hecho de reivindicar el poder público; es decir, se tiende a rechazar todo principio de legitimidad que sea indiferente a la naturaleza, forma y operación del poder político. Corporizada en ciertos instrumentos legales, se pone en práctica la concepción de que el Estado debe ser un Estado democrático que propugna ciertos valores comunes." HELD, David. La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona, Paidós, 1997, p. 134.

<sup>214</sup> "El derecho humanitario es esa parte importante del derecho internacional público inspirada en el sentido de la humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra". PICTET, Jean. *Développement et Principes du Droit International Humanitaire*. París, Pedoné, 1983, p. 7.





mismas<sup>215</sup>, destina disposiciones específicas dirigidas al respeto y protección de personal sanitario, las instalaciones sanitarias así como los medios de transporte utilizados para tales fines. Una revisión de los instrumentos internacionales permite dar por sustentado tal aserto.

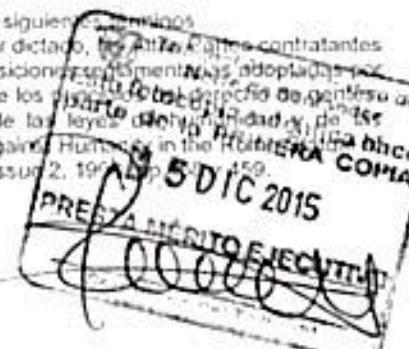
9.4.3.- Así, el Convenio de Ginebra de 1864 'para el mejoramiento de la suerte de militares heridos en los ejércitos en campaña' dispuso en su artículo 2º que "El personal de los hospitales y de las ambulancias, incluso la intendencia, los servicios de sanidad, de administración, de transporte de heridos, así como los capellanes, participarán del beneficio de la neutralidad cuando ejerzan sus funciones y mientras haya heridos que recoger o socorrer".

9.4.4.- Esta marco protector fundado en el principio de humanidad, propio de quienes no intervienen en las hostilidades pronto vino a ser reiterado por el Convenio II de La Haya relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, de 1899, célebre por la institucionalización de la *cláusula martens*<sup>216</sup>, donde el artículo 27 estableció que "En los sitios y bombardeos deberán tomarse las medidas necesarias para librarr, en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las partes y a las ciencias y a la beneficencia, los hospitales y los centros de reunión de enfermos y heridos (...)".

9.4.5.- Pero, a decir verdad, no vino a establecerse una protección efectiva a hospitales y al personal y misiones médicas sino con los Convenios I y IV de Ginebra de 1949 donde se avanzó en el deber de los contendientes de proteger y respetar a dichos lugares y personas y ello era lógico por cuanto a partir de tales bienes o personas no se desprendía un provecho militar para algunas de las partes en contienda, más por el contrario, lo que se procuraba con ello era facilitar las labores sanitarias que se

<sup>215</sup> "En relación con el derecho de los conflictos armados, la doctrina tradicional solía distinguir entre el llamado derecho de la Haya o derecho de la guerra en sentido estricto, codificado en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, y cuya finalidad tradicional ha sido regular la conducción de las hostilidades y los medios legítimos de combate; y, de otro lado, el Derecho de Ginebra o derecho internacional humanitario en sentido estricto, cuyo objetivo es proteger a quienes no participan directamente en las hostilidades. Esto podía hacer pensar que cuando la Constitución habla del derecho humanitario sólo está haciendo referencia al llamado Derecho de Ginebra. Pero ello no es así, ya que la doctrina considera que actualmente no se puede oponer tajantemente esos dos derechos ya que, desde el punto de vista lógico, la protección de la población civil -objeto clásico del derecho internacional humanitario en sentido estricto- implica la regulación de los medios legítimos de combate -finalidad del tradicional derecho de la guerra-, y viceversa." Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995. Cfr. PICTET, Jean Op. Cit. p. 8-10.

<sup>216</sup> Dicha cláusula se encuentra dispuesta en el preámbulo del Convenio en los siguientes términos: "En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, los Altos Comisionados de las Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones respectivamente adoptadas por ellas, los pueblos y los belligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios fundamentales del derecho de guerra de tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la civilidad y de las exigencias de la conciencia pública." Cfr. HWANG, Phyllis, "Defining Crimes Against Humanity in the International Criminal Court", en Fordham International Law Journal, V.22, Issue 2, 1998, pp. 459-469.





requieren bien sea de manera ordinaria o con ocasión de las muertes y/o heridas que el conflicto iba deparando. Conforme a ello el Convenio I estableció en su artículo 19 que

"Los establecimientos fijos y las unidades sanitarias móviles del Servicio de Sanidad no podrán, en ningún caso, ser objeto de ataques, sino que serán en todo tiempo respetados y protegidos por las Partes en conflicto. Si caen en poder de la Parte adversaria, podrán continuar funcionando mientras la Potencia captora no haya garantizado por sí misma la asistencia necesaria para los heridos y los enfermos alojados en esos establecimientos y unidades.

Las unidades competentes velarán por que los establecimientos y las unidades sanitarias aquí mencionados estén situados, en la medida de lo posible, de modo que los eventuales ataques contra objetivos militares no puedan ponerlos en peligro".

9.4.6.- Y el Convenio IV en su artículo 18 estableció que "En ninguna circunstancia, podrán ser objeto de ataques los hospitales civiles organizados para prestar asistencia a los heridos, a los enfermos, a los inválidos y a las parturientas; deberán ser siempre respetados y protegidos por las Partes en conflicto".

9.4.7.- Finalmente, el Protocolo I a los Convenios de Ginebra establece en su artículo 12 que "Las unidades sanitarias serán respetadas y protegidas en todo momento y no serán objeto de ataque", para lo cual dispone el cumplimiento de una de las siguientes condiciones para gozar de dicha protección, esto es, que las unidades sanitarias: a) pertenezcan a una de las partes en conflicto, b) estén reconocidas y autorizadas por la autoridad competente de una de las partes en conflicto o c) estén autorizadas conforme al párrafo 2º del artículo 9º del mismo instrumento, esto es, cuando se trate de unidades que no pertenezcan a quienes toman parte en las hostilidades o se siga lo dispuesto en el artículo 27 del Protocolo, respecto de aeronaves sanitarias. En este mismo sentido el artículo 15.1 hace referencia al respeto y protección del personal sanitario de carácter civil.

9.4.8.- Del mismo modo, el artículo 9º del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, que tiene aplicación en los conflictos armados no internacionales, reitera lo anteriormente dicho, esto es, que "El personal sanitario y religioso será respetado y protegido. Se le proporcionará toda la ayuda disponible para el desempeño de sus funciones y no se les obligará a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria. (...)" al tiempo que el artículo 10º del mismo instrumento establece que "No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieren sido las circunstancias o los beneficios de dicha actividad".





9.4.9.- Es preciso señalar, a esta altura, que se entiende por actividad médica a "las tareas que el personal asistencial cumple de conformidad con sus obligaciones profesionales"<sup>217</sup>, lo cual guarda plena concordancia con la definición que se ha ofrecido respecto de "personal sanitario" donde se incorporan "a las personas que, de manera permanente o temporal, están asignadas a tareas sanitarias: búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o asistencia a los heridos, enfermos o naufragos, prevención de las enfermedades, administración y funcionamiento de las unidades sanitarias o de los medios de transporte sanitario"<sup>218</sup>.

9.4.10.- Es importante destacar, por otra parte, que las normas jurídicas revisadas son plenamente aplicables para la consideración del presente caso dado que se tratan de disposiciones que integran el Derecho Internacional Humanitario y, como tal, integra el ordenamiento jurídico, de manera directa, dada su condición de normas de *ius cogens*<sup>219</sup>, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena<sup>220</sup>.

9.4.11.- Así, la Corte Internacional de Justicia desde el caso del Estrecho de Corfú, *Reino Unido c. Albania*, de 9 de abril de 1949, estableció que la obligación que tenían las autoridades albanesas de notificar la existencia de campos con minas en sus aguas territoriales, en beneficio de la navegación en general, y de advertir a buques de guerra

<sup>217</sup> Comentario 4679 al Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Sobre esto es preciso anotar, adicionalmente, que mediante Resolución No. 4481 de 2012 del Ministerio de Salud a nivel interno se ha definido la misión médica en los siguientes términos:

"**Misión Médica:** Para efectos de la aplicación del presente Manual, la Misión Médica comprende: 'El conjunto de bienes, instalaciones, instituciones, transporte terrestre, aéreo, fluvial y marítimo, equipos y materiales necesarios para llevar a cabo las actividades propias de la prestación de servicios de salud, tales como, asistencia sanitaria, salud preventiva, educación en salud, administración y apoyo en la prestación de los servicios de salud, atención prehospitalaria, hospitalaria y extramural, conformado a su vez, por el personal profesional de la salud y otras disciplinas, con vinculación laboral o civil, que ejercen funciones sanitarias, en el marco de la misión humanitaria en situaciones o zonas de conflicto armado u otras situaciones de violencia que afecten la seguridad pública, desastres naturales y otras calamidades'".

En consonancia con lo anterior, de acuerdo con las normas del DIH, la noción de la protección a la Misión Médica, "se refiere a la actividad médica, es decir, a las tareas que el personal asistencial cumple de conformidad con sus obligaciones profesionales"<sup>221</sup>.

En cuanto a la expresión de "actividad médica", resulta pertinente aclarar que esta debe ser interpretada de manera amplia, ya que por la misma no solo se entienden cuidados, sino, por ejemplo, actividades tales como "confirmar un fallecimiento, administrar una vacuna, establecer un diagnóstico, dar consejos"<sup>222</sup>, o actividades administrativas asociadas con la prestación de servicios de salud.<sup>223</sup>

<sup>218</sup> VERRI, Pietro. Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008, p. 84. [Conforme a la definición expuesta en el artículo Bº, literal e) del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949]

<sup>219</sup> La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha dicho que las normas de *jus cogens* son "normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales". COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Informe de la Comisión. 53º período de sesiones. Suplemento No. 10 (A/58/10), p. 305. (Comentario al artículo 40 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de Estado)

<sup>220</sup> Convención de Viena. Artículo 53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, contradice una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la mayor parte de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser superada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.





británicos del inminente peligro que suponía dicho campo se basaba "no en el Convenio de La Haya de 1907 (...) que es aplicable en tiempos de guerra, pero en ciertos principios generales y bien conocidos, a saber: **elementales consideraciones de humanidad**, aún más exigentes en la paz que en la guerra"<sup>221</sup> (resaltado propio), en otras palabras, la Corte entendió que el principio de humanidad, aún en ausencia de tratados particulares, es susceptible de generar obligaciones de derecho internacional.

9.4.12.- En esta misma línea se encuentra el pronunciamiento de la Corte en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos de América* en donde estableció que pese a las reservas formuladas por Estados Unidos las reglas contenidas en el artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 constituyen un "criterio mínimo" que refleja, junto a otras normas, "elementales consideraciones de humanidad". Así, la Corte estableció que existía una obligación de los Estados Unidos de respetar las convenciones e incluso hacerlas respetar en cualquier circunstancia "puesto que tal obligación no deriva sólo de los Convenios en sí mismos, sino de los principios generales del derecho humanitario, que los Convenios meramente dan expresión específica."<sup>222</sup>.

9.4.13.- Cuestión reiterada en el caso de la Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares donde la Corte consideró que debido a que gran número de las normas de derecho humanitario del Convenio IV de La Haya y los Convenios de Ginebra son fundamentales para el respeto a la persona humana y constituyen elementales consideraciones de humanidad "deben observarse por todos los Estados, sean o no ratificados los Convenios que los contienen, porque constituyen principios intransigibles del derecho internacional consuetudinario"<sup>223</sup>.

9.4.14.- En este orden de ideas, es claro que en distintos pronunciamientos la Corte Internacional de Justicia se inclina a considerar a las normas de derecho internacional humanitario como revestidas de un valor jurídico preponderante para los Estados, aun cuando no se suscribieran los respectivos convenios. No otra cosa se deduce de los calificativos de "elementales consideraciones de humanidad" o por ser "principios intransigibles del derecho internacional consuetudinario".

<sup>221</sup> Corte Internacional de Justicia. Caso del Estrecho de Corfú. Reino Unido c. Albania. Sentencia de 9 de abril de 1949 (fondo) (parr.. 216).

<sup>222</sup> Corte Internacional de Justicia. Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua. *Nicaragua c. Estados Unidos*. Sentencia de 27 de julio de 1986 (fondo) (parr. 218-220).

<sup>223</sup> Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares. Decisión de 8 de julio de 1996.





9.4.15.- Sin embargo, en el contexto internacional el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY en adelante) también ha sabido reconocer este valor jurídico a las normas de Derecho Internacional Humanitario en conflictos armados internos e internacionales. Así, en el caso Dusko Tadic el Tribunal dio cuenta del enfoque del DIH en los siguientes términos:

"El desarrollo impetuoso y la propagación en la comunidad internacional de las doctrinas de derechos humanos, sobre todos después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, ha dado lugar a cambios significativos en el derecho internacional, en particular en el enfoque de los problemas que aquejan a la comunidad mundial. Un enfoque orientado en el Estado-soberanía ha sido suplantado por un enfoque orientado al ser humano. Poco a poco, la máxima del derecho romano *hominum causa omne jus constitutum est* (todo el derecho es creado en beneficio de los seres humanos) ha ganado una posición firme en la comunidad internacional. De ello se desprende que, en el ámbito de los conflictos armados la distinción entre guerras interestatales y las guerras civiles está perdiendo su valor en lo que se refiere a los seres humanos. ¿Por qué proteger a los civiles de la violencia beligerante, o prohibir la violación, la tortura o la destrucción sin sentido de los hospitales, iglesias, museos o la propiedad privada, así como proscribir el uso de las armas que causan sufrimiento innecesario cuando dos Estados soberanos se dedican a la guerra, y sin embargo, se abstenga de promulgar las mismas prohibiciones o proporcionar la misma protección cuando la violencia ha surgido "solo" en el territorio de un Estado soberano? Si el derecho internacional, mientras que por supuesto salvaguarda debidamente los intereses legítimos de los Estados, debe girar gradualmente a la protección de los seres humanos, es natural que la dicotomía mencionada debería perder progresivamente su peso." (Resaltado propio)<sup>224</sup>

9.4.16.- Mientras que en el caso Kupreskic el TPIY hizo referencia a que el acatamiento de las normas humanitarias "no puede depender de un respeto reciproco o equivalente de estas obligaciones por otro Estados. Esta tendencia inscribe en las normas jurídicas el concepto de "imperativo categórico" formulada por Kant en el dominio de la moral: se deben cumplir las obligaciones, independientemente que los demás las cumplan o no." Al tiempo que estableció que "la mayoría de las normas de derecho internacional humanitario, en particular aquellas que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, son normas imperativas de derecho internacional o *jus cogens*, es decir, que ellas son imperiosas y que no se pueden derogar. (...) La protección de los civiles en tiempo de conflicto armado, sea internacional o interno, es la piedra angular del derecho humanitario moderno"<sup>225</sup>.

<sup>224</sup> Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Cámara de Apelaciones. Decisión de 2 de octubre de 1995. Caso Prosecutor c. Dusko Tadic alias "Dule".

<sup>225</sup> Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Cámara de primera instancia. Decisión de 19 de marzo de 2000. Caso Prosecutor c. Kupreskic. En este mismo sentido también se pronunció el Tribunal de La Haya en el caso Martic – decisión de 8 de marzo de 1996 – en los siguientes términos: "la norma según la cual *la vida de los civiles* es *una auténtica fin* como los bienes de carácter civil, no deben ser objeto de ataque, es una norma fundamental del derecho humanitario aplicable a todos los conflictos armados". Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.





9.4.17.- Del mismo modo, no puede pasarse por alto que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución No. 2444 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968 sobre el respeto de los Derechos Humanos en los conflictos armados recogió, de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, los siguientes principios para su observancia por todas las autoridades:

- "a) Que no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo;
- b) Que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal;
- c) Que en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible;"

9.4.18.- Lo cual fue reafirmado, posteriormente, en la Resolución No. 2675 (XXV) de 9 de diciembre de 1970 del mismo órgano sobre "Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados" donde se afirman los siguientes principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados "sin perjuicio de su elaboración futura dentro del desarrollo progresivo del derecho internacional sobre conflictos armados:

- \*1. Los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflicto armado.
- 2. En el desarrollo de operaciones militares durante los conflictos armados deberá establecerse en todo momento una distinción entre las personas que toman parte activa en las hostilidades y las poblaciones civiles.
- 3. En el desarrollo de operaciones militares, se hará todo lo posible por tener a las poblaciones civiles a salvo de los estragos de la guerra y se adoptarán todas las precauciones necesarias para evitar que las poblaciones civiles padecan heridas, pérdidas o daños.
- 4. Las poblaciones civiles como tales no deberán ser objeto de operaciones militares.
- 5. Las viviendas y otras instalaciones usadas sólo por poblaciones civiles no deberán ser objeto de operaciones militares.
- 6. Los lugares o zonas designadas al solo efecto de proteger a los civiles, como las zonas de hospitales o refugios análogos, no deberán ser objeto de operaciones militares.
- 7. Las poblaciones civiles o las personas que las componen no deberán ser objeto de represalias, traslados forzados u otros ataques contra su integridad.
- 8. La presentación de socorro internacional a las poblaciones de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos. La declaración de principios sobre la organización de socorros a las poblaciones civiles en casos de desastre, enunciada en la resolución XXVI de la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, deberá aplicarse en caso de conflicto armado, y todas las partes en el conflicto deberán hacer todo lo posible por facilitar esta aplicación".

9.4.19.- Finalmente, la Comisión de Derecho Internacional ha enlistado, de manera





general, algunas de las reglas que con mayor frecuencia son citadas con el rango de *ius cogens*: "a) la prohibición del uso agresivo de la fuerza; b) el derecho de legítima defensa; c) la prohibición del genocidio; d) la prohibición de la tortura; e) los crímenes de lesa humanidad; f) la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos; g) la prohibición de la piratería; h) la prohibición de la discriminación racial y el apartheid; e i) la prohibición de las hostilidades contra la población civil ("normas básicas del derecho internacional humanitario")."<sup>226</sup> (Resaltado propio).

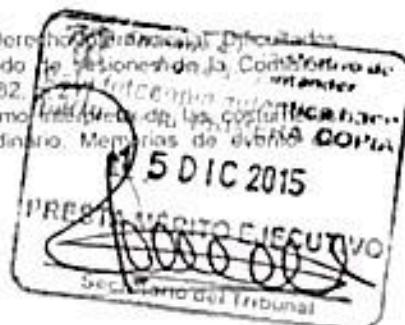
9.4.20.- Con otras palabras, toma nota la Sala que en el ámbito internacional existen elementos de juicio suficientes que le permiten constatar el carácter de norma de *ius cogens* de los principios fundamentales del derecho internacional humanitario. Por tanto, resulta clara la obligación de los Estados de observar las prescripciones humanitarias de protección de la población civil en conflictos armados, sean estos internacionales o no, en razón a que constituyen principios inherentes o fundamentales para la humanidad considerada como un todo. Así, se torna irrelevante detenerse a verificar si los convenios que recogen este conjunto de normas ha cumplido el procedimiento de incorporación en el derecho interno (vía ley aprobatoria de tratados), pues en virtud de la condición de normas perentorias de derecho internacional general su incorporación y aplicación directa en el orden jurídico interno es inmediata y no demanda de acto jurídico alguno que así lo disponga.

9.4.21.- Y es que este también ha sido el entendimiento que la Corte Constitucional ha brindado al tema. Se trata, sin duda alguna, de una línea jurisprudencial sólida y consolidada que reconoce expresamente que las normas de Derecho Internacional Humanitario son consideradas como *ius cogens* y que, por tal razón, se torna automática su aplicación a nivel interno<sup>227</sup>.

9.4.22.- Así, la sentencia C-574 de 1992 estableció que los Convenios de Ginebra y sus respectivos Protocolos "por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens*". Por consiguiente señala que la Constitución colombiana "acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho

<sup>226</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión de Derecho Internacional. Fragmentación del Derecho Internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. 58º periodo de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudios de la Comisión de Derecho Internacional. A/CN.4/1082.

<sup>227</sup> Cf. RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. La Corte Constitucional Colombiana como tribunel de las Constituciones internacionales. En: Estudios de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Memorias de JUBILEO COPIN. Bogotá, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009, p. 13-19.





571-60  
71

internacional humanitario al ordenamiento interno nacional". En este mismo sentido el fallo en cita apuntó que "Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios ya existentes en el derecho internacional consuetudinario.".

9.4.23.- Igualmente, el fallo C-225 de 1995, dando alcance a lo ya establecido reafirmó que de ninguna manera una fuerza armada de un Estado que haya ratificado los Convenios de Ginebra puede excusarse de su incumplimiento, ello dada la universalidad de la aceptación de sus contenidos y en razón a los valores de humanidad que estos instrumentos recogen:

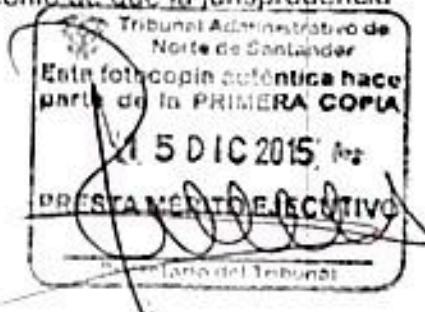
"La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que -se repite- la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado." (Resaltado propio).

9.4.24.- La sentencia C-802 de 2002 recordó que dado el carácter prevalente de las normas de Derecho Internacional Humanitario, éstas no pueden ser objeto de suspensión en períodos de estados de excepción. Así lo expresó:

"El respeto de las reglas del derecho internacional humanitario es un imperativo para la efectiva protección de los derechos y garantías consagrados en la Carta, a la vez que constituye un presupuesto para la realización de la dignidad de los individuos que son afectados por el conflicto armado. Estos elementos cobran especial relevancia en la situación actual del país, que exige un reforzamiento de los procedimientos que estén dirigidos a la salvaguarda de la población civil."

El carácter prevalente del derecho internacional humanitario impide que pueda ser desconocido a través de las medidas de estado de excepción. Es evidente que al pertenecer el derecho de los conflictos armados al ámbito del derecho internacional general, su preceptiva adquiere la misma función que los derechos intangibles a los que se hizo referencia al analizar los artículos 4 del Pacto Internacional y 27 de la Convención Americana, lo que a su vez es reforzado por la obligación de cumplir con los compromisos que el Estado colombiano ha suscrito en virtud de la ratificación y aprobación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales"

9.4.25.- Y finalmente, la sentencia C-291 de 2007 da testimonio de que la jurisprudencia





constitucional ha sido constante en reconocer el valor jurídico a las normas de Derecho Internacional Humanitario, sean estas codificadas, incorporadas o no<sup>228</sup>.

9.4.26.- Sin embargo, en razón a la época en que sucedieron los hechos objeto del presente pronunciamiento (1984) la Sala también debe poner de presente que estas consideraciones sobre el Derecho Internacional Humanitario también habían sido reconocidas en vigencia de la Constitución de 1886. Así, por una parte, el artículo 121 de la normativa constitucional, relativo a la declaratoria de estado de sitio, señalaba que el Presidente quedaba investido de las facultades que le conferían las leyes "y, en su defecto, de las que le dan el Derecho de gentes" y, por otro tanto, esta Corporación, cuando conoció de algunos casos relativos a muertes ocurridas en los hechos de la toma al Palacio de Justicia en 1985 prohíbió este entendimiento, tal como se recoge en el fallo de 19 de agosto de 1994 (exp. 8222)<sup>229</sup> reiterado en sentencia de 2 de febrero de 1995 (exp. 9273):

"También obró equivocadamente la fuerza pública al intentar la recuperación del Palacio de Justicia, operativo que se caracterizó por la desorganización, la improvisación, el desorden y anarquía de las Fuerzas Armadas que intervinieron, la ausencia de voluntad para rescatar sanos y salvos a los rehenes, todo esto con el **desconocimiento absoluto de los más elementales Derechos Humanos y principios básicos del Derecho de Gentes**. Con razón el Procurador Primero Delegado ante la Corporación, al emitir su concepto en el proceso No. 9276, donde figura como demandante Susana Becerra de Medellín, en términos que la Sala comparte integralmente, manifestó: 'Se observa pues que los principios generales del Derecho de Gentes, o aún del Derecho Internacional Humanitario, no requieren necesariamente de expresión positiva en un ordenamiento interno. El Protocolo II, que afirma que la población civil en caso de operaciones militares gozará de protección contra los peligros que conllevan dichas operaciones y que no pueden ser objeto de ataque, puede ser complementario del contenido obligacional enunciado por el Artículo 3 común... En síntesis, tanto por los Convenios de Ginebra, incorporados positivamente al derecho interno, como por los Protocolos I y II adicionales a aquellos, los civiles no combatientes que se encontraban en el Palacio de Justicia tenían un derecho cierto e indiscutible a un trato humano' (Resaltado propio)<sup>230</sup>

9.4.27.- Así las cosas, a manera de recapitulación, esta Sala de Subsección no tiene

<sup>228</sup> Recuerda la Sala que las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico. En términos generales, la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el valor vinculante de la costumbre internacional para el Estado colombiano en tanto fuente primaria de obligaciones internacionales<sup>231</sup> y su prevalencia normativa en el orden interno a la par de los tratados internacionales<sup>232</sup>, así como la incorporación de las normas consuetudinarias que reconocen derechos humanos al bloque de constitucionalidad<sup>233</sup>. Específicamente en relación con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del corpus jurídico colombiano y acceden al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 Superiores.<sup>234</sup> Corte Constitucional, *Tribunal Colegiado C-47/07*, *Este foto es 100% auténtica hace Puerto*, *Norte de Santander*, *15 DIC 2015*, *PRESIDENCIA COPIA*

<sup>229</sup> Haciendo eco del pronunciamiento que emitió en el proceso contencioso el Agente del Estado.

<sup>230</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10-03-1995. *PRIMERA COPIA*



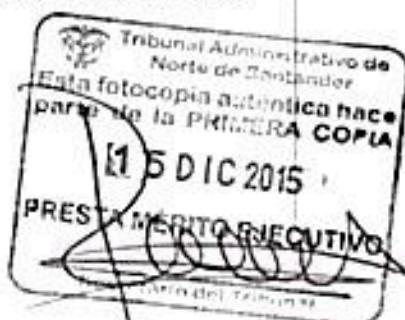
572 6  
72

duda que las normas de Derecho Internacional Humanitario responden a elementales principios de humanidad y ostentan el carácter de normas de *ius cogens*, siendo aplicables para todos los Estados, en general. Esta postura se ratifica una vez se revisa la propia noción de *ius cogens*, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre este tópico, los pronunciamientos del TPIY sobre el DIH y la protección que merecen los civiles en los conflictos armados, las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que reconocen principios de protección para la población civil durante los conflictos armados, el criterio de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas – que relaciona a los principios del derecho internacional humanitario dentro de las normas habitualmente reconocidas como parte de *ius cogens* – y, finalmente, conforme a la consolidada jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

9.4.28.- En otras palabras, por vía de convencionalidad se reconoce la aplicación directa de las normas de Derecho Internacional Humanitario, particularmente las relativas a la protección de personal sanitario, en el ordenamiento jurídico, razón por la cual esta Sala se encuentra en el deber de analizar los hechos que motivan el presente litigio a la luz de las obligaciones convencional con efecto *erga omnes* que tal conjunto normativo impone en cabeza del Estado en el marco de un conflicto armado interno.

#### 9.5.- Los deberes jurídicos en cabeza del Estado respecto del personal sanitario.

9.5.1.- Revisado el anterior conjunto normativo convencional la Sala encuentra la adscripción de deberes jurídicos tanto de abstención como de acción a cargo del Estado y que encuentran su debida articulación conforme a la posición de garante. Conforme a las normas de Derecho Internacional Humanitario arriba transcritas, resulta claro que quienes toman parte en las hostilidades, sean éstas internas o internacionales, tienen a su cargo dos deberes jurídicos precisos respecto del personal sanitario, bien sea éste civil o militar; se trata de las obligaciones de respeto y protección. Entendiendo por la primera de estas el despliegue de todo tipo de acciones por las partes en conflicto dirigidas a no alterar, afectar o violentar la vida o integridad física de dicho personal así como tampoco impedir el normal desenvolvimiento de las actividades médico-sanitarias de los mismos. Por otra parte, la obligación de protección implica el necesario desarrollo de actuaciones, a cargo de las partes contendientes, dirigidas a mitigar el riesgo que genera desarrollar labores médico-sanitarias en una zona de conflicto armado.





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326)

Acción de reparación directa

9.5.2.- Si bien es cierto que el personal sanitario es neutral en las hostilidades, cualquiera sea su origen, es claro que ello no exime a cada una de las partes de brindar protección, seguridad y todo tipo de medios enderezados a salvaguardar la vida, integridad física y los derechos del personal en comento. Máxime cuando, como se dijo arriba, se trata de obligaciones *erga omnes*, esto es, que no responden al criterio sinalgámico o de reciprocidad de modo tal que deben ser cumplidas aun cuando la contraparte no se apreste a ello. Pues, se trata de deberes que protegen intereses generales para la comunidad internacional como un todo.

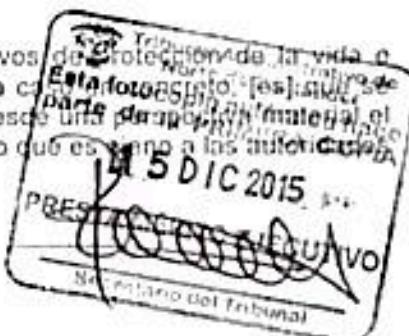
9.5.3.- Igualmente, no se puede perder de vista que el personal sanitario se encuentra cobijado dentro del concepto amplio de población civil de acuerdo a lo establecido en el artículo 50 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra que establece "1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3) y 6), del III Convenio y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se le considerará como civil". Constituyen, entonces, población civil todas las personas que no se encuadran dentro de las categorías de miembros de las fuerzas armadas y prisioneros de guerra.

9.5.4.- Así, las normas de Derecho Internacional Humanitario son fuente de ciertos deberes jurídicos de seguridad y protección que están llamados a ser observados por el Estado en el marco de un conflicto armado interno, de modo tal que lo que se le impone en tales casos es el deber de actuar a fin de brindar la debida protección a las misiones medidas de fuentes de riesgo ajenas a la actividad del Estado.

9.5.5.- Tal deber de protección, como se dijo, impone al Estado adoptar aquellas medidas positivas dirigidas a proteger la vida e integridad física de aquellos que hagan parte de las misiones sanitarias respecto del peligro que éstas pueden afrontar cuando cumplen su misión institucional en el marco de un conflicto.

9.5.6.- La articulación de tales obligaciones, a fin de analizar la responsabilidad del Estado, viene dada a partir de la figura de la posición de garante, la cual ha sido considerada en los siguientes términos por esta Subsección:

"a partir del desconocimiento de los deberes normativos de protección de la vida o integridad física de los ciudadanos, analizado en cada caso concreto, [es] que se deriva la responsabilidad del Estado, ya que si bien, desde una perspectiva material, el acto dañoso puede corresponder al hecho de un tercero que es ajeno a los autorizados"





62

513

73

públicas, no menos cierto es que, a partir de criterios normativos de atribución, se pueda afirmar que no evitar el resultado lesivo equivale a la realización del mismo.

En efecto, la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante no pueden ser valorados a partir de escenarios abstractos o genéricos. Si bien se ha precisado que el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, es menester precisar que, de acuerdo a una formulación amplia de la posición de garante, se requiere, adicionalmente i) que quien es obligado no impida el resultado lesivo, siempre que ii) esté en posibilidad de hacerlo.

(...)

Al mismo tiempo, de acuerdo a la jurisprudencia Interamericana, los Estados no son responsables por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican 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 u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos 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<sup>231-232</sup>.

9.5.7.- Por tanto, más allá de la configuración causal del suceso generador del hecho que se alega como dañoso, debe la Sala detenerse a analizar si se configuró un incumplimiento de los deberes normativos, surgidos a partir de las normas del Derecho Internacional Humanitario, a cargo del Estado y respecto de los vacunadores del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria, cuya categoría de personal sanitario resulta indiscutible dado que estaban ejecutando tareas eminentemente sanitarias, elemento determinante para la cualificación de este personal.

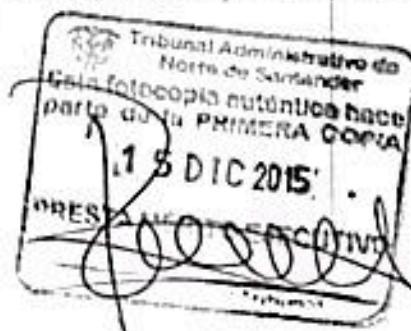
#### 9.6.- Caso concreto.

9.6.1.- Por acreditado se tiene que Mejía Barajas se desempeñaba como funcionario de la entidad antes mencionada y que había sido enviado, junto a otros cinco funcionarios miembros de la Campaña Antiaegypti, a cumplir labores de vacunación contra la fiebre amarilla en zona rural del Municipio de Saravena desde el 24 de septiembre de 1984<sup>233</sup>.

<sup>231</sup> Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 102, párrafo 78.

<sup>232</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de junio de 2011, exp. 19980.

<sup>233</sup> Obra en el expediente documento denominado "Plan de vacunación contra fiebre amarilla en la región del Sarare, Municipio de Saravena, Intendencia Nacional de Arauca a cargo de personal de la Campaña Antiaegypti adscrito a la zona XVII Cúcuta del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria SEM – Dirección de Campañas Directas del Ministerio de Salud (OCD) En el segundo Semestre de 1984" (fls 77-82, c1).





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31326)  
Acción de reparación directa

9.6.2.- Igualmente da por acreditado la Sala que la desaparición tuvo lugar en momento en que la víctima y sus compañeros prestaban el servicio encomendado, tal como se precisó en el acápite sobre el daño antijurídico.

9.6.3.- Ahora bien, en cuanto a las condiciones de orden público en la zona donde sucedió la desaparición, la Sala cuenta con un informe suscrito por el Ministerio de Defensa Nacional en el cual se lee lo siguiente:

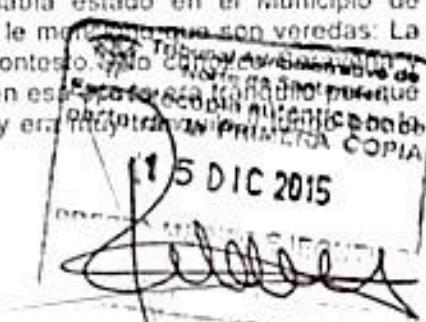
- "1. La zona rural del Municipio de Saravena comprendida por los sectores de Aguasanta, Alto Pajuila, La Colorada, Caño Tigre, Chocua Sur para los años de 1984 y 1985, comenzaban a ser zonas de influencia guerrillera, pese que su accionar para esa época era todavía incipiente en razón de que las cuadrillas de bandidos que actuaban allí estaban de periodo de apertura de dicha zona.
2. Para los meses de septiembre y octubre de 1984, la precitada región se encontraba bajo la jurisdicción del Grupo No. 7 Gulas del Casanare, orgánico de la Séptima Brigada. Revisados los archivos de la Unidad Táctica no se encontró requerimiento alguno del Ministerio de Salud – zona de erradicación de la malaria seccionales Cúcuta y Saravena, solicitando servicio de protección para los funcionarios de dicha entidad." (fl 193, c1).

9.6.4.- En similar sentido obra en el expediente Oficio No. 120577 / CEDE3-OR-315 de 10 de junio de 1997 del Ejército Nacional donde se informa lo siguiente:

"En respuesta a su Oficio (...) en el cual solicita certificación, si para los años 1984 y 1985 la zona rural del Municipio de Saravena (Arauca) era zona de orden público, zona roja o zona guerrillera, me permito informar: para los años antes citados, el Municipio de Saravena (Arauca), específicamente los sectores denominados Agua Santa, Alto de Pajuila, La Colorada, Caño Tigre y Chocoa Sur, durante muchos años se han presentado diferentes factores que han perturbado el orden público" (fl 209, c1).

9.6.5.- Ahora bien, en cuanto a posibles amenazas recibidas por Mejía Barajas con ocasión de su labor en la entidad pública o de los riesgos que este afrontaba por tal actividad la testigo María Nelly Gayón de Velandia indicó:

"Preguntado. Sabe usted si el señor Miguel Ángel durante el ejercicio de sus funciones como vacunador había sido objeto de amenaza o intimidaciones? Contestado. "No sé. El nunca comentó nada." (...) Preguntado. Digale al Despacho si usted en alguna oportunidad escuchó por parte del señor Miguel Ángel o su familia que este corriera algún tipo de peligrosidad en el desarrollo de su trabajo? CONTESTO. "En ningún momento, él nunca contó como y como prácticamente para ese tiempo era tranquilo (sic), por que ahora le dicen a uno que se va para Saravena y Dios mío" Retoma la palabra al señor apoderado de la parte actora para reinterrogar (sic) al Testigo. Preguntado. De acuerdo a su respuesta anterior digale al Despacho, su para la época en que desapareció Miguel Ángel Mejía Barajas Usted había estado en el Municipio de Saravena y más concretamente las localidades que le mencionó son veredas: La colorada, Caño Tigre, Alto Pajuila y Chico Azul? Contestado. "No conozco las veredas de Saravena, pero yo sé que el señor Miguel Ángel vivió en la vereda de La colorada porque mi Tió (sic) vivió mucho tiempo allá hizo su capital y era muy buena gente".





574  
7A  
63

violencia le tocó venirse de allá." (fls 322vto y 323, c1).

9.6.6.- Igualmente la testigo Ángela Elvira Becerra de Quintero señaló:

"Preguntado. Manifieste si tiene conocimiento de que Miguel Ángel Mejía Barajas o cualquiera de los otros compañeros de Malaria habían sido objeto de amenazas por el ejercicio de sus funciones? Contesto "No sé" Preguntado. Sabe usted si Miguel Ángel Mejía hizo en alguna oportunidad comentarios sobre dificultades que tuvieran de orden público en el lugar donde realizaban sus labores? Contesto. "No sé". Preguntado: Sabe Usted si con anterioridad a la salida en que se perdió Miguel Ángel Mejía este había efectuado otro tipo de salida para cumplir sus funciones en esa misma zona? Contesto: "No se" (fl 323vto, c1)

9.6.7.- En relación con el conocimiento que tenía Miguel Ángel Mejía Barajas y sus demás compañeros vacunadores respecto de la zona rural de Saravena, donde prestarían el servicio de vacunación, se cuenta con el escrito de denuncia por desaparición presentada por Neftali Carrascal Carrillo, funcionario del SEM, quien manifestó:

"PREGUNTADO: Diga al Juzgado si anteriormente estos señores o alguno de ellos había estado trabajando en esas veredas. CONTESTO: No señor era la primera vez que iban. PREGUNTADO: Diga al Juzgado, si era la primera vez que iban a esas veredas, como hacen ellos para hacer el recorrido si se supone no conocen a nadie. CONTESTO. A ellos se les suministra un croquis y por eso se guian para las visitas de casa en casa." (fl 58-59, c1).

9.6.8.- Respecto de las medidas adoptadas por el SEM o el Ministerio de Salud para prestar seguridad a los miembros de la campaña de vacunación a la cual pertenecía Miguel Ángel Mejía Barajas, la Sala encuentra que en el documento titulado "Plan de vacunación contra fiebre amarilla en la región del Sarare" se detalla con precisión la justificación del plan de vacunación de fiebre amarilla, los objetivos generales y específicos que se perseguían con dicho plan, el plan de trabajo que debía ser desempeñado por los vacunadores así como la modalidad de trabajo.

9.6.9.- Sin embargo, en dicho documento la Sala echa de menos cualquier análisis relativo a las condiciones de seguridad y orden público en la zona en donde se iba a prestar el servicio de vacunación así como tampoco se encuentra justificación alguna referida a la necesidad de adoptar medidas de seguridad y protección bien sea por cuenta de la misma entidad o en coordinación con otras dependencias públicas.

9.6.10.- Por otro tanto, el informe de desaparición de funcionarios suscrito por el Jefe de Distrito No. 2 del SEM y dirigido al Jefe de la Zona XVII da cuenta de los desaparecidos y los hechos que rodearon tal suceso en los siguientes términos:





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09206-01 (31326)  
Acción de reparación directa

"Me permito informar a usted que entre los días 30 y 31 de octubre del año en curso, desaparecieron los señores:

- |   |  |
|---|--|
| a. Juan José Buendía Arias                                  | Jefe Brigada Aedes A.                    |
| b. Gregorio Ernesto González Gallardo                       | Visitador Aedes A.                       |
| c. Manuel Fernando Fonseca Alarcón                          | Visitador Aedes A.                       |
| d. Carlos Julio Mendoza Rojas<br>Miguel Ángel Mejía Barajas | Visitador Aedes A.<br>Visitador Aedes A. |

No se conoce con exactitud la localidad o localidades de donde desaparecieron pues la labor que debían realizar como era la canalización para vacunar contra fiebre amarilla durante los días 2 y 3 de noviembre /84 eran las localidades de: La Colorada, Aguasanta, La Pajuela, Caño Tigre, Alto Pajuela y Chucua Sur (Parte) todas pertenecientes al Municipio de Saravena, Intendencia Nacional de Arauca. Los señores arriba mencionados están asignados a la Campaña Antiaegypti con sede Cúcuta, Dirección de Campañas Directas del Ministerio de Salud y en la actualidad se encontraban reforzando la Vacunación contra fiebre amarilla en el municipio de Saravena, Sector No. 4, Distrito No. 2, Zona XVII Cúcuta.

**Causa de la desaparición:** Con la información obtenida por la comunidad, no se ha podido establecer con exactitud la causa por la cual desaparecieron dichos funcionarios y se desconoce la situación en que se encuentran.

**Desarrollo de los hechos:** En vista del problema presentado en la región del Sarare por muerte de varias personas por fiebre amarilla en el presente año y con la intención de dar mayor cobertura de personas vacunadas especialmente en el área rural, se trajo de Cúcuta al Grupo de Vacunadores empesando (sic) por el municipio de Saravena. Dicho programa se inició en la semana No. 33 tomando en barriada las localidades de dicho municipio de occidente a oriente (a partir del río Bojabá) y durante los 10 (diez) concentraciones hechas habían cubierto toda la Isla del Charo geográfico y parte del río Banadá, sin tener problemas en la ejecución del programa. En la semana No. 44 continuando con la programación prevista; el grupo salió para las localidades antes mencionadas y de acuerdo a la distribución hecha por el Jefe del Grupo señor Juan José Buendía (Desaparecido) el chofer del vehículo en que se movilizaban los trasladó así: el señor Gregorio Ernesto González y Manuel Fernando Fonseca trabajaron La Colorada, La Pajuela y Aguasanta y el chofer los trasladó hasta la última localidad mencionadas, la pareja del señor Carlos Julio Mendoza y Miguel Ángel Mejía Barajas trabajaría las localidades de: Chucua Sur (Parte), Caño Tigre y Alto Pajuela, siendo trasladados junto con el Jefe del Grupo hasta la última localidad mencionada. Como era necesario hacer mantenimiento al vehículo, el chofer recibió instrucciones que después de trasladarlos debía regresar a Saravena, Sede del Distrito y hacer el mantenimiento necesario al vehículo y el jueves 1° de noviembre /84 debía trasladarse hasta la localidad La Chucua Sur a recoger al jefe del grupo en las primeras horas de la mañana para preparar los elementos necesario para la vacunación de viernes y sábado. El día miércoles 31 de octubre se presentó en la Sede del Distrito el señor Agustín Suárez Jefe de Brigada de Malaria a informar que el grupo de vacunadores de Aguasanta, no había regresado a pernoctar a ésta localidad el martes 30 y que sus elementos personales estaban en la escuela de la misma localidad. Por un momento se pensó que posiblemente se habían encontrado con el otro grupo y que habían pernoctado en una misma casa con el fin de pernoctar mejor. Ese mismo día en la tarde se envió el vehículo con los señores Agustín Suárez, Julián G. Carrillo hasta Alto Pajuela y la información conseguida fue que tres señores habían trabajado el lunes y parte del martes en ésta localidad, que habían ~~pernoctado en la escuela~~ que el ~~parte de los señores~~ pero que desconocían hacia donde se dirigieron. El jueves el conductor se trasladó a el





sitio donde le habían fijado el Jefe de Grupo y permaneció en espera que llegaran y transcurrieron tres (3) horas, como no llegaron se trasladó a Saravena a dar la información.

**Acciones del SEM:** El viernes (2) de noviembre/84 en compañía del Jefe de Zona Ingeniero Florentino Celis Gómez, se formó el grupo de personas del SEM que debían trasladarse a Alto Pajuila y Aguasanta para conocer la situación real y en horas de la tarde regresaron, indicando que no se habían encontrado en las localidades previstas. El sábado en la mañana se puso ante el Juzgado promiscuo Municipal de Saravena el denuncio respectivo. De acuerdo a información del Juzgado, copia del presente denuncio es pasado a las autoridades militares.<sup>234</sup> (fs 62-63, c1).

9.6.11.- Así las cosas, conforme a los elementos de juicio aportados al expediente y de acuerdo al marco teórico convencional fijado precedentemente esta Sala considera que el daño antijurídico causado a los actores es jurídicamente imputable a la Entidad demandada.

9.6.12.- Luego de dilucidada la obligación convencional *erga omnes* que tienen las autoridades de adoptar medidas de protección respecto del personal sanitario, es claro que la misma no se circscribe, como equivocadamente parece entenderlo la demandada, a cierto sector o grupo específico de entidades públicas del Estado, como es la fuerza pública.

9.6.13.- Siendo que se trata de una obligación convencional *erga omnes* y que, de por medio, existe un vínculo laboral entre la entidad demandada y el desaparecido Miguel Ángel Mejía Barajas, no tiene duda la Sala de la adscripción, a cargo de la demandada, del deber de adoptar medidas de seguridad y protección respecto de sus funcionarios públicos, bien sea de manera interna o con el concurso otras entidades públicas, pues no por existir un vínculo laboral (cuálquiera sea su naturaleza) el funcionario se desprende de sus derechos humanos fundamentales, de los cuales es titular por el sólo hecho de su condición de ser humano<sup>234</sup>.

9.6.14.- Y ello adquiere mayor relevancia cuando se trata de funcionarios que deben

<sup>234</sup> Esta ha sido la fundamentación que subyace a la doctrina del ciudadano-soldado elaborada por esta Subsección. "Pero como todo ciudadano, aquél que presta el servicio militar en cualquiera de sus modalidades no queda excluido de las mínimas garantías reconocidas constitucionalmente y al respeto de los derechos humanos que no mutan por tratarse de personal militar". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias de 25 de mayo de 2011 (exp. 18747), 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), entre otras. Por otra parte, también se ha sostenido: "el deber positivo que el Estado tiene para con los soldados que prestan el servicio militar obligatorio se extiende en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, cuando ocurren hechos como los ocurridos en la Base Militar de las Delicias en los que se producen flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también debe acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas del derecho internacional humanitario". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 19195).





prestar su servicio en una zona donde se ha acreditado la existencia de conflicto armado interno como lo era para la época la parte rural de Saravena, pues en tal caso la violación de esta obligación implica, *ipso facto*, una violación al Derecho Internacional Humanitario, tal como se explicó precedentemente.

9.6.15.- Súmese a lo dicho que conforme a las certificaciones expedidas por el Ministerio de Defensa, para los años 1984 y 1985 estaba acreditado que en la zona rural de Saravena existía alteración del orden público así como que ya hacia presencia en dicha región un grupo armado al margen de la Ley.

9.6.16.- En este orden de ideas, era deber de la demandada conocer tal circunstancia y en consecuencia reaccionar analizando las medidas de seguridad y protección idóneas, necesarias y proporcionales a la situación de orden público conocida, teniendo en consideración que se trataba de un personal especialmente protegido por el Derecho Internacional Humanitario, como son quienes desempeñan labores sanitarias. Pero tal análisis brilla por su ausencia, pues ninguno de los medios probatorios del expediente da cuenta, si quiera, de estudios sobre este aspecto, cuestión esta concordante con la posición asumida en este proceso por la accionada quien ha manifestado que "dentro de las responsabilidades que tiene el Ministerio, no se encuentra la de prestar cuidado y vigilancia a sus funcionarios, si estos en desempeño de sus labores sufren algún percance." (fl 299, c1).

9.6.17.- No cabe duda, entonces, que la entidad demandada violó, en perjuicio de los vacunadores del SEM, esto es, del personal sanitario del Estado colombiano, el deber de protección que imponen las normas de Derecho Internacional Humanitario, especialmente el artículo 9º del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, dado que impuso el deber de adelantar jornadas de vacunación en una zona desconocida para ellos, de conflicto armado interno, de influencia de miembros de grupos armados insurgentes y con alteración del orden público sin adoptar ningún tipo de medidas de protección y seguridad. Es esta situación de manifiesta desprotección a los bienes jurídicos convencionales lo que es objeto de reproche de la Sala o, dicho con otras palabras, lo que se constituye como fallo del servicio de la accionada.

9.6.18.- No pierde de vista la Sala que dada la omisión de la entidad demandada de adoptar las mencionadas medidas de protección y seguridad, respecto de los vacunadores es que tuvo lugar la conducta de desaparición forzada de personas.





cuanto desde el 29 de octubre de 1984 se desconoce por completo el paradero de Miguel Ángel Mejía Barajas y los demás vacunadores, situación ésta que encuadra como un acto de desaparición forzada, en tanto y cuanto, se registró una privación de la libertad de un grupo de personas sin que a la fecha se tenga información sobre su paradero o el autor de tal conducta<sup>235</sup>.

9.6.19.- De hecho, no puede pasar por alto la Sala que tal cuestión fue puesta en conocimiento ante el Comité de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, tal como se lee en el informe No. 251 de junio de 1987, caso 1343, donde dicha Entidad transcribe una respuesta del gobierno de Colombia frente a varias denuncias relacionadas con muertes o desapariciones o, en general, violaciones a los derechos de trabajadores. Así, en cuanto al presente caso allí se lee:

“- Desaparición de trabajadores del Servicio de Erradicación de la Malaria (Juan José Buendía Arias, Manuel Fonseca Garzón, Miguel Ángel Mejía, Carlos J. Mendoza y Gregorio Ernesto Torres): La correspondiente investigación se inició el 6 de noviembre de 1984, con base en la denuncia formulada por un particular, en el Juzgado Territorial de Saravena. El mismo adelantó las averiguaciones preliminares, recibiendo declaraciones y testimonios de habitantes de la región. El caso pasó el 8 de mayo de 1985 al conocimiento del Juez 1 Promiscuo del Circuito de Arauca, quien prorrogó por noventa días la etapa de instrucción y comisionó al Juzgado Territorial de Saravena para la práctica de pruebas habiendo ampliado luego dicha comisión por sesenta días más, todo con resultados negativos. El 1 de agosto de 1986 se prorrogó nuevamente por noventa días la instrucción y fue comisionado el Juzgado 21 de Instrucción Criminal de Saravena para la práctica de pruebas adicionales, pero tampoco hubo resultados positivos a los esfuerzos realizados para hallar el paradero de los interesados. La investigación en averiguación de responsables de la desaparición de las mencionadas personas continúa.”<sup>236</sup>

9.6.20.- En el mismo informe el Comité de la OIT solicitó al Estado colombiano solicitó “que le mantenga informado del resultado de los procesos relativos a la muerte, desaparición o ataques a la integridad física de sindicalistas”.

9.6.21.- Así las cosas, la Sala encuentra que hay lugar a declarar la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Salud por el daño antijurídico consistente en la desaparición forzada de Miguel Ángel Mejía Barajas, funcionario vacunador del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria SEM, ocurrida el 29 de octubre de 1984 en zona rural de Saravena, en razón al incumplimiento de los deberes normativos convencionales que

<sup>235</sup> En concordancia con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo 2) y la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 2), A nivel interno, conforme al artículo 165 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal).

<sup>236</sup> Información pública obtenida en el siguiente enlace web de la Organización Internacional del Trabajo: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/T?p=NORMEXPUB&50002.0\\_NO\\_P50002\\_COMPLAINT\\_TEXT\\_ID\\_2901443#T](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/T?p=NORMEXPUB&50002.0_NO_P50002_COMPLAINT_TEXT_ID_2901443#T) [Consultado el 5 de mayo de 2015]





surgen en materia de Derecho Internacional Humanitario.

#### 10.- Los perjuicios solicitados en la demanda.

10.1.- En el escrito de demanda se solicita el reconocimiento de perjuicios materiales y morales en favor de los actores Margarita María Barajas de Mejía [madre], Luis Francisco Mejía Gómez [padre], Norberto, Luis Eduardo, Fanny Leonor, Amparo y Esperanza Mejía Barajas [hermanos] en una suma de noventa y cinco millones quinientos cincuenta y dos mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos con cincuenta y tres centavos (\$95.552.464.53).

10.2.- En el fallo ahora impugnado el Tribunal concedió perjuicios materiales en favor de los padres del desaparecido, esto es, a Margarita María Barajas de Mejía y Luis Francisco Mejía Gómez así como perjuicios morales, en suma de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los accionantes.

#### 10.3.- Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

10.3.1.- En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de los perjudicados o víctimas indirectas. Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna<sup>237</sup>. Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, deben indemnizarse en lo causado.

10.3.2.- Sobre el reconocimiento de perjuicio material, en la modalidad de lucro cesante, derivado de la muerte (en este caso desaparición forzada de personas) de un hijo y a favor de los padres esta Sala de Subsección ha considerado en recientemente oportunidad lo siguiente:

"[D]ebe tenerse en cuenta que cuando se trata del fallecimiento de los hijos, respecto de los padres, la jurisprudencia de la Corporación ha entendido que el hijo soltero contribuye al sostentamiento de su casa materna hasta la edad de 25 años, pues se presume que a partir de la misma forma su propio hogar, la edad que normalmente impide atender las necesidades económicas de otros ~~miembros familiares~~, esa presunción puede ser desvirtuada cuando ha existido certeza que ~~los hijos han cumplido la edad de 25 años, el hijo prestaba auxilio económico a sus padres~~".

<sup>237</sup> Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 100 de mayo de 2006, C.P.: MAURICIO FAJARDO, exp. 15989 y de 1 de marzo de 2006, Exp. 17256.





reunidos otros elementos indicativos como la vida modesta de la familia o "la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir el auxilio económico" y particularmente, cuando el hijo no había formado su propia familia y continuaba en la casa paterna<sup>228</sup>.

Es así, que la Sala reiteró:

"En relación con el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres, la jurisprudencia ha dicho que se presume que los hijos ayudan a sus padres hasta la edad de veinticinco años, en consideración "al hecho social de que a esa edad es normal que los colombianos hayan formado su propio hogar, realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas en otros frentes familiares". Además, se ha considerado que cuando se prueba que los padres recibían ayuda económica de sus hijos antes del fallecimiento de éstos, la privación de ésta tendría un carácter cierto y se ha presumido que la misma habría de prolongarse en el tiempo, más allá de la edad referida de los hijos, a condición de que se reúnan algunas circunstancias que permitieran afirmar tal presunción como la necesidad de los padres, su situación de invalidez, su condición de hijo único<sup>229</sup>.

Entonces, forzoso es concluir que la presunción frente a la existencia del perjuicio encuentra un límite temporal, pues se tiene en cuenta el momento en el cual el hijo habría cumplido 25 años de edad, se itera, porque según las reglas de la experiencia, ese es el momento hasta el cual los padres pueden esperar ayuda económica de los hijos -salvo prueba en contrario- por estimarse que a esa edad éstos últimos se emancipan del seno familiar y conforman su propia familia<sup>230</sup>,<sup>231</sup>.

10.3.3.- En este orden de ideas, el Juez no solo debe considerar el que el hijo ayudara económicamente a sus padres sino que, a fin de reconocer la indemnización por lucro cesante, corresponde verificar las circunstancias particulares en que ello tenía lugar.

10.3.4.- Pues bien, en este caso la Sala encuentra que no hay lugar a acceder al reconocimiento indemnizatorio deprecado por cuanto si bien algunos de los testimonios que militan en el proceso dan fe de la colaboración económica de Miguel Ángel Mejía Barajas para con sus padres, no menos cierto es que no se encuentra demostrado alguna circunstancia generadora de dependencia económica, como es la necesidad de los padres o el estado de invalidez o incapacidad de estos, a lo que debe aunarse el que no se trataba de un hijo único, pues era una familia de cinco hermanos de los cuales está demostrado vía testimonial que, cuanto menos, dos de ellos también laboraban efectivamente<sup>242</sup>.

10.3.5.- Por consiguiente, habrá de revocarse la indemnización por perjuicios materiales reconocida.

<sup>228</sup> Consejo de Estado, sentencia de 20 de febrero de 2003, Exp. 14.515.

<sup>229</sup> Consejo de Estado, sentencia de 9 de junio de 2005, Exp. 15.129.

<sup>230</sup> Consejo de Estado, sentencia de 6 de junio de 2007, Exp. 16.064.

<sup>231</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Exp. 29139.

<sup>242</sup> Cfr. Testimonios de Ángela Elvira Becerra de Quintero y María Nelly Gallón de Velandia (fls. 197-198 y 199-200, c1).





#### 10.4.- Perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicios morales

10.4.1.- En lo que hace relación a la tasación de perjuicios llevada a cabo por el Tribunal, en su fallo de 31 de diciembre de 2004, donde concedió el monto equivalente a cien (100) SMMLV para Margarita María Barajas de Mejía [madre], Luis Francisco Mejía Gómez [padre], Norberto, Luis Eduardo, Fanny Leonor, Amparo y Esperanza Mejía Barajas [hermanos]<sup>243</sup> esta Sala debe hacer las siguientes consideraciones.

10.4.2.- Conforme al precedente jurisprudencial unificado del Pleno de la Sección Tercera el Juez Administrativo podrá, de manera razonada y ponderada, condenar hasta por un monto máximo equivalente a tres veces el tope reconocido en las tablas de indemnización para los casos de muerte, lesiones y privación injusta de la libertad, siempre que se trate de casos constitutivos de graves violaciones a los Derechos Humanos, entre otros. Sobre tal cuestión se ocupó el fallo de 28 de agosto de 2014, exp. 26251 del Pleno de Sección Tercera:

'En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.'<sup>244</sup>

10.4.3.- Así, las cosas siendo el *sub judice* un caso constitutivo de grave violación de Derechos Humanos, dada la violación de las normas de Derecho Internacional Humanitario así como por tratarse de un caso de desaparición forzada de personas, sería procedente decretar una indemnización mayor que la dictaminada por el Tribunal de no ser porque opera la garantía de la *non reformatio in pejus*<sup>245</sup>, pues el demandado funge como apelante único, de modo tal que no puede la Sala desmejorar su situación desfavorable.

10.4.4.- Por contera, se conservará lo dispuesto por el Tribunal en su fallo de primera

<sup>243</sup> Acreditados vínculos de parentesco mediante los registros civiles de nacimiento y certificados visibles a folios 17 a 22 del cuaderno principal.

<sup>244</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 26251.

<sup>245</sup> Código de Procedimiento Civil, Artículo 357. La apelación se entiende interpuesta contra lo favorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos intrínsecos, relacionados con el fondo. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere hecho copia de la PRIMERA COPIA, resolverá sin limitaciones. (...)





518

70

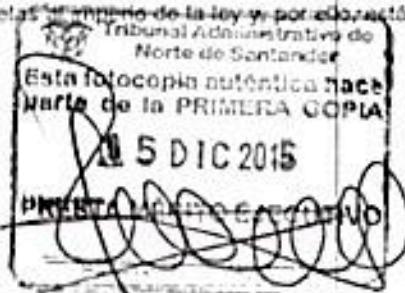
instancia sobre este punto.

### 11.- La víctima y su reconocimiento en el presente caso

11.1.- La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia.

11.2.- En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la "víctima" y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos<sup>246</sup> y del derecho internacional humanitario, bien sea que se

<sup>246</sup> Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: "La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las "Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral". FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No.131, 2011, p 920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: "Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están





encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de "ius cogens".

11.3.- Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio "pro homine"<sup>247</sup>, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos<sup>248</sup>.

11.4.- Pero el concepto de víctima en el marco de los conflictos armados o guerras no es reciente, su construcción se puede establecer en el primer tratado relacionado con *"la protección de las víctimas militares de la guerra"*, que se elaboró y firmó en Ginebra en 1864. Dicha definición inicial fue ampliada en la Haya en 1899, extendiéndose la protección como víctima a los miembros de las fuerzas armadas en el mar, los enfermos y los naufragos. Ya en 1929, el derecho de Ginebra hizo incorporar como víctimas a los prisioneros de guerra, que luego se consolidará con los Convenios de Ginebra de 1949. Sin duda, se trata de la configuración de todo un ámbito de protección jurídica para las víctimas de las guerras, sin distinción de su envergadura, y que se proyecta en la actualidad como una sistemática normativa que extiende su influencia no sólo en los ordenamientos internos, sino en el modelo de reconocimiento democrático del papel de ciudadanos que como los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad militar y policial de los Estados nunca han renunciado a sus derechos y libertades, por

obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sujetos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabero García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

<sup>247</sup> En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que "impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades". Corte Constitucional, sentencia T-101 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-378 de 2010.

<sup>248</sup> Principio que "impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica más favorable a los derechos establecidos en ellos". Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie A No. 88, Caja 13, folio 565 "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 20, Convención Americana de Derechos Humanos)", 10 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 40.



lo que también son objeto de protección como víctimas de las agresiones, ofensas o violaciones de las que sean objeto en desarrollo de un conflicto armado, para nuestro caso interno.

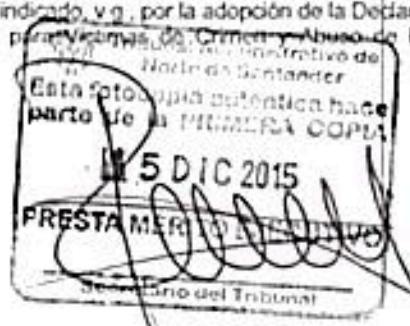
11.5.- A la anterior configuración se debe agregar la delimitación de los titulares de los derechos en el derecho internacional de los derechos humanos, donde lejos de ser afirmada una tesis reduccionista, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, se promueve que todo ser humano es titular de derechos, como sujeto e individuo reconocido democráticamente con una posición en la sociedad y el Estado.

11.6.- Es preciso advertir que el de víctima no es un concepto que se agota sólo en el ordenamiento interno, por el contrario, sino que su pleno e integrador dimensionamiento se encuentra en el derecho convencional [en los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos<sup>249</sup>] construyéndose, consolidándose y defendiéndose como afirmación del principio democrático y la consolidación de la justicia distributiva, como la jurisprudencia constitucional lo reconoce en la sentencia C-253A de 2012 según la cual "[...] también son víctimas aquellas personas que hubieran sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, sucedidas con ocasión del conflicto armado interno".

11.7.- No hay duda que el derecho internacional de los Derechos Humanos con su influjo integrador permite que la víctima logre una posición central, en tanto protagonista de un conjunto de disposiciones jurídicas que le protegen de diversas maneras<sup>250-251</sup>.

<sup>249</sup> Como lo anota Yasemin Soysal, "En el periodo de posguerra el Estado-nación, como estructura de organización formal, se desvincula cada vez más del locus de legitimidad, el cual se ha trasladado al nivel global trascendiendo las identidades y las estructuras territorializadas. En este nuevo orden de la soberanía, el sistema principal asume la labor de definir las reglas y los principios, otorgando a los Estados-nación la responsabilidad de garantizar su respeto y aplicación (Meyer, 1980, 1994). Los Estados-nación siguen siendo los principales agentes de las funciones públicas, aunque la naturaleza y los parámetros de estas funciones son determinadas cada vez más en el nivel global." SOYSAL, Yasemin, Hacia un modelo de pertenencia posnacional, en Ciudadanía Sin Nación, (Yasemin Soysal, Rainer Bauböck y Linda Bosniak) Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá, 2010, pp.138-139.

<sup>250</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. III, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 447-497. Sobre este punto anota Cançado Trindade que "la notable evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y hasta el presente, que proporcionó la realización de aquella meta, por configurarse entera y debidamente orientado hacia las víctimas. El advenimiento y la consolidación del corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos restituyó a las víctimas su posición central en el orden normativo". Además, la víctima ha recuperado espacio, más recientemente, también en el dominio del derecho penal contemporáneo, - tanto interno como internacional; - como indicado, v.g., por la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas de 1985 sobre Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Crímenes Abusos de Poder





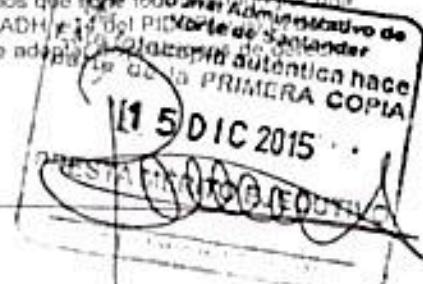
11.8.- En este orden de ideas, en criterio de la Sala la determinación de lo que constituye víctima, así como los derechos que de tal conceptualización se derivan, se comprende a partir de la convencionalidad subjetiva y objetiva [esto es por la entidad material de los mandatos de protección, y por control que sobre los ordenamientos se puede realizar frente a estándares de protección de los derechos humanos], esto es, de valoración de esta figura jurídica a la luz de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los criterios jurisprudenciales que al respecto ha decantado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la normativa jurídica constitutiva del sistema universal de protección de Derechos Humanos, como lo es, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>252</sup>.

11.9.- Así mismo, es preciso destacar que existe un concepto amplio y universal de víctima el cual, conforme a los trabajos de las Naciones Unidas [cristalizado en la Resolución de 16 de diciembre de 2005 A/Res/60/147], comprende a "toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "victima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización".

(atinentes a crímenes en el derecho interno), y los Principios Básicos y Directrices de las Naciones Unidas de 2006 sobre el Derecho a un Recurso y Reparación para Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Violaciones Serias del Derecho Internacional Humanitario (atinentes a crímenes internacionales). Cf., v.g., M.C. Bassiouni, "International Recognition of Victims' Rights", 6 *Human Rights Law Review* (2000) pp. 221-279, and cf.: I. Melup, "The United Nations Declaration on [Basic] Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power", in *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond* (eds. Y. Danieli, E. Stamatopoulou y C.J. Dias), N.Y., U.N./Baylor Publ. Co., 1999, pp. 53-65; Th. van Boven, "The Perspective of the Victim", in *ibid.*, pp. 13-20; B.G. Ramcharan, "A Victims' Perspective on the International Human Rights Treaty Regime", in *ibid.*, pp. 27-35; G. Alfredsson, "Human Rights and Victims' Rights in Europe", in *ibid.*, 309-317.

<sup>252</sup> Voto Razonado del Juez Antonio Augusto Cancado Trindade a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007 (Interpretación de la sentencia, reparaciones y costas) dictada dentro del caso La Cantuta c. Perú.

<sup>253</sup> Por consiguiente, en la labor de construcción de los derechos de las víctimas es preciso destacar, en el derecho internacional, la existencia de normas jurídicas que disponen i) el reconocimiento a todo ser humano a la personalidad jurídica [artículo 3 de la CADH y 17 del PIDCP], ii) el reconocimiento de los derechos que tiene todo ser humano a la integridad física y a la vida, y iii) la obligación de respetar los derechos reconocidos así como el deber de adaptar la legislación de cada país a la PRIMERA COPIA





11.10.- Una disagregación de este concepto de víctima permite extraer las siguientes conclusiones elementales: (1) indiferencia de las calidades personales y/o subjetivas de la víctima. A los ojos de esta definición universal, el concepto de víctima no requiere, para su estructuración, que se cuenten con ciertas calidades particulares por parte del sujeto afectado o dañado con la actuación, así mismo, también es claro que si concurren ciertas condiciones particulares de cualquier índole (miembro de población civil, miembro de la fuerza pública, etc) ello no tiene ninguna virtud de afectar la calidad de víctima; (2) indiferencia de las calidades personales y/o subjetivas del victimario. Igualmente, la estructuración del concepto de víctima no pende, en modo alguno, de las calidades del perpetrador y/o responsables de los actos dañosos, en este sentido; (3) cualificación de los actos constitutivos del daño. A diferencia de los dos criterios expuestos, el concepto de víctima descansa, en esencia, sobre el tipo de acciones u omisiones llevadas a cabo. Sobre este punto, es preciso señalar que las acciones ejecutadas en contra de la víctima demandan una cualificación jurídica (normativa) particular, deben corresponderse con violaciones manifiestas o graves del cuerpo normativo que reconoce el derecho internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y el derecho de gentes<sup>253</sup>.

11.11.- De acuerdo con estos elementos, la Sala comprende como víctima a todo sujeto, individuo o persona que sufre un menoscabo, violación o vulneración en el goce o disfrute de los derechos humanos consagrados en las normas convencionales y constitucionales, o que se afecta en sus garantías del derecho internacional humanitario<sup>254</sup>. No se trata de una definición cerrada, sino que es progresiva, evolutiva y que debe armonizarse en atención al desdoblamiento de los derechos y garantías. Y guarda relación con la postura fijada por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-781 de 2012, que procura precisar el concepto desde el contexto del conflicto armado, considerando que se *"se trata de víctimas del conflicto armado cuando los hechos acaecidos guardan una relación de conexidad suficiente con este"*. Desde esa perspectiva ha reconocido como hechos acaecidos en el marco del conflicto armado (i) los desplazamientos intraurbanos, (ii) el confinamiento de la población; (iii) la violencia

<sup>253</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 17 de septiembre de 2014, exp. 45092.

<sup>254</sup> SALVIOLI, Fabián Omar, "Derecho, acceso, y rol de las víctimas, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos", en VVAA, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997, pp.293 a 342. "[...] En el Derecho Internacional Contemporáneo, puede definirse, en principio, como víctima de una violación a los derechos humanos, a aquella que ha sufrido un menoscabo en el goce o disfrute de alguno de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, debido a una acción u omisión imputable al Estado".





sexual contra las mujeres; (iv) la violencia generalizada; (v) las amenazas provenientes de actores armados desmovilizados; (vi) las acciones legítimas del Estado; (vii) las actuaciones atípicas del Estado; (viii) los hechos atribuibles a bandas criminales; (ix) los hechos atribuibles a grupos armados no identificados, y (x) por grupos de seguridad privados, entre otros ejemplos. Si bien algunos de estos hechos también pueden ocurrir sin relación alguna con el conflicto armado, para determinar quiénes son víctimas por hechos ocurridos en el contexto del conflicto armado interno, la jurisprudencia ha señalado que es necesario examinar en cada caso concreto si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno<sup>255</sup>.

11.12.- En este orden de ideas, es el tipo de acto, acción, actividad, omisión o inactividad vulnerante lo que determina que una víctima esté cobijada bajo el cuerpo normativo de protección a sus derechos, conforme a los criterios elaborados por la jurisprudencia y los organismos de protección de Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, y del derecho de gentes.

11.13.- En todo caso, la víctima materialmente comprendida, no queda reducida a aquella que es objeto de la simple violación o vulneración de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de gentes, sino que esta sigue teniendo toda su entidad jurídica y reconocimiento así no se produzca tal violación a estos derechos, ya que de la producción de un daño antijurídico que sea imputado al Estado siempre deviene la determinación de un sujeto [o sujetos] víctima [s] de una afectación en sus derechos, intereses o bienes jurídicos protegidos constitucional y legalmente en el sistema jurídico interno. De igual manera, la concepción convencional no propende por estratificar o discriminar la naturaleza jurídica de la víctima, sino de establecer estándares que deben operar tanto para la protección de los derechos, como para procurar su reparación integral, o plena indemnidad, de manera tal que a toda víctima le es aplicable como máxima sin distinción alguna<sup>256</sup>.

11.14.- Por tanto, la Sala considera que el concepto de víctima descansa sobre la base de la universalidad lo que, por consiguiente, impone la proscripción de discriminaciones odiosas por causa de sexo, raza, condición social, religión, etc., que hacen parte del núcleo de los derechos humanos y que, por lo tanto, deben ser reconocidos y garantizados a plenitud por el Estado tanto a nivel normativo como en las disposiciones de derecho interno, las que incluso ceden convencionalmente ante contradicciones entre mandatos de principios, normas y reglas internacionales de protección –control objetivo de convencionalidad–, conforme a lo establecido en la Constitución del Tribunal.

<sup>255</sup> Corte Constitucional, sentencia C-781 de 10 de octubre de 2012.

<sup>256</sup> Al entender que los derechos de las víctimas hacen parte del núcleo de los derechos humanos y que, por lo tanto, deben ser reconocidos y garantizados a plenitud por el Estado tanto a nivel normativo como en las disposiciones de derecho interno, las que incluso ceden convencionalmente ante contradicciones entre mandatos de principios, normas y reglas internacionales de protección –control objetivo de convencionalidad–, conforme a lo establecido en la Constitución del Tribunal.





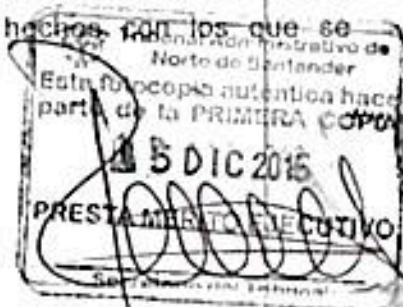
por la posición social o funcional de una persona; de modo que vislumbra que cualquier sujeto de derecho puede ser considerado como una potencial víctima –a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y derecho gentes- siempre que se concreten en él o sus familiares una conducta activa u omisiva constitutiva de una grave violación de Derechos Humanos o de Derecho Internacional Humanitario.

11.15.- Conforme a estas consideraciones, la Sala verifica que en el marco del conflicto armado interno tiene plena aplicabilidad y vigencia el concepto universal de víctima, pues como producto de esta situación se pueden derivar graves violaciones a los Derechos Humanos, al Derecho Internacional Humanitario y al derecho de gentes, bien sea de quienes hacen parte del conflicto armado de manera activa [los combatientes], o de la población civil que, por principio, está excluida de este tipo de confrontaciones.

11.16.- En suma, en este caso se trata de la categorización como víctimas de Miguel Ángel Mejía Barajas y sus respectivos familiares demandantes así como también [aunque respecto de ellos no se promueve la presente acción de reparación directa] de Juan José Buendía Arias, Gregorio Ernesto González Gallardo, Manuel Fernando Fonseca Alarcón y Carlos Julio Mendoza, en tanto víctimas de violaciones de normas del Derecho Internacional Humanitario dirigidas a la protección del personal sanitario (como efectivamente era la campaña de vacunación por ellos desplegada en zona rural de Saravena) así como por sufrir actos de desaparición forzada de personas.

**11.17.- Medidas de reparación por afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados.**

11.17.1.- Una vez establecida la cuantía de la reparación que por concepto de perjuicios morales debe condenarse a la entidad demandada, la Sala cierra su análisis examinando la procedencia de la imposición de medidas de reparación no pecuniarias con fundamento en la categoría de afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos, ya que de acuerdo con la interpretación sistemática y armónica del artículo 90 constitucional, 16 de la ley 446 de 1998 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los eventos en los que se produce la vulneración de derechos humanos le asiste al juez contencioso el deber de estudiar si procede imponer como condena el cumplimiento de medidas de reparación no pecuniaria, con el objeto del alcanzar la verdad de los hechos, ~~que se~~ <sup>en el</sup> procedimiento administrativo de Norte de Santander. Esta fue copiada autentica hace parte de la PRIMERA CÓPIA





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09206-01 (31326)  
Acción de reparación directa

desencadenó la vulneración, la justicia material del caso, y la reparación encaminada al pleno resarcimiento de todos los derechos, y no sólo de los intereses pecunarios; siguiendo, para el efecto, el amplio precedente jurisprudencial que al respecto existe<sup>257</sup> y el criterio unificado por la Sala de Sección Tercera en fallo de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), providencia en la que se establecieron los siguientes criterios de procedencia para esta tipología de reparación:

'De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniaras a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza".'

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniaras.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniaras a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VICTIMA DIRECTA		
Criterio	Cantidad	Modulación de la cantidad

<sup>257</sup> Entre otras, véase las sentencias de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838, 10747), 8 de junio de 2011 (exp. 20012, 19773), 19 de agosto de 2011 (exp. 20227), 31 de agosto de 2011 (exp. 19105), 1º de febrero de 2012 (exp. 21222), 9 de mayo de 2012 (exp. 20334), 7 de junio de 2012 (exp. 23715), 18 de junio de 2012 (exp. 19447), 14 de junio de 2013 (exp. 23603), 12 de agosto de 2013 (exp. 27340), 24 de octubre de 2013 (exp. 25961), 12 de febrero de 2014 (exp. 25813, 26013), 26 de febrero de 2014 (exp. 47437), 8 de abril de 2014 (exp. 26330, 26318), 14 de mayo (exp. 28518), 9 de julio de 2014 (exp. 30823, 29919), entre otras providencias de la Subsección.



582 21

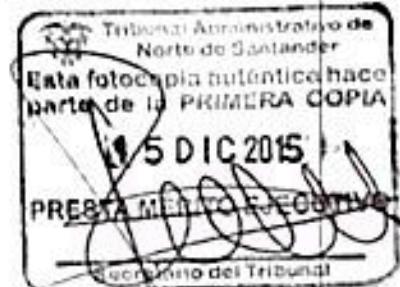
91

En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniaras satisfactorias.	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.
---	-----------------	---

11.17.2.- Precisado lo anterior, la Sala estudia si procede en el presente caso ordenar medidas de reparación no pecuniaras, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, en donde se verifica que el hecho dañoso constituye un acto de desaparición forzada de personas y, además, que la entidad demandada violó, en perjuicio de las víctimas, las obligaciones convencionales *erga omnes* derivadas del Derecho Internacional Humanitario.

11.17.3.- Para el efecto, la Sala considera que la protuberante violación de los deberes normativos positivos o de acción de la demandada repercutió en una grave vulneración de los Derechos Humanos, específicamente aquellos reconocidos en los artículos 1.1 [obligación de garantizar y/o respetar los Derechos Humanos], 4 [derecho a la vida] y 5 [integridad personal], así como del preámbulo y los artículos 1°, 2° y 11 de la Constitución Política Colombiana y las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y particularmente de las normas de Derecho Internacional Humanitario relativas a la protección y respeto del personal sanitario en circunstancias de conflicto armado (Protocolos I y II a los convenios de Ginebra).

11.17.4.- Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90, 93 y 214, la base legal del artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la "*restitutio in integrum*", máxime cuando existe una vulneración grave de derechos humanos como es lo sucedido en la noche del 15 de septiembre de 2001 cuando se presentó la masacre de Frias, acto éste encuadrado por la Sala como de lesa humanidad.





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1995-09295-01 (31320)  
Acción de reparación directa

11.17.5.- De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera, toda "reparación", parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado [daño antijurídico], o una violación a un derecho que, consecuencialmente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo [una violación a un postulado normativo preponderante]. Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido debe ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes [ley 446 de 1993 y 975 de 2005], se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum [restablecimiento integral] del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos.

11.17.6.- Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido este como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos.

11.17.7.- 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 internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y



conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño [strictu sensu], sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial.

11.17.8.- Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten [trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías], a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones<sup>254</sup>.

11.17.9.- Así mismo, en su momento la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró que la "reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no

<sup>254</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 20273\*. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Factory of Chorzów, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James "Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado", Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, En igual sentido T-227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1004 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007 M.P. Luis Fernando Vargas





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1095-09295-01 (31326)  
Acción de reparación directa

<sup>259</sup> repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare integralmente el perjuicio<sup>259</sup>.

11.17.10.- Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de "medidas de reparación no pecuniarias", con el objeto de responder al "principio de indemnidad" y a la "restitutio in integrum", que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión; precisando que se trata de un conjunto de medidas generales en atención a que, como ya se ha reiterado, el caso bajo estudio es constitutivo de un acto de lesa humanidad y por lo mismo la sociedad civil y la humanidad en su conjunto son víctimas de estos hechos.

11.17.11.- En este orden de ideas las medidas decretadas son:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de la entidad demandada la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutiva, por un periodo ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) Ordenar a las entidades que integran la Comisión de Búsqueda de personas desaparecidas [creada en virtud del artículo 8º de la Ley 589 de 2000] aunar esfuerzos a fin de adelantar una búsqueda rigurosa y determinar el paradero de Miguel Ángel Mejía Barajas así como respecto sus compañeros del Servicio de Erradicación de la Malaria Juan José Buendía Arias, Gregorio Ernesto González Gallardo, Manuel Fernando Fonseca Alarcón y Carlos Julio Mendoza Rojas.

(4) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 9º y 10º de la Carta Rodríguez 1.



23  
SDH

6A

2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si los hechos del presente caso se encuadran como merecedor de priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para que se investiguen y juzguen a todos los que hayan participado en la comisión de los actos de desaparición forzada que da cuenta el *sub judice*.

(5) En caso de no ser eficaces los recursos internos, anteriormente señalados como parte de la reparación integral, la Sub-sección respetuosamente exhorta al Estado colombiano, en cabeza de las entidades demandadas para que acuda ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para que se pronuncie sobre la violación de Derechos Humanos en el *sub judice*.

(6) Los familiares víctimas por los hechos sucedidos en el presente caso serán reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

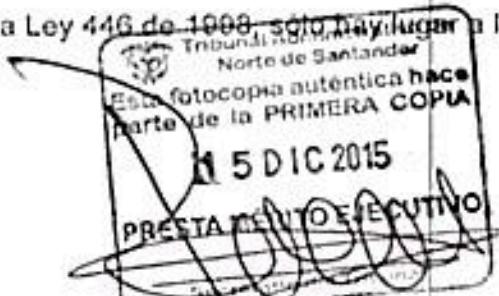
(7) Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a la Secretaría de la Sección Tercera informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta (30) días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitará a la Procuraduría adelantar las avenguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

## 12.- Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1990, solo tiene lugar a la

99



72



Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1905-09295-01 (31326)  
Acción de reparación directa

imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera – Subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia de 31 de diciembre de 2004 dictada por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social por los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la desaparición forzada de Miguel Ángel Mejía Barajas, en hechos sucedidos el 29 de octubre de 1984 en zona rural de Saravena, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR**, como consecuencia de la anterior declaración, a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social al de perjuicios morales en favor de los demandantes, en los siguientes términos:

Nombre	Calidad	Monto reconocido
Margarita María Barajas de Mejía	Madre	100 SMMLV
Luis Francisco Mejía Gómez	Padre	100 SMMLV
Norberto Mejía Barajas	Hermano	100 SMMLV
Luis Eduardo Mejía Barajas	Hermano	100 SMMLV
Fanny Leonor Mejía Barajas	Hermana	100 SMMLV
Amparo Mejía Barajas	Hermana	100 SMMLV
Esperanza Mejía Barajas	Hermana	100 SMMLV

**TERCERO: ORDENAR** el cumplimiento de las siguientes medidas generales de reparación no pecuniaria a título de reparación por violación a bienes y derechos constitucional y convencionalmente amparados:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así darle cumplimiento a lo establecido en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

100





(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de la entidad demandada la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutiva, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) Ordenar a las entidades que integran la Comisión de Búsqueda de personas desaparecidas aunar esfuerzos a fin de adelantar una búsqueda rigurosa y determinar el paradero de Miguel Ángel Mejía Barajas así como respecto sus compañeros del Servicio de Erradicación de la Maleria Juan José Buendía Arias, Gregorio Ernesto González Gallardo, Manuel Fernando Fonseca Alarcón y Carlos Julio Mendoza Rojas.

(4) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si los hechos del presente caso se encuadran como merecedor de priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para que se investiguen y juzguen a todos los que hayan participado en la comisión de los actos de desaparición forzada que da cuenta el *sub judice*.

(5) En caso de no ser eficaces los recursos internos, anteriormente señalados como parte de la reparación integral, la Sub-sección respetuosamente exhorta al Estado colombiano, en cabeza de las entidades demandadas para que acuda ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para que se pronuncie sobre la violación de Derechos Humanos en el *sub judice*.

(6) Los familiares víctimas por los hechos sucedidos en el presente caso serán reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

(7) Exhortar para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a la Secretaría de la Sección Tercera informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta (30) días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitará a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO: EXPEDIR** copia de la presente sentencia así como la de primer grado





Margarita María Barajas de Mejía y Otros c. Nación - Ministerio de salud  
Expediente 54001-23-31-000-1905-00295-01 (31326)  
Acción de reparación directa

con las pertinentes constancias de notificación y ejecutoria, de conformidad con lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

**SEXTO:** DAR cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

**SÉPTIMO:** REMITIR copia de esta decisión, por vía de los canales diplomáticos pertinentes, al Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo – OIT.

**SEGUNDO:** ABSTENERSE de condenar en costas.

**TERCERO:** DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE, CÚMPLASE**

*Recibo de firma*  
OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ  
Presidenta Sala Subsección C

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA  
Magistrado Ponente

