



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

LA AFECTACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES COMO DAÑO AUTÓNOMO EN EL PROCESO DE REPARACIÓN DIRECTA COLOMBIANO ¹

Darlin Yesenia Higuera Ramírez ²

Resumen

El presente artículo de reflexión, analiza por medio del método de investigación dogmática la configuración que realizó la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, de la afectación temporal o definitiva de los derechos constitucionales y convencionales como una nueva categoría de daño inmaterial autónomo, que puede ser reparado en sede de reparación directa, incluso de forma oficiosa, por medio de la adopción de medidas pecuniarias y no pecuniarias en favor de la víctima y sus familiares cercanos. Para tal fin, se presenta un estudio tripartito de tipo deductivo que aborda la Teoría del daño antijurídico en el régimen de Responsabilidad del Estado, el paradigma de constitucionalización del derecho internacional en el sistema jurídico colombiano y, la afectación de los derechos constitucional y convencionalmente protegidos desde el paradigma de la reparación del daño antijurídico autónomo. El propósito fundamental del escrito es analizar el marco jurídico y conceptual contemporáneo que permite comprender la forma correcta de configurar la afectación de derechos constitucionales y convencionales como un daño inmaterial autónomo en el proceso de reparación directa.

Palabras clave: Derechos constitucionales; Derechos convencionales; Principios; Garantías; Acceso a la administración de justicia; Debido proceso; Daño autónomo; Reparación directa.

¹ Artículo de reflexión presentado como trabajo de grado para optar al Título de Abogada, bajo la Dirección del Dr. Manuel Asdrúbal Prieto Salas. Docente e Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C. 2018.

² Estudiante de la Facultad de Derecho, identificada con código de estudiante 2110658, correo institucional: dyhiguera58@ucatolica.edu.co.

Abstract

This article of reflection, analyzes through the method of dogmatic investigation the configuration that I make the third section of the Council of Colombian State, of the temporal or definitive affectation of the constitutional and conventional rights like A new category of self-contained intangible damage, which can be repaired at the headquarters of direct reparation, even informally, by means of the adoption of pecuniary and non-pecuniary measures in favour of the victim and his close relatives. To this end, a deductive tripartite study is presented that addresses the theory of the anti legal damage in the State responsibility regime, the paradigm of constitutionalisation of international law in the Colombian legal system and, the affectation of constitutional and conventionally protected rights since the paradigm of the reparation of the autonomous Anti Legal damage. The main purpose of the writing is to analyse the contemporary legal and conceptual framework that allows to understand the correct way of configuring the affectation of constitutional and conventional rights as an autonomous intangible damage in the process of direct repair.

Key words: Constitutional rights; Conventional rights; Principles Guarantees Access to the administration of justice; Due process; self-harm; Direct repair.

Sumario

Introducción

CAPÍTULO I 7

Los derechos constitucionales en el sistema jurídico colombiano analizados desde el paradigma de la Teoría del Derecho 7

1.1 Derechos constitucionales fundamentales: Análisis semántico y doctrinal del concepto y de sus tipologías 7

1.2 Los derechos fundamentales desde la perspectiva de la Corte Constitucional 15

CAPÍTULO II 19

Constitucionalización del Derecho Internacional en el sistema jurídico colombiano 19

2.1 Los derechos convencionales analizados desde la perspectiva del Bloque de Constitucionalidad. 19

CAPÍTULO III 29

Consideraciones preliminares en torno al Régimen de Responsabilidad del Estado. 29

3.1 La responsabilidad del Estado como un concepto jurisprudencial y doctrinal 29

3.2 Concepto, características y elementos del daño antijurídico. 31

3.3 Los títulos de imputación en la jurisprudencia del Consejo de Estado 34

3.4 Análisis de la afectación de los derechos constitucional y convencionalmente protegidos desde el paradigma del daño antijurídico autónomo 35

Conclusiones 40

REFERENCIAS 42

Introducción

El régimen de responsabilidad del Estado colombiano, se encuentra estipulado de forma expresa en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en donde el constituyente originario determinó que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). De ello es dable inferir que, el sistema jurídico colombiano posee un régimen de responsabilidad estatal que tiene cimiento en dos criterios fundamentales, por un lado, se encuentra el daño antijurídico el cual ha sido definido genéricamente como “nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración alteración de una situación favorable” (Cupis, 1970, p. 81) y, por otro lado conexo, se encuentra la imputación o atribución jurídica de dicho daño a la entidad pública responsable de la generación del perjuicio.

El daño antijurídico, se configura como un elemento estructural en el juicio de responsabilidad, pues de su existencia y prueba depende la viabilidad del proceso que se inicia en contra del Estado. Es un término que ha sido examinado por la doctrina jurídica especializada en derecho público y en derecho administrativo, la cual ha abordado su concepto de forma dinámica teniendo en cuenta la normativa vigente en cada época, así como la clasificación del mismo en daño material – integrado por el daño emergente y el lucro cesante – y en daño inmaterial, el cual se comprendía por el daño moral y, por el daño a la salud.

Dicha categorización doctrinal del daño inmaterial en el sistema interno colombiano, fue modificada recientemente en el año 2016 por la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano la cual señaló en su jurisprudencia que las afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente amparados, deben ser reconocidas como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos, es decir, dicha corporación creó un tipo de daño que por su categorización en el sistema no depende de la existencia de otros daños como el daño moral y el daño a la salud.

Dicha situación constituye el propósito central de la investigación pues es una determinación que en la praxis ha generado innumerables problemas en cuanto a su

aplicabilidad e interpretación – lo cual genera de forma simultánea problemas de eficacia normativa – en especial en el proceso de imputación jurídica que es efectuado por el apoderado judicial de la víctima o de su familia en la reparación directa, pues, la explicación y el análisis integral de dicha tipología de daño inmaterial aún no ha sido examinada de forma unificada por el alto tribunal.

Así las cosas, resulta imperativa la realización de un aporte académico que permita conocer a fondo el conjunto de elementos que han sido considerados por el Consejo de Estado y, por la doctrina como determinantes para lograr un juicio de imputación adecuado en donde la determinación del daño antijurídico y del título de imputación son aspectos indispensables para lograr la reparación de los perjuicios causados al afectado. Por tal motivo el presente escrito busca determinar ¿Cómo se configura en el ordenamiento jurídico colombiano la afectación de derechos constitucionales y convencionales como daño autónomo en el proceso de reparación directa?

Con el propósito de solucionar la pregunta de investigación plateada, el presente trabajo presenta al lector un estudio de comprendido por tres capítulos. Inicialmente se examinan los derechos constitucionales en el sistema jurídico colombiano, para lo cual se estudia el concepto de los Derechos constitucionales fundamentales y de sus tipologías desde la perspectiva de la Teoría y Filosofía del Derecho y, desde el paradigma interpretativo de la Corte Constitucional. Posteriormente, se analiza el proceso de Constitucionalización del Derecho Internacional en el sistema jurídico colombiano, en donde se examinan los derechos convencionales desde la perspectiva de la figura del Bloque de Constitucionalidad.

Luego de precisar el concepto de los derechos constitucionales fundamentales, así como el de los derechos convencionales, se culmina el escrito realizando algunas consideraciones en torno al Régimen de Responsabilidad del Estado, para lo cual se examina la responsabilidad como un concepto jurisprudencial y doctrinal, así como el concepto, las características y los elementos del daño antijurídico y de los títulos de imputación en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Se finaliza, estudiando los elementos que permiten imputar la afectación de los derechos constitucional y convencionalmente protegidos desde el paradigma del daño antijurídico autónomo.

CAPÍTULO I

Los derechos constitucionales en el sistema jurídico colombiano analizados desde el paradigma de la Teoría del Derecho

1.1 Derechos constitucionales fundamentales: Análisis semántico y doctrinal del concepto y de sus tipologías

Los derechos fundamentales, constituyen uno de los rasgos empíricos más importantes de los Estados constitucionales de derecho contemporáneo, pues, imputan a las personas categorías especiales o situaciones jurídicas particulares cuya tutela está a cargo del artificio denominado por Hobbes en el *Leviatán* como Estado, el cual opera desde esta perspectiva, como un hombre artificial de mayor fuerza y estatura que el natural, que tiene la obligación de proteger el valor de la persona humana, así como las instituciones políticas fundamentales. Es importante señalar que, son derechos que han acumulado en el léxico jurídico y político numerosos términos y conceptos a lo largo del desarrollo paulatino del derecho, por ello existe una gran variedad de definiciones para designar dicho concepto.

Dentro de dichas definiciones teóricas, existen algunas que han sido consideradas como fuente primaria – es decir “aquellas que sistematizan en mayor medida la información, profundizan en el tema y son altamente especializadas” (Sampieri, 1997, p. 65) – por altas cortes, como la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, pues, son aportes teóricos que han servido como criterio o como herramienta de interpretación en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Algunos de dichos estudios han sido realizados por autores destacados como Luigi Ferrajoli, Jhon Elster, Riccardo Guastini, Robert Alexy y Bernal Pulido, por ello, en esta parte del escrito se presentará un examen de la dogmática que cada uno de dichos juristas ha aportado respectivamente al ámbito del Derecho en torno al concepto específico de los derechos fundamentales.

En primer lugar, se encuentra el ilustre teórico del Derecho Constitucional Luigi Ferrajoli, el cual analizó en su magna obra *Principia Iuris*, y en el trabajo titulado

Fundamento de los Derechos Fundamentales el concepto de esta tipología de derechos, en donde precisó que son postulados que han sido denominados de diferentes maneras, dependiendo de la disciplina en donde se ubique el operador jurídico. Así, en el ámbito de la doctrina constitucionalista han sido considerados como derechos personalísimos, en la doctrina civilista han sido definidos como derechos universales o humanos y, en la doctrina internacionalista o, del derecho internacional han sido comprendidos como derechos del ciudadano. De ello es dable inferir que, el concepto resulta ser problemático desde el punto de vista de la lingüística por su carácter poli semántico, por ello el mencionado autor presenta una definición formal o estructural de esta tipología de derechos señalando que son:

Derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas (Ferrajoli, 2009, p. 19)

Luego resulta necesario dejar establecido que, los derechos fundamentales son mandatos que se encuentran positivamente sancionados por leyes o por Constituciones, que otorgan facultades a todas las personas por el hecho de su existencia humana, por ser ciudadanos y por ser sujetos capaces de obrar, es decir, es un requisito *sine qua non* la previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado sistema u ordenamiento jurídico, en donde “cada norma contiene un valor, que equivale a decir un fin, y entre las cuales existe una relación lógica y jerárquica” (Alchourrón & Bulygin, 1974, p. 125).

Ahora bien, en cuanto a sus características explica Ferrajoli que son derechos que poseen carácter universal en su imputación, en otras palabras, son derechos “en el sentido puramente lógico y valorativo de la cuantificación universal de la clases de los sujetos que son titulares de los mismos” (Ferrajoli, 2009, p. 20), adicionalmente, explica que son derechos inalienables y potestades téticas por tanto rígidas que pueden ser representadas de la siguiente manera:

Tabla 1. Derechos sociales (derechos positivos)

| | | | | |
|---|--|--|--|--|
| Derechos fundamentales | Derechos sociales (derechos positivos): Expectativas positivas como la salud, la educación, el trabajo, etc. | | | Derechos primarios, sustanciales o finales. -Dimensión sustancial de la democracia. |
| | Derechos individuales (derechos negativos) | Libertad | Derechos individuales primarios: - Derecho a la vida. - Derecho a la integridad personal. - Habeas corpus - Derecho a la igualdad. | |
| | | | Derechos de autonomía primaria | |
| | Autonomía | Derechos civiles - De la persona. | Derechos secundarios, formales o instrumentales. | |
| Derechos público y políticos - Del ciudadano | | | | |

Fuente: (Ferrajoli, 2011, p. 705).

De la anterior representación, se infiere que el propósito del jurista italiano es presentar a los operadores jurídicos, una clasificación compleja de los derechos fundamentales integrada por dos variables, inicialmente se encuentra la distinción de los derechos fundamentales en primarios de tipo sustancial y, en derechos secundarios instrumentales o de autonomía. Resulta imperativo tener en cuenta en este punto que los derechos primarios, se constituyen por los derechos públicos – “de los que todos son titulares en cuanto ciudadanos” (Ferrajoli, 2011, p. 697) –, por los derechos humanos inherentes a la persona, los cuales han sido definidos como; y por los derechos sociales, que “suponen expectativas positivas de

prestación que materializan técnicas de tutela de seguridad de las personas” (Ferrajoli, 2011, p. 704).

Junto a dicha categorización de los derechos fundamentales en primarios y secundarios, se encuentra aquella en donde se conciben como derechos de libertad y, como derechos de autonomía que poseen una característica común, la protección de la esfera pública y de la esfera privada de los individuos. En cuanto a los derechos de libertad, es preciso anotar que son facultades que constituyen expectativas negativas de no lesión que incluyen comportamientos como la expresión, la reunión o la asociación, por su parte, los derechos de autonomía son derechos – potestad que “se ejercen mediante actos jurídicos en razón de la capacidad de obrar de sus titulares” (Ferrajoli, 2011, p. 703).

Es necesario señalar que, ambas categorías operan como facultades de poder que legitiman aspectos como el *quien* y el *cómo* de las decisiones que toman los sujetos en el marco de la democracia y, en la esfera pública de la política. Al respecto, Peces-Barba (1991) explica que los derechos fundamentales son postulados normativos asociados a términos como derechos humanos, derechos públicos, derechos de la persona, derechos de la ciudadanía y derechos constitucionales “que son los únicos derechos fundamentales establecidos en las constituciones, son el fundamento axiológico y las razones sociales de la democracia constitucional” (p. 19).

Por su parte, Robert Alexy señala que los derechos fundamentales, son pretensiones integradas por relaciones de tipo normativo en donde concurren tres elementos indispensables el titular (a), el destinatario (b) y, (c) el objeto del derecho, lo que significa que “están determinados por una relación trifásica que trae inmersa de forma simultánea una obligación, que desde el punto de vista lógico implica una relación conversa entre los derechos y las normas que significa una forma de implicación necesaria” (2003, p. 21).

Al respecto conviene precisar que, desde la perspectiva del jurista alemán Alexy los derechos fundamentales son facultades positivas que se atribuyen a los individuos por las normas que integran los sistemas jurídicos, lo cual se relaciona con lo argumentado por Ferrajoli (2009, p. 19), en donde se considera como requisito su consagración o incorporación expresa al sistema normativo interno. Dicha situación, tiene nexo de forma

simultánea con el principio de legalidad, el cual está caracterizado por una doble artificialidad “la del ser del derecho, y la de su deber ser, es decir sus condiciones de validez, así mismo positivizadas con rango constitucional, como derecho sobre derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción normativa” (Ferrajoli, 2004, p. 67).

Otro aspecto trascendental en la obra de Alexy, es la relación que este plantea entre los principios – entendidos como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas” (Alexy, 1997, p. 162) – y los derechos fundamentales, en donde se plantea que dichos postulados también con rango superior “son normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental y si dichas disposiciones son las proposiciones de la Constitución, su fundamentalidad, efecto vinculante y peso relativo constitucional, dependen de la fidelidad en la realización de tales proposiciones” (Alexy, 1993).

Ahora bien, otro autor que ha analizado los derechos fundamentales es Jhon Elster, el cual ha precisado que son derechos fundamentales aquellos que se encuentran establecidos en las Constituciones como mecanismos de pre compromisos constitucionales, es decir, son derechos que tienen inmerso un contenido axiológico de tipo moral y racional que “pretenden proteger a los ciudadanos de una interferencia arbitraria por parte del Estado y, garantizan la provisión de algunos bienes procedimentales y sustantivos” (2002, p. 123). Lo cual permite inferir que son límites o restricciones que protegen a las personas contra su previsible tendencia a tomar decisiones imprudentes.

Para explicar lo anteriormente señalado, el citado autor trae a colación el mito griego de Ulises y las sirenas en donde se explicó que, el acto de Ulises de atarse a sí mismo al mástil y de taponar con cera los oídos de los remeros de la balsa para evitar que cayeran en la tentación de las sirenas, constituye un acto que puede examinarse análogamente en el ámbito del derecho constitucional como una auto restricción, que se materializa con el establecimiento de los derechos fundamentales en la Constituciones pues, al estar catalogados de forma expresa en estos plexos superiores, las personas aceptan la imposición de límites al ejercicio de la libertad con el propósito de recibir un beneficio para sí.

Por su parte, Riccardo Guastini en el trabajo titulado *Tres problemas para Luigi Ferrajoli* explicó que, los derechos fundamentales son expectativas positivas o negativas a las que corresponde una obligación, que tienen dos elementos fundamentales la indisponibilidad relacionada con su ejercicio y, el criterio de universalidad. Guastini señala en cuanto al cuantificador de universalidad – también abordado por Ferrajoli – que implica que “el derecho es universal si se confiere a todos” (Guastini, 2009, p. 60).

Esto puede observarse desde dos puntos de vista: desde el primero, de carácter filosófico y moral, en donde los derechos fundamentales son atributos del ser humano inherentes a todas las personas; y, desde el segundo punto de vista, de carácter jurídico y lógico, en donde la universalidad denota la atribución del derecho mediante normas de carácter general, en tanto personas, ciudadanos, o sujetos capaces de obrar. Sin embargo, el citado autor critica la categorización realizada por Ferrajoli de los derechos que son conferidos solo a los ciudadanos o sólo a las personas con capacidad de obrar como universales pues, desde su perspectiva son categorías más amplias que la de personas físicas; a pesar de lo anterior, es necesario dejar establecido que el criterio de universalidad también debe abarcar dichos derechos, pues de lo contrario se estaría limitando su aplicabilidad en el sistema lo cual generaría problemas de seguridad y estabilidad jurídica.

Para finalizar, es importante tener en cuenta al jurista colombiano Bernal Pulido, el cual ha señalado de forma paulatina por medio de sus aportes doctrinales que los derechos fundamentales son mandatos superiores que poseen una propiedad específica que los hace diferentes a los demás derechos, lo cual se traduce en su carácter fundamental. En ese sentido explica que “la propiedad se denota mediante el adjetivo fundamental de la expresión en castellano derecho fundamental, o mediante el prefijo *grund* de la expresión alemana *grundrechte*” (Pulido, 2015, p. 1572). Dicha propiedad o carácter fundamental de los derechos, se ha dividido o clasificado en dos, por un lado se encuentran las propiedades formales y por otro lado conexas se encuentran las propiedades materiales, las cuales operan en conjunto en caso de presentarse una colisión de derechos, son básicamente criterios que otorgan mayor o menor peso en el ejercicio ponderativo que realizan los operadores jurídicos para solucionar cada caso.

En cuanto a las propiedades formales de los derechos fundamentales Pulido (2015) señala que son aquellas que “se refieren al hecho de que los derechos fundamentales hayan sido establecidos en ciertas fuentes del derecho” (p. 1574). Para comprender dicha apreciación, se debe tener en cuenta que las fuentes del derecho son “el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que este basa su decisión” (Ross, 1973, p. 75), es decir, son medio de producción del derecho que se relacionan con el fundamento de validez jurídico positivo de una norma, es decir, la norma superior positiva que regula su producción (Kelsen, 1982, p. 243).

No obstante, también pueden ser considerados derechos fundamentales aquellos derechos que se encuentran contenidos en los pactos o convenciones de derechos humanos que han sido ratificados por Congreso de la República y, que por ende pertenecen al denominado bloque de constitucionalidad que “puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental” (Campos, 1995, p. 264).

En ese orden de ideas, las propiedades formales de los derechos fundamentales son las que otorgan certeza en el proceso ponderativo, al juez respecto de la existencia o catalogación de un derecho como fundamental. Se relaciona con la fórmula del peso y la regla sobre la certeza de las premisas como un factor necesario para realizar la ponderación propuesto por Robert Alexy, en donde se analizan cada una de las propiedades con un valor que inicia desde 1 hasta 4. Luego entonces, para que un derecho ostente la categoría de fundamental debe satisfacer por lo menos una de las propiedades, sin embargo, si cumple con la propiedad de pertenencia a la norma superior, es claro que opera el nivel mayor de certeza.

Ahora bien, en cuanto a las propiedades materiales de los derechos fundamentales, es conveniente señalar que son accesorias a las formales pues examinadas de forma individual no son suficientes para catalogar un derecho como fundamental. La doctrina ha señalado que estas propiedades de los derechos fundamentales estudian los derechos subjetivos que se encuentran por fuera del ámbito del derecho y que tienen un contenido moral, a estos derechos se le ha denominado como derechos fundamentales morales que “son un tipo de derechos morales que, en razón de su contenido deberían ser reconocidos

como derechos fundamentales en el sistema jurídico” (Pulido, 2015, p. 1585), en la práctica se les han denominado derechos humanos. Al respecto Prieto (2015) afirma que:

El argumento inicial parte de que en toda sociedad existen dos tipos de principios morales. El primero es aquel cuyo obediencia es libre y voluntario y no se puede imponer por ningún medio coercitivo; en este evento, como miembro de una comunidad con una organización jurídica, el ciudadano estructura los imperativos que regularán su comportamiento intersubjetivo de acuerdo con dicho principio moral, sin que medie algún tipo de represión, aunque existen estándares morales de obligatorio cumplimiento (p. 34)

En este punto es importante precisar que los derechos humanos y los derechos fundamentales son derechos que por su naturaleza y contenido tienen una relación inexorable, sin embargo, son conceptos diferentes pues, como se ha venido señalando los derechos fundamentales son derechos que:

Se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política (...) forman parte de la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no solo de legitimación sino también, como factores de deslegitimación de las decisiones (...) son normas supra ordenadas a cualquier poder decisorio, son normativamente de todos, sin inalienables y no negociables (...) son prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares (...) son en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión (Ferrajoli, 2004, p. 23 - 43)

Por su parte los derechos humanos son “derechos que se exige no sean limitados ni en casos excepcionales, son derechos privilegiados porque no vienen puestos en concurrencia con otros derechos también fundamentales” (Bobbio, 1991, p. 54, 58); Son derechos universales que poseen validez moral lo cual significa que “pueden ser justificados frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional” (Alexy, 1998, p. 26).

Al respecto Agudelo & Galán (2015) afirman que “la fórmula de universalización viene de la mano de la fórmula de los derechos humanos, basados en la técnica propuesta por Radbruch del Derecho extremadamente injusto” (p. 113), argumento que tiene una especial relación con lo planteado por Bertalanffy (1986) en relación con la creación de conceptos universales y globalizados que sirvan tanto para el presente como para el futuro, es decir, el establecimiento de “órdenes jurídicos que responden a una concepción de justicia

particular para cada contexto y situación espacio-temporal concreta como si la sociedad fuese estática, cuando es absolutamente dinámica e incluyente” (p. 6).

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que los derechos fundamentales son derechos subjetivos universales, indisponibles e inherentes a los seres humanos por razón de su existencia humana, son el núcleo esencial del Estado Social de Derecho y, son producto de la consagración positiva efectuada por el constituyente originario en la Constitución, del desarrollo legal efectuado por el legislador y, de la determinación efectuada a través de la jurisprudencia constitucional. En consecuencia, los derechos fundamentales son mandatos fundados en el sistema interno colombiano con un enfoque de principios en donde no está permitido sacrificar los derechos fundamentales por la consecución de un fin del Estado.

1.2 Los derechos fundamentales desde la perspectiva de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, es un alto tribunal colombiano que tiene el propósito de salvaguardar la primacía de la Constitución, y de lograr la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que fueron consagrados por el constituyente originario en la parte orgánica del plexo superior. En dicha norma, no se señala el significado de los derechos fundamentales, sin embargo si se precisa de forma expresa cuales son los derechos que poseen esta categoría ya sea directamente o por conexidad. Desde 1992, año en el cual entró en funcionamiento dicha corporación se han expedido numerosas sentencias en donde se ha determinado el concepto, los elementos estructurales y las principales características de los derechos fundamentales. Por tal motivo, en esta parte del trabajo se presenta un análisis general de la jurisprudencia que ha sido emitida por dicho tribunal constitucional al respecto.

Para comenzar, es necesario tener en cuenta la sentencia T- 406 proferida en el año 1992 en donde la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, señaló que:

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional (...) Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin

la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección (Corte Constitucional, 1992)

Por tal motivo, es claro que la existencia de un derecho fundamental no depende de su reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, pues la determinación expresa de los derechos no se puede considerar como la negación de otros que, siendo inherentes al hombre no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social de derecho, lo cual se relaciona con el artículo 94 de la Constitución Política de 1991, en donde se estipula que en el sistema colombiano “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Por dichas razones, el criterio de la consagración expresa de los derechos fundamentales resulta ser insuficiente, por tal motivo, es imperativo tener en cuenta criterios como el de interdependencia, indivisibilidad y, conexidad en donde “todos los derechos son conexos entre sí y se dirigen a la realización de la dignidad humana, por lo que su plena eficacia, en un plano de igualdad entre derechos, es obligación de todos los estados” (Corte Constitucional, T-016/2007). Por su parte, en la sentencia T-227 de 2003, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, examinó algunos de elementos estructurales de los derechos fundamentales, para tal fin estipulo tres subreglas de análisis en torno a su concepto:

- i. Los derechos fundamentales se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana.
- ii. Los derechos fundamentales pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos, y
- iii. Los derechos fundamentales encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad

Es importante señalar, respecto del primer numeral que la dignidad humana ha sido entendida como aquello “que se debe a la persona por su calidad de tal y, si se quiere, darle un sentido

jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal” (Picazo, 2003, p. 28) – es un principio, un eje axial del ordenamiento jurídico colombiano y una garantía constitucional que fundamenta y cimienta todas las reglas que integran el sistema. Kant la define como aquella en donde:

“El hombre y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no solo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad, debe en todas sus acciones, no solo a las dirigidas por sí mismo, sino a las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre como al mismo tiempo como fin (...) la voluntad es pensada como una facultad de determinarse uno así mismo a obrar conforme a la representación de ciertas leyes” (Kant, 2007, p. 41)

Lo cual apunta hacia la conclusión de que, la dignidad humana es un principio fundante del sistema normativo colombiano que le confiere a la persona la posibilidad de diseñar un plan vital y, de determinarse según sus preferencias e intereses. Ahora bien, como se mencionó, el fundamento de los derechos fundamentales se desprende de su relación con la dignidad humana, por tal motivo, la valoración del concepto, del contenido, de los titulares y, de los elementos de un derecho fundamental se debe realizar teniendo en cuenta los aportes dogmáticos proferidos por la doctrina, los aportes legislativos, y las normas y jurisprudencia de derecho internacional que ha sido proferida con el propósito de valorar qué es dignidad humana, que es un derecho fundamental, quién es el titular de los mismos y cuál es el contenido del mismo. En virtud de lo anterior, el alto tribunal constitucional colombiano ha señalado que:

Si se parte de la noción de dignidad humana para definir un derecho fundamental, sería a partir de nociones éticas y morales que podría definirse la titularidad del derecho, que en la jurisprudencia constitucional ha sido determinada en cabeza de los seres humanos e indirectamente de las personas jurídicas (Corte Constitucional, T-227/2003)

Resulta necesario dejar establecido en este punto que, la fundamentalidad de los derechos catalogados como inherentes al ser humano, no puede supeditarse a su cumplimiento eficaz por el conglomerado social, pues los derechos fundamentales como se ha venido mencionando son derechos subjetivos de rango superior cuya titularidad está en cabeza de todas las personas, que han sido ampliamente analizados por la doctrina considerada como fuente primaria y, por la jurisprudencia que ha sido emitida por la Corte Constitucional que

constituye precedente judicial. Al respecto conviene señalar que, en el contexto colombiano el legislador ha clasificado a la persona de dos maneras, por un lado, se encuentran las personas naturales las cuales son de acuerdo a lo estipulado en el artículo 74 del Código Civil “todos los seres humanos sin distinguir su raza, sexo, religión, entre otras” (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873). Por otro lado, se encuentran las personas jurídicas las cuales fueron definidas en el artículo 633 del Código Civil de la siguiente manera:

Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873)

En ese orden de ideas, es claro que las personas naturales son los titulares por excelencia de los derechos fundamentales, sin embargo, existen eventos o situaciones en donde las personas jurídicas puede llegar a serlo ya sea por vía directa – como cuando se vulneran los derechos atribuidos a dicha ficción jurídica por la ley o por la Constitución – o por vía indirecta cuando es imperativo solicitar la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales asociadas a la persona o ficción jurídica. Al respecto la Corte Constitucional ha explicado que las personas jurídicas – de acuerdo a lo señalado en el artículo 86 de la Constitución Política – tienen legitimación por activa para interponer acción de tutela si y sólo si “ésta se circunscribe a los derechos fundamentales exigibles en virtud de su naturaleza jurídica o cuando actúe en representación de sus asociados, es decir, actuando la persona natural a través de un representante” (Corte Constitucional, T-770/2011).

CAPÍTULO II

Constitucionalización del Derecho Internacional en el sistema jurídico colombiano

La eficacia de las obligaciones que son contraídas por los Estados en el ámbito o paradigma del derecho internacional, requiere necesariamente de un proceso sistemático de incorporación normativa que permita establecer su supremacía en los diferentes sistemas de derecho interno que existen, pues esto es una prueba de la voluntad de los Estados. En ese sentido, el principio de igualdad soberana establece que el derecho de las partes debe ser considerado como un hecho, por tal motivo, no es determinante para establecer el contenido de las obligaciones internacionales, una consecuencia de esta relación de preeminencia en la esfera internacional es que la legalidad de un acto en el ámbito del derecho interno no determina su legalidad en el derecho internacional.

Por tal motivo, en esta parte del escrito se examinará el proceso que se ha efectuado en el sistema jurídico colombiano, relacionado con la incorporación de las normas y fuentes del derecho internacional, específicamente, la incorporación del derecho convencional en la figura del Bloque de Constitucionalidad. Para tal fin, se examina el concepto del derecho convencional desde la perspectiva de los acuerdos, convenios y tratados que han sido creados en el ámbito del derecho internacional, se estudia el concepto de los derechos humanos desde el paradigma de la teoría constitucional, se mencionan algunos de los tratados, acuerdos y convenios más importantes en el ámbito del derecho convencional internacional.

Se culmina analizando la incorporación de los derechos humanos consagrados en el marco del derecho convencional internacional, al ordenamiento jurídico colombiano superior por medio del proceso de ratificación y de aprobación de tratados internacionales, efectuado por el Congreso de la República – por mandato expreso del artículo 150-16 superior – en donde se aplica de forma práctica la figura del Bloque de Constitucionalidad.

2.1 Los derechos convencionales analizados desde la perspectiva del Bloque de Constitucionalidad.

El derecho convencional hace referencia a los acuerdos, convenios y tratados que son creados en el ámbito internacional, con el propósito de establecer estipulaciones en favor de la

población del mundo. En dicha categoría o rama del derecho internacional, el eje central es la adopción de obligaciones correlativas por los Estados, por ello, para su análisis es imperativo examinar los conceptos de acuerdo, convenio y tratado, así como el concepto de los derechos humanos y, algunos instrumentos internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, el cual estipula en su parte orgánica los derechos humanos básicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las obligaciones, los deberes y compromisos de los Estados parte en materia de adopción de garantías de dicha categoría de derechos.

Para comenzar, es necesario traer a colación a Virally, el cual explico en su obra que “un convenio se define por la naturaleza particular de un acuerdo establecido con vistas a originar cierto efecto y que lo causa. Poco importa que sea por su propia fuerza o por medio de una autoridad que se le atribuye del exterior” (1997, p. 158). De ello es dable inferir que, los convenios son acuerdos de voluntades previos que crean los Estados que no poseen el mismo grado de formalidad de los tratados; son bilaterales en aquellas situaciones en donde se celebra entre dos Estados, y, multilaterales cuando se crean por dos o más Estados con intenciones de establecer criterios de negociación de temas que afectan de manera general a los miembros de las comunidad internacional.

De acuerdo con las definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas, el término convenio puede tener también un significado genérico y uno específico:

El convenio como término genérico fue estipulado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y se refiere a los convenios internacionales, sean generales o particulares como fuente de derecho, aparte de normas consuetudinarias internacionales y principios generales del derecho internacional y, en segunda instancia, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas más cualificados. El término genérico del convenio es, por tanto, sinónimo del término genérico del tratado (...) se utiliza principalmente para tratados multilaterales formales con un número elevado de partes (Organización de las Naciones Unidas, 2018)

Por su parte, los acuerdos han sido definidos como una fuente de obligaciones y como “una manifestación de voluntades imputables a dos o más sujetos de Derecho Internacional de la que se derivan obligaciones y derechos para las partes según las normas del Derecho Internacional” (AAVV, 1997, p. 179). Es importante precisar que, como fuente de

obligaciones operan en el marco cosmopolita como un parámetro de interpretación y, como un límite en el proceso de creación del derecho internacional, el cual desde la perspectiva Hartiana se encuentra integrado por reglas primarias – entendidas como “aquellas que establecen determinadas conductas humanas como prohibidas y obligatorias” (Hart, 2009, p. 17) – y por reglas secundarias que “suministran criterios de identificación de las reglas primarias (...) dentro de las cuales se encuentran las fuentes del derecho” (Hart, 1962, p. 44).

Al respecto, la Convención de Viena de 1969 utiliza el término acuerdo internacional en sentido amplio y estipula en su artículo 3 que los acuerdos internacionales también pueden ser verbales, en dicho caso, son acuerdos que pueden tener el mismo poder vinculante que los tratados, en función de la intención de las partes. Ahora bien, los acuerdos también pueden ser particulares, como en el caso de los tratados bilaterales o multilaterales de tipo o categoría restringida, en donde “se emplean especialmente instrumentos de carácter técnico o administrativo firmados por los representantes de los departamentos del gobierno pero que no necesitan ratificación (...) son acuerdos que tratan temas económicos, culturales, científicos y de cooperación técnica” (Organización de las Naciones Unidas, 2018).

Junto a los convenios y acuerdos internacionales se encuentran los Tratados, los cuales fueron definidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrada en 1986, específicamente en el párrafo 1º del artículo 2º en donde se señala que un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (Naciones Unidas, 1980). De dicho concepto se infiere que, un tratado es una forma de convenio entre Estados o entre organizaciones internacionales, que se rige por el Derecho Internacional, que se debe estipular necesariamente por escrito, y que puede constar en un instrumento único o en varios conexos. Puede ser bilateral o plurilateral y, deben surtir el siguiente trámite:

- a) **Negociación:** Esta etapa está a cargo de los Jefes de Estado, los Ministros de Asuntos Exteriores, los Embajadores o funcionarios provistos de plenos poderes o de poderes especiales para celebración de ese tratado en particular.
- b) **Adopción y firma:** Se encuentra regulado en los artículos 9 a 12 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, es un trámite formal en donde se

realiza la autenticación del texto acordado y el consentimiento de los plenipotenciarios, genera la obligación para los sujetos de derecho internacional de no asumir un comportamiento que entorpezca la entrada en vigor del tratado.

c) **La ratificación:** De acuerdo con los artículos. 13 a 17 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 es el acto mediante el cual el Estado se compromete al cumplimiento de tratado, éste se comunica a los otros sujetos de derecho internacional mediante el canje de notas o el depósito del instrumento según sea un tratado bilateral o multilateral.

d) **Publicación:** El artículo 102.1 de la Carta de Naciones Unidas estipula que se debe realizar en el ámbito interno e internacional (Álvarez, 1998, p. 69)

Dicho en forma breve, los acuerdos son instrumentos internacionales que establecen títulos de acuerdos bilaterales y multilaterales, pueden ser escritos o verbales; por su parte, los convenios son fuentes de tipo particular o general que, establecen normas de tipo consuetudinario en el ámbito externo, principios generales del derecho, y doctrina vinculante en el marco del derecho internacional. Por otro lado, los tratados son instrumentos internacionales con características definidas, de tipo vinculante, que son celebrados por organizaciones y, por entidades internacionales, son acuerdos que deben ser celebrados obligatoriamente por escrito. En resumidas cuentas, los conceptos de acuerdo, convenio y tratado no son sinónimos.

Ahora bien, precisados los conceptos de acuerdo, convenio y tratado, es esencial continuar examinando el marco de protección de los derechos humanos en el derecho convencional internacional. Para ello, es importante partir de la premisa de que el derecho convencional internacional “se ocupa de la regulación de los distintos arreglos a los que puedan llegar los sujetos de derecho internacional (...) El derecho convencional de los tratados es una de las materias, dentro del derecho convencional internacional general” (Romero, 2015, p. 8). Por tal motivo, es conveniente estudiar en este punto el concepto de los derechos humanos y, algunos tratados, convenios y acuerdos internacionales que consagran la protección y garantía de dicha categoría de derechos en el ámbito cosmopolita.

Los derechos humanos, han sido considerados como aquellos “derechos primarios de la persona” (Ferrajoli, 2011, p. 697), que “tienen todos los seres humanos, como individuos, independientemente de un título adquisitivo” (Alexy, 1998, p. 25-26). Son derechos que

adicionalmente, “forman parte del ámbito internacional (...) son concebidos como aquellos derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración de los derechos humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y demás convenciones internacionales sobre derechos humanos” (Agudelo & Riaño, 2017, p. 65). Fueron creados con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la cual se consideró imperativo generar un cambio de paradigma en donde la prevalencia de los principios y, de los derechos de los hombres es el eje central de todas las actuaciones que se ejecutan en el mundo. Algunos de los tratados, acuerdos y convenios más importantes en el ámbito del derecho convencional internacional son:

- I. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:** En este instrumento internacional se estipula en el artículo 2° que “los Estados partes se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas” (Naciones Unidas, 1965).
- II. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** Es un pacto que fue ratificado y adherido al marco del derecho convencional internacional por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Tiene el propósito de “reconocer la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables (...) que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales” (Naciones Unidas, 1966).
- III. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:** En él se estipulan como derechos inherentes al ser humano el derecho al trabajo (artículo 6), el derecho a tener condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7), el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, el derecho de huelga (artículo 8), el derecho a la seguridad social (artículo 9), el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre (artículo 11) y, el derecho de toda persona a la educación (artículo 13) y a participar en la vida cultural.
- IV. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes:** Es una convención que estipula “el reconocimiento de los derechos

iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo” (Naciones Unidas, 1984), por tal motivo es un importante instrumento que considera la dignidad como un aspecto inherente de la persona humana. Fue creada teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradante.

V. Convención sobre los Derechos del Niño: Se considera como uno de los cimientos internacionales más importantes en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes. Estipula de forma expresa que “los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” (Naciones Unidas, 1989)

VI. Convención Americana sobre Derechos Humanos: Es el documento fundamental que establece los cimientos actuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos – SIDH – es llamado también Pacto de San José de Costa Rica.

Es un acuerdo multilateral que creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH – y que “prevé los derechos humanos básicos del SIDH, los compromisos de los Estados Parte y la estructura, facultades y responsabilidades de la CIDH y la Corte IDH” (Organización de los Estados Americanos, 1969). Estipula en su parte orgánica los derechos humanos básicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las obligaciones, los deberes y compromisos de los Estados parte en materia de adopción de garantías de dicha categoría de derechos. Dentro de dichos derechos se encuentran, el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad personal, a la integridad y seguridad personal, al trabajo, a la libertad de conciencia y de expresión, entre otros.

Ahora bien, dichos derechos humanos consagrados en el derecho convencional internacional, han sido incorporados al ordenamiento jurídico colombiano superior por medio del proceso de ratificación y de aprobación de tratados internacionales, el cual es efectuado por el Congreso de la República – por mandato expreso del artículo 150-16 superior – en donde se aplica de forma práctica la figura del Bloque de Constitucionalidad. Para comprender dicho proceso, es

indispensable partir del examen del artículo 93 de la Constitución Política de 1991 que señala que en el ordenamiento jurídico colombiano:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De ello es dable inferir que, los derechos humanos que han sido creados en el ámbito internacional, y que han sido contenidos en los diferentes instrumentos internacionales que han sido ratificados por el legislador, al incorporarse en el sistema interno han adquirido validez formal – relacionada con el cumplimiento del procedimiento establecido para la integración del derecho internacional en el sistema colombiano– y, validez sustancial pues, son postulados que constituyen un límite y un parámetro de obligatoria observancia por los operadores jurídicos y por las personas en general en todas las actuaciones que se ejecuten en la sociedad.

Dicho procedimiento de integración de normas y de postulados internacionales – de acuerdo a lo señalado anteriormente – se realiza por medio de la figura del Bloque de Constitucionalidad, el cual asume que existe un conjunto de normas que sin estar consagradas expresamente en la Constitución, hacen parte de ella por la decisión de un juez o por expresa disposición del constituyente (art. 93 CN). Es una figura, que ha sido por la doctrina como un:

Conjunto de normas y principios que, sin que parezcan formalmente en el texto constitucional, son incorporadas a ella por diversas vías. Esto implica que tales normas sean consideradas en sentido estricto normas constitucionales y como tales gozan de supremacía constitucional. El propósito fundamental del bloque de constitucionalidad consiste en que tales normas sirven de parámetro de control constitucional de las leyes (Mora, 2000, p. 15)

Siguiendo dicha línea argumental, la Sala Plena del alto tribunal constitucional ha señalado que “la Constitución prevalece sobre los tratados, por lo cual un convenio contrario a la Constitución es inaplicable” (Corte Constitucional, C -400/1998), por tal motivo, si surge una contradicción normativa entre el derecho internacional y el derecho interno, es necesario que el operador jurídico examine la responsabilidad del Estado por la violación de sus

obligaciones internacionales al invocar sus normas internas, pues a pesar de que el derecho internacional tiene primacía indirecta en el derecho interno colombiano, con la aplicabilidad del principio de *pacta sunt servanda* los tratados adquieren el valor que la constitución les asigna, por ello la Corte ha señalado “existe un monismo moderado con respecto al derecho internacional” (Corte Constitucional, C -400/1998). Ahora bien, con el propósito de ahondar un poco en las características del Bloque de Constitucionalidad, es necesario precisar ahora que es un fenómeno jurídico que puede ser *stricto sensu* y, *lato sensu*, según el profesor Ramelli:

El bloque *lato sensu* está integrado por disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no gocen de rango constitucional. Su función es la de servir de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional y estaría conformado por el articulado de la Constitución (incluido el preámbulo), las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, algunos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que admiten ser limitados bajo estados de excepción, y los instrumentos internacionales sobre límites. En contrapartida, el segundo (el bloque *stricto sensu*), comprende aquellos principios y reglas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, como es el caso de los tratados internacionales de DIH (artículo 93 de la Constitución) y aquellos sobre derechos humanos que no admiten suspensión durante situaciones de anormalidad (2005, p. 66)

Luego entonces, es claro que las normas que pertenecen al bloque *lato sensu*, operan como un parámetro y como un límite en el control constitucional del derecho interno, por tal motivo, son disposiciones que poseen rango normativo superior a las leyes ordinarias y, adicionalmente forman parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional. Por su parte, en estricto sentido, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, los tratados de límites y los Convenios 87 y 88 de la OIT, entre otros.

En resumidas cuentas, el bloque de constitucionalidad en sentido *lato* se integra por las leyes estatutarias y, por las leyes orgánicas; por su parte, hacen parte del bloque en sentido estricto:

- I. El Preámbulo:** La sentencia C-477 de 2005 indica que el preámbulo contiene los principios y los fines que orientan la Constitución por ello

“no sólo hace parte de ésta como sistema normativo sino que "además tiene efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción y constituye parámetro de control en los procesos de constitucionalidad” (Corte Constitucional, 1999)

- II.** Todos los artículos que fueron estipulados por el constituyente originario en la Constitución Política de 1991.
- III. Los tratados de límites ratificados por Colombia:** No versan sobre derecho humano alguno, pero, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias.
- IV. Los tratados de derecho internacional humanitario:** Son normas con valor constitucional y supralegal.
- V.** Los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos innominados.
- VI.** Los artículos de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el legislador colombiano.
- VII.** La doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, dentro de los cuales se encuentran los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional (Uprimny, 2004, p. 182)

Es necesario señalar en este punto, que el proceso de incorporación de las normas internacionales al sistema interno colombiano, se encuentra supeditado al control de constitucionalidad que es efectuado por la Corte Constitucional, el cual se caracteriza por ser previo a la ratificación, aunque posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción del gobierno; automático porque debe remitirse por el gobierno dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley; integral porque examina los aspectos formales y materiales de los actos objeto de control; preventivo porque busca garantizar el principio de supremacía constitucional; y con efectos de cosa juzgada constitucional.

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que el derecho convencional internacional en materia de derechos humanos, ha sido ampliamente acogido por el derecho

interno colombiano pues, a 2018 han sido expedidas más de 30 leyes que materializan el proceso de ratificación que ha sido efectuado por el Congreso de la República con el propósito de constitucionalizar el derecho convencional. En efecto, la Constitución de Colombia de 1991 establece una gran apertura al derecho internacional, y en particular el derecho internacional de los derechos humanos, por ello es dable afirmar que la relación que existe entre las normas internacionales y las normas del derecho interno, se define por el rango que el legislador y la Corte Constitucional le otorgue a aquellas disposiciones, pues como se explicó algunas normas pueden tener rango constitucional, como en el caso de los tratados de derechos humanos o derecho internacional humanitario; otras por el contrario, pueden tener un rango supralegal como en el caso de los tratados limítrofes, sin embargo, la mayoría tienen apenas un rango legal.

En ese orden de ideas, es claro que las normas constitucionales y supra legales incorporadas al derecho interno por medio de la figura del Bloque de Constitucionalidad, determinan la manera en que el plexo superior debe ser interpretado y aplicado. Por ende, es claro que son razones y fundamentos determinantes para solicitar al juez la declaración de una ley como inconstitucional o para otorgar a una persona la protección de los derechos fundamentales. Con ello, se han generado por un lado, garantías al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en el contexto internacional y, por otro lado, la prevalencia de los derechos que son considerados como inherentes al ser humano, que deben ser protegidos de forma real, efectiva y expresa.

CAPÍTULO III

Consideraciones preliminares en torno al Régimen de Responsabilidad del Estado.

Luego del análisis dogmático de los derechos fundamentales constitucionales en el sistema colombiano y, del examen doctrinal y normativo del marco del derecho convencional internacional en materia de derechos humanos que ha sido incorporado al ordenamiento jurídico colombiano, por medio del proceso de ratificación efectuado por el legislador y por la Corte Constitucional, es necesario continuar con el desarrollo del presente escrito examinando el Régimen de Responsabilidad del Estado colombiano pues, como se señaló en la parte introductoria, el objetivo fundamental del trabajo versa en determinar la forma correcta de establecer ante el juez contencioso administrativo, la afectación de derechos constitucionales y convencionales como daño autónomo en el proceso de reparación directa.

Por tal motivo, en este acápite se presenta al lector algunas consideraciones jurisprudenciales que han sido proferidas, en torno al régimen de Responsabilidad del Estado colombiano, en donde el alto tribunal ha explicado el concepto, los elementos fundamentales y, los fundamentos o cimientos de dicho régimen.

3.1 La responsabilidad del Estado como un concepto jurisprudencial y doctrinal

El régimen de responsabilidad del Estado colombiano, es un mecanismo de protección de los administrados frente a la actividad del poder público que puede ocasionar daños, que son producto del normal y legítimo funcionamiento de la actividad pública, y que se puede originar 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. Se encuentra establecido en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en donde el constituyente originario determinó que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...) En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De ello se infiere que, el régimen constitucional colombiano estipula una obligación jurídica a cargo del Estado de responder por aquellos perjuicios antijurídicos que se causen por la acción u omisión de las autoridades públicas. Al respecto, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-333 de 1996 que la responsabilidad en dicho caso implica que “una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización” (Corte Constitucional , 1996); Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, en donde se consideró 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, 2001).

En cuanto al concepto, se ha señalado que el régimen de responsabilidad del Estado colombiano, no es un mecanismo que busca satisfacer el interés general, por el contrario, es una garantía que tienen los ciudadanos de que se les indemnice la generación de aquellos daños causados en su integridad o en su patrimonio por una autoridad o ente público, es decir, “la responsabilidad, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos” (Puigpelat, 2001, p. 120), que “consiste en la obligación a cargo del Estado de indemnizar un daño que le es imputable” (Bernal & Fabra, 2013, p.560).

De acuerdo a lo señalado en el artículo 90 de la Constitución Política, los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al Estado son el daño antijurídico y la imputabilidad, por tal motivo, es necesario que el operador judicial examine la antijuridicidad del daño y, elabore de forma simultánea un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico que legitime la decisión “vale decir, la *imputatio juris* además de la *imputatio facti*” (Corte Constitucional, C - 619/ 2002). Por ello, es necesario tener en cuenta que “la regla general es que la responsabilidad venga generada por actuaciones, hechos u omisiones realizadas por la administración pública” (Bascuñán, 1997, p. 365)

Es importante precisar que, son dos las clases de relaciones jurídicas que surgen en la responsabilidad del Estado, una la del ciudadano que ha recibido el daño antijurídico y del

cual el Estado responde y, otra comprendida por la relación del Estado y el funcionario que causa el daño, que debe por su parte responder y pagar con su patrimonio lo que el Estado debió pagar al administrado como consecuencia del daño. Es como si en materia de responsabilidad no existiera una diferencia entre el particular y el Estado, ambos están llamados, en igual forma a reparar al perjudicado, “a los dos les asiste la obligación de indemnizar perjuicios” (Henaó, 1998, p. 30). En ese sentido, “la Constitución establece o, que aunque el Estado haya debido responder ante el particular, sólo puede repetir contra el funcionario, si su conducta ha sido dolosa o gravemente culposa. A *contrario sensu*, el funcionario no responde si su culpa es leve o levísima” (Corte Constitucional, C - 619/2002).

3.2 Concepto, características y elementos del daño antijurídico.

El daño ha sido entendido como una afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito, se convirtió en el eje central de la obligación resarcitoria y, por ende, tanto la atribución como la fundamentación normativa o jurídica del deber de reparar quedaron concentrados en un nuevo elemento que es la imputación. Por tal motivo, el estudio de la responsabilidad no parte de la determinación del título aplicable, sino de la verificación de la existencia del daño, entendido como la alteración negativa a un interés protegido. Juan Carlos Henaó explica que el daño antijurídico:

Afrenta los intereses lícitos de una persona, trátense de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad se encuentran reunidos (Henaó & Ospina, 2015, p. 35)

Siguiendo dicha línea argumental, el Consejo de Estado explicó en la sentencia identificada con número de radicado 2006-02094-01(36456) que, el daño en su sentido general es una lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona, y de forma específica debe ser considerado como una:

Afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal, a la esfera de actividad de una persona jurídica para el ejercicio de ciertas libertades, o a la esfera patrimonial, que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno (Consejo de Estado, 2017)

Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, en otras palabras, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo. En ese orden de ideas, es claro que le corresponde a la ley determinar las situaciones que deben ser toleradas por los ciudadanos aunque supongan una afectación a un derecho o interés legítimo y lícito, como en el caso del servicio militar obligatorio, el pago de impuestos, el decomiso y destrucción de mercancías de contrabando, entre otros. Al respecto la sentencia C-254 de 2003 proferida por la Corte Constitucional, destaca 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. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública (Corte Constitucional, 2003)

Por tal motivo, la labor del operador judicial tiene un papel trascendental en el juicio de responsabilidad pues, tiene el deber de verificar si el daño es antijurídico, para lo cual debe determinar si el ordenamiento jurídico no le impone la obligación a la víctima de soportar esa carga. Ahora bien en cuanto a los elementos, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló en la sentencia con radicado número 25000-23-26-000-2005-00370-01(37304) que para que el daño sea resarcible o indemnizable, requiere la constatación de los siguientes elementos:

- I. Certeza:** Que se pueda apreciar material y jurídicamente, que no se limite a una mera conjetura, hipótesis o eventualidad. Este elemento implica que, el daño no sea eventual, ni hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas, por ello se exige es que no exista duda sobre su ocurrencia, por ello se encuentra comprendido por “un perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual” (Henaó, 1998, p. 68).
- II. Personal:** Que sea padecido por quien lo alega, en tanto haga parte de su patrimonio material o inmaterial, bien por la vía directa o hereditaria. Implica analizar la legitimidad para actuar de personas naturales individualmente consideradas en el proceso de reparación directa o de personas jurídicas en nombre de intereses colectivos por medio de acciones populares.

- III. Lícito:** Que no recaiga sobre un bien o cosa no amparada por el ordenamiento jurídico.
- IV. Persistente:** Que no haya sido previamente reparado por otras vías, como en el caso del seguro de daños.

Una vez ocasionado el daño, y determinada su antijuridicidad, es imperativo examinar el perjuicio que se ocasionó con dicha afectación, para ello se debe tener en cuenta que, el perjuicio puede ser material – comprendido por aquellos que actos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mensurables en dinero – y, puede ser inmaterial en aquellas situaciones en donde el perjuicio no tiene una naturaleza económica.

Dentro de los perjuicios materiales se encuentra el daño emergente y el lucro cesante, el primero ha sido considerado como “aquel bien económico que salió o saldrá del patrimonio de la víctima” (Henao, 1998, p. 196), que puede recaer en la persona humana en su aspecto físico – daño corporal – y, en su patrimonio dentro de los cuales se encuentran los egresos patrimoniales y las obligaciones contraídas a causa de la muerte, la disminución de activos y, los incrementos de los pasivos.

Por su parte, el lucro cesante comprende la pérdida de un bien económico que debía ingresar al patrimonio de la víctima y que nunca ingresará “corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses no percibidos o a la utilidad esperada y no obtenida” (Henao, 1998, p. 197). En otras palabras, es el dinero que habría recibido la víctima de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o disminución origina una incapacidad laboral, también puede recaer sobre bienes, en aquellas situaciones en donde deja de producir en razón del hecho dañino. En cuanto a los daños inmateriales, es importante precisar que pueden ser morales – el cual nace de los sufrimientos y, acongojo que sufre la víctima o su familia por el daño ejecutado; también pueden ser producidos por daños a la salud, en donde las lesiones físicas, psíquicas e incluso estéticas y sus resultados constituyen el eje central; y finalmente pueden ser daños por la afectación de bienes y derechos convencionalmente protegidos, el cual como se ha venido explicando, implica la afectación de derechos con categoría fundamental que se encuentra contenidos en la Constitución o en las normas de derecho convencional

internacional que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la figura del Bloque de Constitucionalidad.

3.3 Los títulos de imputación en la jurisprudencia del Consejo de Estado

La imputabilidad es un principio de la responsabilidad patrimonial del Estado, comprendido por la atribución del daño antijurídico al Estado que se origina por la acción u omisión de una autoridad pública. Kant, en su obra *La metafísica de las costumbres* explica que la imputación se debe entender como:

El juicio por medio del cual alguien es considerado como autor de una acción, que entonces se llama acto o factum y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial, en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (Kant, 1989, p, 35)

En el precedente jurisprudencial constitucional colombiano, se sostiene que el núcleo de la imputación no busca determinar si el hecho desplegado por el agente del Estado era cognoscible, por tal motivo, primero es necesario determinar si el sujeto que causa el daño, era competente para ejecutar los deberes de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible, por ello se afirma que en el ordenamiento jurídico colombiano:

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, C-254/2003)

Ahora bien, el concepto de imputación es un elemento que exige analizar dos ámbitos, por un lado, se encuentra el ámbito fáctico, y; por otro lado, se encuentra el ámbito jurídico, en donde se establece la atribución de un deber al Estado. Opera conforme a los títulos de imputación de falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –en donde existe un desequilibrio de las cargas públicas, y, riesgo excepcional.

La falla del servicio ha sido definida como “una violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma o porque se deduce de una función genérica del Estado consagrada en el artículo 16 de la Constitución” (Henoa, 2003, p. 78); por su parte el riesgo excepcional se origina cuando el Estado, en desarrollo de una obra pública, pone en riesgo a los

administrados o a sus bienes, generando un riesgo el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos por la existencia de dicho servicio.

En cuanto al daño especial, es necesario señalar que es aquel que surge de una actuación lícita del Estado que, a pesar de ser desarrollada en interés público, causa un daño grave a una persona o grupo de personas generando el rompimiento de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas. Para que exista daño especial es necesario:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la Administración.
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona.
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y las cargas públicas.
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial.
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado.
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad del Estado. (Henao & Ospina, 2015, p. 187).

En conclusión, las tres teorías exigen que el demandante demuestre el daño sufrido y, una relación de causalidad entre la conducta desplegada y el daño, sin embargo, existen situaciones en donde es necesario invertir la carga de la prueba por sus características singulares, y por la imposibilidad del demandante de probar el daño. En ese orden de ideas, es claro que el modelo de responsabilidad de Estado establecido en el contexto colombiano, en la Constitución Política de 1991, no privilegió ningún título de imputación en especial, pues dejó en manos del juez la determinación del título de imputación aplicable, para lo cual se valdrá el operador judicial de razones fácticas y jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar en el curso del proceso.

3.4 Análisis de la afectación de los derechos constitucional y convencionalmente protegidos desde el paradigma del daño antijurídico autónomo

Como se señaló previamente, el daño antijurídico, es un elemento fundamental del juicio de responsabilidad, pues de su existencia y prueba depende la viabilidad del proceso que se

inicia en contra del Estado. Es un término que ha sido examinado por la doctrina jurídica, la cual ha abordado su concepto de forma dinámica teniendo en cuenta la normativa vigente en cada época, así como la clasificación del mismo en daño material – integrado por el daño emergente y el lucro cesante – y en daño inmaterial, el cual se comprendía por el daño moral y, por el daño a la salud.

Dicha categorización doctrinal del daño inmaterial en el ordenamiento jurídico colombiano, fue modificada en el año 2016 pues se determinó que las afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente amparados, también debían ser reconocidas como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos, es decir, dicha corporación creó un tipo de daño que por su categorización en el sistema no depende de la existencia de otros daños como el daño moral y el daño a la salud.

Para comprender dicha innovación es importante tener en cuenta – a modo de resumen – que el régimen de responsabilidad del Estado, se encuentra integrado por dos elementos indispensables, el daño antijurídico y el juicio de imputación. En cuanto al juicio de imputación, es necesario señalar que opera por medio de los títulos, los cuales de acuerdo a lo señalado previamente, son el riesgo excepcional, el daño especial y la falla del servicio. El primero y segundo constituyen el régimen objetivo, en donde la culpa no es un elemento estructural; por su parte la falla del servicio se encuadra en el régimen subjetivo pues surge del actuar culposo del Estado.

En cuanto al daño antijurídico, es necesario precisar que es un elemento que analiza las situaciones que las personas no tienen el deber jurídico de soportar, debe ser cierto – es decir, o bien presente o bien futuro– personal, directo y probado. Se divide en daños materiales y en daños inmateriales, dentro de los primeros, se encuentran el daño emergente y el lucro cesante, que incluye lo que deja de entrar al patrimonio de la víctima por cuenta del daño. Por su parte, el daño inmaterial, puede ser moral en relación con el acongojo que sufre el afectado o su familia, puede ser también a la salud, en donde se examina la afectación física o psíquica y sus consecuencias en la víctima; y finalmente de acuerdo a lo señalado por el Consejo de Estado puede originarse por la afectación de bienes o de derechos constitucionales.

Dicha categoría del daño inmaterial, en el régimen de responsabilidad del Estado opera como una garantía de los derechos convencionales – en especial, los relacionados con derechos humanos – que han sido incorporados al derecho interno colombiano por medio del proceso de ratificación y aprobación de normas internacionales que es efectuado por el legislador y por la Corte Constitucional, por tal motivo, constituye una importante prerrogativa en el régimen de responsabilidad pues, implica una nueva forma de reparación no pecuniaria relacionada con medidas de orden reparativo que solo en casos especiales pueden ser de contenido mixto, entre pecuniario y no pecuniario.

Dicha categorización del daño inmaterial fue producto del proceso de interpretación y adaptación de las decisiones judiciales al derecho internacional efectuado por el Consejo de Estado, el cual se relaciona con el control de convencionalidad que tiene origen en la sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos proferida el 26 de septiembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en donde se afirma que es 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 y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella” (Henao & Ospina, 2015, p. 365)

Es un control que ha sido definido como una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional “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 (Santofimio, 2017, p. 717).

Es claro que los operadores judiciales están sujetos al imperio de la ley y, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el sistema jurídico. Sin embargo, cuando un Estado incorpora un tratado internacional como la Convención Americana al derecho interno, sus jueces, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean vulnerados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos, en ese sentido, “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” (Santofimio, 2017, p. 720).

Precisado lo anterior, es necesario tener en cuenta que la grave violación de los derechos humanos, son infracciones del derecho internacional humanitario, y por tal motivo puede ser constitutivo de un acto de lesa humanidad. En ese sentido, es claro que el daño que se genera en dicho evento, debe ser sustentado ante el operador jurídico teniendo cuenta no sólo los criterios teóricos propios de su definición, además, se debe tener fundamento en los mandatos normativos convencionales contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y, en las demás normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las normas de derecho internacional humanitario y otras normas para la protección contra la discriminación.

En otros términos, es necesario presentar un examen riguroso y juicioso de la circunstancia de impunidad constitutiva de lesa humanidad que permita imputar la responsabilidad del Estado respecto del todo el contexto en que sucedieron los hechos, dado que está frente a un caso de tal magnitud en donde el interés en determinar la responsabilidad no es una cuestión individual sino que, como se dijo, tiene relevancia colectiva al afectar a la humanidad en su conjunto. Al respecto, la Corte Constitucional sentencia SU-768 de 2014 señaló que:

El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley, convirtiéndose en el funcionario –sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material (Corte Constitucional, 2014).

Ahora bien, como se explicó cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 en el artículo 90, refleja la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Por ello, la primacía no se agota con el respeto de los derechos, fundamentales consagrados en las cartas constitucionales, además es necesario implementar

medidas de protección de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que han sido incorporadas al derecho interno.

Dichas medidas, son ejecutadas en su gran mayoría por los jueces cuando se otorga primacía en un caso concreto al principio de la dignidad humana, al respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y a los derechos humanos. Su fundamento normativo surge de la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 229 de la Carta Política, y del ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque de constitucionalidad, obliga al juez contencioso administrativo a observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales –Tratados, Convenios, Acuerdos, etc. – de protección de los derechos incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional.

Para su determinación y configuración en la demanda de reparación directa, es necesario tener en cuenta el término de dos años para interponer la acción, el cual deberá ser contado a partir del día siguiente de la ocurrencia de los hechos o, desde cuando el demandante tuvo conocimiento del mismo, siempre y cuando se prueba la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. Adicionalmente, es importante precisar que no requiere una reclamación previa pues el artículo 140 del CPACA estipula que la persona interesada puede demandar directamente, con lo cual se significa que no se requiere la reclamación o petición previa ante la administración, ni mucho menos la interposición de un recurso administrativo.

En cuanto a la legitimación para interponer la acción de reparación directa por daños a la afectación de derechos constitucionales y convencionales, es importante precisar que toda persona se encuentra legitimada para formular la pretensión y para solicitar la indemnización de acuerdo con las normas procesales y procedimentales. Por su parte, la legitimación por pasiva, la tiene la entidad pública que causa el daño, aunque también puede serlo un particular cuando participa o actúa en los resultados generados en la víctima. En este caso el daño es inmaterial y, proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas de origen constitucional e internacional, que afecta de forma grave y relevante los derechos inherentes a las personas y los principios

fundantes del Estado, adicionalmente, es un daño autónomo, que no depende de otras categorías de daños.

Ahora bien, respecto de la atribución jurídica, es importante señalar que debe tener una motivación razonada, que fije un criterio de motivación de la imputación en el que se encuadre la responsabilidad extracontractual del Estado, en alguno de los títulos de imputación, es decir, es imperativo encuadrar el caso de forma sistemática de la siguiente manera, inicialmente se examina si existe la vulneración de deberes normativos y un actuar culposo de la Administración, en dicho evento se configurará el título de falla del servicio. Si no se encuadra el título antes mencionado procede realizar el análisis del daño especial, en donde se examinará la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; y si tampoco se configura se examina si encuadra en el riesgo excepcional.

Conclusiones

En el ordenamiento jurídico colombiano el régimen de responsabilidad del Estado colombiano tiene sustento en dos criterios fundamentales, por un lado, se encuentra el daño antijurídico el cual ha sido definido genéricamente como “nocimiento o perjuicio, es decir, minoración alteración de una situación favorable” (Cupis, 1970, p. 81) y, por otro lado conexas, se encuentra la imputación o atribución jurídica de dicho daño a la entidad pública responsable de la generación del perjuicio, por tal motivo, es claro que el daño antijurídico es un elemento esencial en el juicio de responsabilidad pues su prueba y existencia constituye el primer criterio a analizar por el operador judicial.

Ahora bien, el daño es un concepto que ha sido ampliamente examinado por la doctrina jurídica, la cual lo ha estudiado de forma dinámica teniendo en cuenta la normativa vigente en cada época, así como la clasificación del mismo en daño material – integrado por el daño emergente y el lucro cesante – y en daño inmaterial, el cual se comprendía por el daño moral y, por el daño a la salud. No obstante, dicha categorización doctrinal del daño inmaterial fue modificada por el alto tribunal en lo contencioso administrativo pues, ahora las afectaciones a derechos constitucional o convencionalmente amparados, deben ser reconocidas como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos, es decir, se creó

un tipo de daño que por su categorización en el sistema no depende de la existencia de otros daños como el daño moral y el daño a la salud.

Dicha situación es la praxis ha generado innumerables problemas en especial por su aplicabilidad e interpretación pues, la explicación y el análisis integral de dicha tipología de daño inmaterial aún no ha sido examinada de forma unificada por el alto tribunal. Por tal motivo es necesario concluir el presente escrito señalando que para imputar al Estado colombiano responsabilidad por la afectación de bienes o derechos constitucional o convencionalmente protegidos es necesario encuadrar la responsabilidad de las entidades demandadas estableciendo de forma ordenada y sistemática la base convencional y constitucional cuyos deberes positivos fueron distorsionados grave, seria y radicalmente por un funcionario o entidad del Estado.

Adicionalmente es imperativo probar el daño para ello es necesario aportar al proceso aquellas pruebas que permitan al operador judicial establecer la responsabilidad atribuida a la entidad del Estado fáctica y jurídicamente, sin embargo, en caso de no tener la capacidad de probar los hechos y si el demandado está en mejor capacidad para hacerlo, se puede solicitar al juez que invierta la carga de la prueba.

Es importante precisar que la afectación de derechos constitucionales y convencionales como daño autónomo en el proceso de reparación directa persigue en principio una reparación no pecuniaria, no obstante, por la gravedad de los hechos se puede tasar alguna condena por concepto de indemnización del daño, por último, es necesario tener en cuenta que el título de imputación aplicable es el de falla en la prestación del servicio pues, el daño se origina en el actuar culposo del Estado, por acción u omisión vulnera los deberes de protección de los derechos inherentes al ser humano dentro de los cuales se encuentra la dignidad humana como vértice elemental.

REFERENCIAS

- AAVV. (1997). *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill.
- Agudelo, O. A., & Galán, A. (julio de 2015). Derecho injusto. Fórmula de universalización y derechos humanos. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 9(2), 111-136.
- Agudelo, O., & Riaño, Á. (2017). Ciudadanía y nación: Políticas de control fronterizo e inmigración. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(2), 57-75.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. (J. M. Seña, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (1998). *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*. (M. C. Meza, Trad.) Bogotá: Derechos y Garantías.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. (C. B. Pulido, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Álvarez, L. (1998). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Centro editorial Javeriano.
- Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* (114).
- Bascuñán, A. S. (1997). *Tratado de derecho constitucional* (2° ed., Vol. IV). Santiago de Chile: Ediciones Jurídica.
- Bernal, C., & Fabra, J. (2013). *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Universidad Externado.
- Bertalanffy, L. (1986). *Teoría general de los sistemas*. México D. F: Fondo de Cultura Económica.

- Bidart, G. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Comercial, Industrial y Financiera.
- Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los Derechos*. (R. d. Roig, Trad.) Madrid: Sistema.
- Campos, G. B. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (31 de mayo de 1873). Código Civil. *Diario Oficial, IX* (2867).
- Consejo de Estado. (2017). *Sentencia de 17 de agosto. Radicado número 25000-23-26-000-2005-00370-01(37304)*. C.P: *Marta Nubia Velásquez Rico*.
- Consejo de Estado. (2017). *Sentencia de 21 de noviembre. Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00697-01(38048)*. C.P: *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C - 333, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T - 406, REF. Expediente T-778 Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-400. Referencia: Expediente L.A.T.-108. MP. Alejandro Martínez Caballero*.
- Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C 477, Referencia: expediente D-5465. M.P: Carlos Gaviria Díaz*.
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-892. Referencia: expediente D-3404. M.P: Rodrigo Escobar Gil*.
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-619. Referencia: expediente D-3873. M.P: Jaime Córdoba Triviño; Rodrigo Escobar Gil*.
- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-254. Referencia: expediente LAT-229. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra*.

- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-227. Referencia: expediente T-669050. M.P: Eduardo Montealegre Lynett.*
- Corte Constitucional. (2007). *Sentencia T-016. Referencia: expediente T-1405186. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.*
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia T-770. Expedientes T-2.927.239 y acumulados. M.P: Mauricio González Cuervo.*
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia T - 428, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.* Bogotá.
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia SU- 768. Expediente: T-3.955.581. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.*
- Elster, J. (2002). *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad y restricciones.* Barcelona: Gedisa.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías, La Ley del más débil.* Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Antonio de Gabo; Gerardo Pisarello ed.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris, teoría del derecho y de la democracia.* Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2009). Tres problemas para Luigi Ferrajoli. En L. Ferrajoli, *El fundamento de los derechos fundamentales* (págs. 57-63). Madrid: Trotta.
- Hart, H. (1962). Definición y teoría en la ciencia jurídica. En *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (G. Carrió, Trad.). Buenos Aires: Depalma.
- Hart, H. (2009). *El concepto del derecho.* (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Henao, J. C. (1998). *El daño* (1° ed.). Bogotá: Universidad Externado.
- Henao, J. C. (2003). La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública En el derecho colombiano y en el derecho francés. En *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos* (págs. 55-114). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Henao, J. C., & Ospina, A. (2015). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, 7(2), 109-128.
- Kant, I. (1989). *Metafísica de las Costumbres*. (A. Cortina, Trad.) Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (2007). *Crítica de la razón pura. Dialéctica Trascendental* (1° ed.). Buenos Aires: Cohnue.
- Kelsen, H. (1982). *La Teoría Pura del Derecho*. (R. Vernengo, Trad.) México: UNAM.
- Mariño, F. (2005). *Derecho Internacional público, parte general*. Madrid: Trotta.
- Mora, G. (2000). D.I.H. y Bloque de Constitucionalidad. *Dissertum, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana* (4), 12-17.
- Naciones Unidas. (21 de Diciembre de 1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Recuperado el 18 de junio de 2018, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado el 18 de junio de 2018, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- Naciones Unidas. (3 de Enero de 1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI)*. Recuperado el 11 de junio de 2018, de Oficina del Alto Comisionado: <http://www.ohchr.org/SP/P>
- Naciones Unidas. (1980). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *Treaty Series*, 1155(1), págs. 443-466.
- Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1984). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Recuperado el 18 de junio de 2018, de Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

- Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 7 de Julio de 2018, de <http://www.ohchr.org/SP/Professiaspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (2018). *Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas*. Recuperado el 18 de junio de 2018, de UN: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#conventions>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José*. San José, Costa Rica.
- Peces-Barba, M. (1991). *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Eudema.
- Picazo, L. M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-civitas.
- Prieto, M. A. (Enero de 2015). La moralidad como base para el proceso de axiomatización. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 9(1), 29-49.
- Puigpelat, O. M. (2001). *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema* (1ª ed.). Madrid: Civitas.
- Pulido, C. B. (2015). Derechos Fundamentales. En I. d. UNAM, *Enciclopedia de Filosofía del Derecho* (Álvaro Núñez; Verónica Rodríguez Blanco; Ezequiel Spector ed., Vol. II, págs. 1571-1594). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ramelli, A. (2005). *Sistema de Fuentes del Derecho Internacional Público y "Bloque de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Romero, X. (2015). *Derecho convencional de los tratados*. Bogotá: Universidad Externado.
- Ross, A. (1973). *Sobre el Derecho y la justicia* (II ed.). (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Eudeba.
- Sampieri, R. (1997). *Metodología de la investigación*. Naucalpan de Juárez, Edo. De México: McGraw - HILL.
- Santofimio, J. O. (2017). *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Uprimny, R. (2004). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En J. Rodríguez, *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Virally, M. (1997). *El devenir del Derecho Internacional, ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica.