



CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y REPARACIÓN INTEGRAL*

ENRIQUE GIL BOTERO**

Los sucesos que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial derivaron en la pérdida de confianza, en una razón que demostró que también podía estar al servicio de la barbarie, pero al mismo tiempo, representaron una toma de consciencia frente a la necesidad imperiosa y apremiante de hacer de las constituciones o leyes fundamentales, los principales instrumentos para limitar el poder otrora omnipotente de los Estados y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. La Ley Fundamental de Bonn expedida el 23 de mayo de 1949 tuvo mucho que ver en este cambio de paradigma.

Aunque inicialmente se concibió como una constitución transitoria pues los alemanes querían esperar a la reunificación para expedir su Constitución definitiva, – de ahí su nombre de Ley Fundamental –, su espíritu ha dejado profundas huellas en el constitucionalismo moderno del mundo occidental. La cláusula consagrada en el numeral del 3° del artículo primero, significó una transformación no sólo para el derecho constitucional, sino para todo el derecho en general: “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”. Con esa simple expresión, quedaba claro que la Constitución no era ya una mera declaración de principios, valores o aspiraciones, sino una norma vinculante y de eficacia directa que debía orientar las actuaciones de todos los órganos del Estado. Por eso, el profesor Otto Bachof, señala con acierto, al referirse al proceso acontecido con la Constitución alemana de 1949, que “el control de legalidad de la administración implica hoy, al mismo tiempo, el control de constitucionalidad de la administración (...) se controla a la administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la Constitución, e inclusive con un orden jurídico supralegal o metapositivo”¹.

El derecho de la responsabilidad también se vio permeado por este proceso de constitucionalización y encontró eco y fundamentación en las normas de rango constitucional, razón por la que el modelo de Estado Social de Derecho impregnó o *publicó* – en términos de la doctrina española – ese ordenamiento, lo que supuso el abandono sistemático y gradual de disposiciones legales para encontrar el basamento del

* La construcción de esta conferencia, se estructura fundamentalmente sobre las siguientes obras del autor: Responsabilidad Extracontractual del Estado, Séptima Ed., Bogotá: Editorial Temis, 2017 y Constitucionalización del derecho de daños, 1° Edición, Bogotá: Editorial Temis, 2014

** Ministro de Justicia y del Derecho, Ex Comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ex Presidente del Consejo de Estado.

¹ Expresión utilizada por el profesor Otto Bachof en un discurso inaugural impartido en la Universidad de Heidelberg en julio de 1951, en la que defiende la existencia de un “derecho suprapositivo” que ha de ser respetado por los jueces y el propio poder constituyente como condición para la validez de la propia Constitución (O. BACHOF, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima: Palestra, 2010).



derecho en las normas superiores. Se da así una lectura de la institución del daño no con los lentes del jurista del derecho civil, sino conforme a la dióptrica esclarecedora de la Constitución.

Entonces, si antes las codificaciones –y en especial la civil con la expedición del Código de Napoleón en 1804 – eran consideradas el paradigma del conocimiento científico –jurídico, hoy nadie puede desconocer que la Constitución ha desplazado a los códigos en esa tarea de brindar las herramientas hermenéuticas para determinar la adecuada aplicación del derecho sin importar cuál sea su naturaleza, pública o privada. Por lo anterior, es innegable que la Constitución entra en un permanente diálogo – o dialéctica – con los ordenamientos legales, entre ellos, el derecho privado, de forma tal que se produce lo que se podría denominar la irradiación del orden constitucional a todo el sistema jurídico.

Así las cosas, hoy en día, los nuevos textos constitucionales parten de reconocer la diferencia, pero edifican unos mínimos irrenunciables fundamentados en tres pilares basilares: i) la dignidad humana, ii) el principio de libertad y iii) el principio de igualdad. Desde esta perspectiva, todo el derecho – inclusive la responsabilidad extracontractual civil o del Estado – encuentra el fundamento político y filosófico que sirve para una adecuada hermenéutica de un sistema jurídico, como por ejemplo la delimitación de los daños resarcibles y la importancia del principio de reparación integral.

Al tomar como punto de referencia el caso colombiano, es preciso analizar cómo las instituciones propias del derecho de la responsabilidad empiezan a mirar la Constitución Política, no sólo con la finalidad de establecer el postulado que regula la responsabilidad patrimonial del Estado, sino, también, para dotar de contenido a los conceptos que de forma tradicional fueron nutridos a partir de una lectura privada o codificada del derecho de daños. Así, en nuestro caso, la Corte Constitucional ha reconocido la relación que existe entre el postulado de responsabilidad constitucional contenido en el artículo 90 de la Carta Política, y otros principios orientadores de la función pública. En este orden de ideas, es posible afirmar sin anfibología que al margen de que exista una norma específica de responsabilidad patrimonial del Estado, lo cierto es que también existe una gama de preceptos de rango superior que sirven de fundamento, basamento o apoyatura a la importancia del principio político y filosófico según el cual la administración pública se encuentra compelida a reparar integralmente el daño que cause. Entre las disposiciones que la jurisprudencia ha destacado como estructurales del sistema de responsabilidad, se encuentran, entre otras:

- i) El principio de dignidad humana (art. 1º).
- ii) El principio de solidaridad (art. 1º), que no sólo debe entenderse como expresión de la justicia distributiva aristotélica, sino que también puede llegar a expresar – desde el plano de la responsabilidad – un sustento filosófico y jurídico para determinar cuándo alguien está compelido a indemnizar el perjuicio causado.
- iii) El principio de protección y garantía (art. 2º).
- iv) El principio-derecho a la igualdad (art. 13).



v) La antijuridicidad del daño irrogado (art. 90).

En esta perspectiva, la Constitución y el derecho “viviente” que ella produce, empiezan a desplazar los límites que durante siglos se trazaron entre los derechos público y privado; y por ser la responsabilidad una institución de carácter transversal al derecho, es una de las ramas que con mayor facilidad se vio influida por las transformaciones constitucionales, principalmente en los siguientes aspectos: i) la fundamentación y los elementos de la responsabilidad a la luz de una teoría constitucional moderna, ii) un contenido dogmático y programático de los textos constitucionales que fija el marco de protección de los principales derechos y garantías de los ciudadanos, iii) la identificación de unos derechos fundamentales, que pertenecen a la esencia del ser humano, iv) una fuerte principialística aplicable a diversas instituciones e instrumentos propios de la responsabilidad civil y estatal, v) la calificación de la antijuridicidad del daño irrogado y iv) los límites en el ejercicio del poder público como delimitante de la responsabilidad precontractual, contractual, extracontractual, o por la expedición de actos administrativos.

En otros términos, el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado al ser esencialmente creación de la jurisprudencia, ha estado caracterizado por dos instituciones que le sirven de apoyo sistemático: i) el principio *iura novit curia* y ii) el principio del ‘derecho viviente’.

Ahora bien, la constitucionalización de la responsabilidad, condujo a la constitucionalización de los bienes, intereses legítimos y derechos protegidos por el derecho, y es así como a partir de la segunda mitad del siglo XX, se inicia un proceso transformador en la responsabilidad extracontractual – civil y del Estado – al identificar el daño a la persona como factor determinante en la sistematización de los perjuicios inmateriales distintos al moral, de modo que en el daño a la persona surge la noción de daño corporal.

A este respecto, los ordenamientos de derecho continental tienen dos grandes exponentes que reflejan visiones diametralmente opuestas en cuanto a la identificación de los bienes susceptibles de resarcimiento, es decir, de los derechos que son relevantes para la responsabilidad y, por tanto, devienen indemnizables: por una parte, se encuentra el sistema italiano de corte cerrado en el que el legislador en el artículo 2059 del Código Civil, restringió la indemnización de los daños no patrimoniales a aquellos que se encontraran expresamente en la ley; mientras que la otra cara de la moneda la representa el sistema francés en el artículo 1804 del Código Civil, norma abierta que permite la reparación de todos los daños que se hayan cometido con culpa y se encuentren probados.

Otro caso para destacar es el del ordenamiento jurídico español, en donde el Tribunal Supremo, como lo trae a colación el profesor Ricardo de Ángel Yagüez (Q.E.P.D.) en su Tratado de Responsabilidad, declaró que había lugar a un recurso de casación que se instauró porque no se atendió a un paciente, ya que se había dado la orden de que no se admitiera el ingreso de enfermos por falta de camas libres, lo que implicó el traslado a otro



centro hospitalario a pocos kilómetros, falleciendo el paciente en el trayecto. En esa oportunidad, el Tribunal declaró que “la negación de asistencia médica supone privar de un derecho constitucional, lo que por sí solo es indemnizable”.

Ahora bien, al fenómeno de la constitucionización del derecho, debe sumársele otro de igual importancia, que también ha incidido en la configuración del derecho de daños y de la responsabilidad: la convencionalización del derecho. Tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados se percataron de su capacidad limitada para proteger los derechos de sus ciudadanos, razón por la cual se advirtió la necesidad de crear instrumentos e instancias internacionales, para consagrar no los derechos humanos, sino los mecanismos judiciales para su protección, lo que con el paso de los años dio lugar a una suerte de internacionalización del derecho. Desde esta perspectiva, los Estados ya no sólo deben responder a los cánones de su ordenamiento constitucional interno, sino también a las normas y estándares de los organismos supranacionales.

Hoy no cabe duda de que después de largas batallas jurídicas e incluso políticas, los instrumentos internacionales de consagración y protección de los derechos humanos dejaron de ser meras declaraciones programáticas sin eficacia directa, para convertirse en verdaderas garantías para los derechos de los individuos de aplicación inmediata, es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya adopción y aplicación por parte de los Estados deriva en el denominado “control de convencionalidad”, que hoy se ejerce para salvaguardar la coherencia entre el ordenamiento jurídico interno y las disposiciones de la Convención.

La primera decisión en la que la Corte Interamericana reconoció explícitamente la existencia de este principio fue en la sentencia del 26 de diciembre de 2006, al resolver el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”², en la que se trató el caso de la muerte del profesor y militante del partido comunista Luis Alfredo Almonacid Arellano durante el inicio de la dictadura militar en 1973. En aplicación del control de convencionalidad, la Corte no sólo condenó al Estado chileno a la reparación de los daños sufridos por los familiares de la víctima, sino que también lo exhortó a readecuar sus normas internas sobre amnistía, a las disposiciones de la Convención Interamericana, especialmente las contenidas en el artículo 1.1., toda vez que las existentes iban en contra de los principios de justicia y verdad e impedían la investigación de los delitos cometidos durante la dictadura.

Meses después, la Corte volvería a aplicar el control de convencionalidad en el caso conocido como “trabajadores cesados del Congreso”³, en el cual el Estado peruano reestructuró el Congreso y prohibió demandar las resoluciones mediante la cual se

² Corte Interamericana. Caso Almonacid Arellano y otros, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Se dice explícitamente, por cuanto la Corte aclaró que ya había aplicado el control de convencionalidad en otros pronunciamientos, al reprochar de parte de los Estados miembros la violación de los derechos consagrados en la Convención.

³ Corte Interamericana. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Alfaro y otros), sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.



desvinculaba del servicio a los trabajadores de esa Corporación. La Corte consideró que las normas del derecho interno peruano vulneraban lo previsto en el artículo 1.1. de la Convención, al despojar a los ciudadanos de un mecanismo judicial que les permitiera solicitar la protección de sus derechos.

Ahora bien, los jueces colombianos han encontrado en el ejercicio del control de convencionalidad, un valioso instrumento para: i) hacer aplicables los deberes de protección y garantía del artículo 1º de la CADH y de otras disposiciones de la misma; ii) edificar el juicio de responsabilidad del Estado, en los casos de daño antijurídico causado por agentes estatales cuando son autores de actos reprochables y execrables y iii) cuando resultan aplicables los principios y las reglas de la reparación integral. En las próximas líneas me referiré a este último caso y trataré de explicar cómo a través del ejercicio del control de convencionalidad, los jueces y particularmente el Consejo de Estado, han aplicado el principio de reparación integral para garantizar el derecho a la reparación de las víctimas en todas sus dimensiones, y sobre todo para comprender y poner de manifiesto, que desde el punto de vista semántico y etimológico, hay una gran diferencia entre la indemnización y la reparación integral. Indemnizar es simple y llanamente el resarcimiento de un daño, mientras que la reparación es la satisfacción completa de una injuria u ofensa, es decir, dejar indemne al ofendido.

Aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema ha sido abundante, es necesario precisar que los jueces no siempre actuaron con la vehemencia de estos días. En un comienzo se creía erróneamente que sólo ante hechos excepcionales y extremadamente graves, especialmente cuando se tratara de casos de violaciones de derechos humanos, los jueces podían echar mano de ese principio para reparar a las víctimas. Por fortuna, la labor pedagógica del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, derivó en un mejor entendimiento de la reparación integral, al punto que hoy se acepta sin ambages que, su aplicación procede no sólo ante una grave violación de derechos humanos, sino también cuando se ha vulnerado un derecho fundamental, aun cuando la vulneración no haya ocurrido en un contexto de violaciones masivas a derechos.

En esta evolución de la aplicación del principio de reparación integral en el contexto colombiano, ha jugado un papel singular, el diálogo judicial interamericano, que se ha construido gradualmente entre los jueces nacionales y los organismos internacionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gracias al vínculo que se ha establecido entre ambos sistemas, los jueces nacionales han encontrado herramientas para proteger con mayor eficacia los derechos de los ciudadanos que acuden a la administración de justicia en busca de la reparación de los daños sufridos como consecuencia de las actuaciones del Estado. En ese sentido, el control de convencionalidad ha sido una de esas herramientas, pues ahora el juez debe procurar en la mayor medida posible que sus decisiones se ciñan a los estándares normativos, pero también jurisprudenciales de los órganos de protección interamericanos, podemos decir entonces, en palabras de la profesora Paola Andrea Acosta Alvarado, “que el diálogo interjudicial asegura la consecución de los objetivos con-



stitucionales de protección y, con ello, la efectividad del Derecho Internacional de los derechos humanos”⁴.

A continuación, presentaré algunos ejemplos sobre cómo en el marco de este diálogo interamericano, y especialmente en virtud del ejercicio del control de convencionalidad, se ha dado aplicación al principio de reparación integral específicamente como consecuencia del medio de control de reparación directa.

En esta intervención usaré un tríptico: en primer lugar, me referiré a la reparación integral en materia de derechos humanos; después, la reparación integral de derechos fundamentales y, finalmente, la constitucionalización y convencionalización del derecho de daños en la experiencia de la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana.

En el año 2007⁵, por primera vez el Consejo de Estado hizo una reflexión crítica sobre lo que es la indemnización y lo que es el principio de reparación integral y, frente a ello, desde el punto de vista semántico y etimológico, comprendimos que había una gran diferencia entre la indemnización y la reparación integral. Indemnizar es simple y llanamente el resarcimiento de un daño, cuando desde el punto de vista etimológico y semántico la reparación es la satisfacción completa de una injuria u ofensa, es decir, dejar indemne al ofendido, como ya se dijo.

En ese entendimiento, el Consejo de Estado advirtió con claridad que lo que el juez administrativo venía aplicando era el principio de indemnización que se limitaba simple y llanamente al otorgamiento de sumas de dinero por el quebrantamiento de daños materiales o morales.

Así, frente a la constatación de la violación de derechos humanos, observamos que el criterio pecuniario resultaba insuficiente puesto que la vulneración de los derechos humanos no puede circunscribirse a un aspecto meramente pecuniario, en atención a que se lesionaban una serie de garantías y una multiplicidad de facetas de derechos que no eran de naturaleza económica.

En esa oportunidad, el Consejo de Estado se preguntó, “¿cuál debe ser el papel del Juez de lo Contencioso Administrativo en la aplicación de dichos axiomas?; ¿cómo debe armonizar el principio de “reparación integral” en el ámbito interno?, y ¿qué tanta influencia y fuerza vinculante proyecta en el derecho interno dicho canon reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos?”

Para responder este interrogante, se puso de manifiesto la necesidad que había de interpretar la reparación integral en atención a la naturaleza del daño producido y, con mayor

⁴ P.A. ACOSTA ALVARADO, *El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva*, en *Diálogo entre Cortes*, Luiz Arcaro Conci y Luca Mezzetti editores, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

⁵ Sección Tercera, Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273, C.P. Enrique Gil Botero.



razón, cuando se relacionaba con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Masacre de Ituango*, *Acevedo Jaramillo*, *Comunidad Indígena Samboyamaza* y *Baldeón García*, considerando el numeral 1° del artículo 66 de la Convención Americana, que establece la competencia de dicha Corte para que, una vez constatada la violación de un derecho de esta naturaleza, ordene su reparación íntegra.

En ese entendimiento, el Consejo de Estado pudo apuntar que el principio de indemnización es insuficiente cuando se trata de restaurar la transgresión de derechos humanos. Con el espíritu de esta sentencia fundadora del Consejo de Estado – masacre de Ituango –, se tuvo oportunidad de señalar la cosa juzgada internacional desde el punto de vista material y formal, lo que permitió advertir que, era deber de los jueces colombianos hacer extensiva la aplicación de las modalidades de reparación integral pecuniaria y no pecuniaria que utilizaba la Corte Interamericana, así como de los criterios de la resolución de la ONU en materia de reparación integral, en supuestos de violación de derechos humanos.

En esta sentencia se estableció de manera clara que había medidas de rehabilitación, de satisfacción y garantías de no repetición que obligaban al juez nacional. Y en ese orden, se señaló que los jueces colombianos en el área de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estaban obligados a aplicar, en ese mismo modelo de pensamiento, las diferentes medidas que adoptaba la Corte Interamericana para satisfacer el principio de reparación integral.

En 2008, hubo otro pronunciamiento que permitió hacer una aplicación, ya en una sentencia hito, en un evento en el que la policía torturó, degolló y amputó las manos a cuatro hermanos.

El Consejo de Estado aprovechó esta oportunidad para señalar que el juez de lo contencioso administrativo no está limitado a su función principal, que es el reconocimiento de derechos subjetivos o de indemnizaciones, sino que tiene que ir mucho más allá para satisfacer el principio de reparación integral y llevar a la persona que ha padecido la violación de un derecho humano al *status* previo al quebrantamiento. Se señaló que el juez tiene que asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que el ordenamiento jurídico interno e internacional demandaban. La protección de los derechos humanos es un asunto que traspasa las fronteras del concepto acérrimo y tradicional de soberanía.

Se dijo que los derechos humanos constituyen un *principio* objetivo que antecede al ordenamiento y a la ley positiva, y que es deber del juez protegerlos, pues su existencia no depende de la positivización que hagan los gobiernos de turno. En palabras de Massini, constituirían una broma macabra si se permite que el reconocimiento y el mantenimiento de los derechos humanos dependan de la transitoriedad de los Estados y de los gobiernos.

En esta sentencia, por primera vez el Consejo de Estado dispuso que el Director General de la Policía Nacional de Colombia debía pedir perdón a la familia víctima, en una ce-



remonia, por la muerte y tortura de cuatro de sus integrantes. Y se ordenó que la policía de ese comando impartiera clases de manera pedagógica en los centros comunales de la municipalidad de Tuluá, junto con la publicación de esa sentencia.

Debe advertirse que en la sentencia se señaló que más importante que la implementación de los estándares, era el ejercicio de comprensión hermenéutica; se potencializó el principio de reparación integral frente al principio de seguridad y de congruencia, se maximizó la reparación integral para darle prevalencia sobre el principio de congruencia, pues se sostuvo que aunque quien apeló fue el Estado, el juez podría romper la congruencia y fallar *ultra y extra petita* porque se trataba de una situación que posibilitaba una ponderación o colisión de principios, donde la congruencia tenía que ceder, al igual que la prohibición de la *no reformatio in peius*, cuando se tratara de medidas de naturaleza no pecuniaria, en favor del principio de reparación integral.

Todo lo anterior tenía un fundamento constitucional. El artículo 93 de la Constitución Política colombiana señala la prevalencia de los convenios, tratados y protocolos relativos a derechos humanos en el orden jurídico interno, por ello, ante la grave violación de los derechos humanos es un imperativo categórico del juez procurar la reparación *in íntegram*.

Se profirió una sentencia de 26 de marzo de 2009 que tiene una gran importancia porque aborda el caso de tres campesinos que fueron desaparecidos por un grupo paramilitar que actuó en connivencia con el Ejército⁶. Allí se hicieron consideraciones muy importantes sobre la responsabilidad del Estado por omisión y la posición de garante que asume la fuerza pública cuando dentro de sus roles está la de evitar un resultado y el no hacerlo es tanto como producirlo.

Esa actitud complaciente del Ejército frente a la desaparición de los tres campesinos víctimas del grupo paramilitar permitió al Consejo de Estado, en desarrollo de los conceptos de imputación objetiva y de posición de garante, atribuir la responsabilidad al Estado recordando una de las primigenias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1988, el *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, donde el daño fue cometido por particulares bajo la complacencia o la omisión del Estado.

Igualmente se señaló la visión antropocéntrica del constitucionalismo moderno, donde se hace depender la legitimidad del poder político al respeto y garantía de los derechos humanos. Igualmente, se señaló que en estos casos se debe aplicar la octava Tesis de Alexy, según la cual las leyes que a pesar de ser socialmente eficaces y válidas, si afectan el núcleo esencial de los derechos humanos, no son justas y, por lo tanto, no constituyen derecho.

Este deber de prevenir una violación a los derechos humanos en los términos señalados en el artículo 1º de la Convención Americana permitió que la Fiscalía General de Co-

⁶ Sección Tercera, Sentencia de 26 de marzo de 2009, exp. 17994, C.P. Enrique Gil Botero.



lombia abriera las investigaciones respectivas para obtener la verdad y la declaratoria de responsabilidad como un requisito de la reparación integral de las víctimas.

El citado pronunciamiento cobra importancia en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez que se abordaron los siguientes temas:

a. La responsabilidad del Estado por la omisión de la fuerza pública, en tanto se hizo énfasis en el deber de protección y seguridad que deben cumplir los agentes estatales, así como la posición de garante en la que se hallan los servidores públicos –especialmente los que integran la fuerza pública– cuando el daño se produce dentro de su órbita de dominio, esto es, si pudiendo evitar el daño antijurídico no se adoptaron las medidas idóneas para ello, el resultado deviene imputable fácticamente por omisión.

En el caso concreto, el lugar de producción de los hechos fue a menos de 10 minutos del sitio en donde se encontraba localizado el retén de la fuerza pública y, de otro lado, se trataba de una única vía, razón por la cual, al haber tomado el carro de los delincuentes rumbo hacia Villavicencio, resulta inadmisibles que prevenidos del hecho –tal y como quedó plenamente demostrado– no hubieren evitado la producción del daño antijurídico, es decir, la desaparición forzada de tres campesinos de la zona.

b. La importancia del constitucionalismo moderno a que se refiere Gustavo Zagrebelsky, en donde las cartas políticas adquieren la connotación de antropocéntricas y, por ende, los derechos humanos se erigen en el fundamento de la legitimidad del poder político y público, en palabras del Consejo de Estado señalan que: “... el eje central y pilar fundamental de la organización estatal ya no está radicado en el concepto de “nación”, entendida como ese elemento político abstracto de cohesión, sino en el pueblo así como en las garantías individuales y colectivas de las cuales es titular tanto el individuo (Constitución antropocéntrica) como la sociedad. En consecuencia el gobierno y, en general, las fuerzas de poder se legitiman⁷, en la medida que sean respetuosos y garantes de los derechos humanos, especialmente de los derechos fundamentales del ser humano⁸”.

c. La posibilidad de aplicar, en aquellos eventos en que el juez se enfrente a la violación de derechos humanos, la regla de Radbruch [*leyes que no son derecho y derecho por encima de*

⁷ “Mi octava tesis es que las normas jurídicas debidamente promulgadas y socialmente eficaces que son incompatibles con el núcleo de los derechos humanos básicos son extremadamente injustas y, por tanto, no son derecho. Esta tesis coincide con la famosa fórmula de Radbruch [*leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*]...” R. ALEXANDER, *La institucionalización de la justicia*, Granada, 2005, p. 76.

⁸ “Como acabamos de ver, los derechos fundamentales aparecen como instrumentos que limitan la actuación del poder, desde perspectivas políticas y religiosas. Esto significa que el poder no puede transgredir estos derechos y que su actuación tiene que estar presidida por estas figuras... La actuación y organización del poder no podrá ser contraria a los derechos fundamentales. Estos son límites no sólo en cuanto a la actuación sino también respecto de la organización.” R. DE ASÍS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, 1992, p. 43.

⁹ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.



las leyes], esto es que, excepcionalmente, ante la constatación de la existencia de derecho injusto que enerve la posibilidad de la reparación integral del daño derivado de una violación a derechos humanos, el juez puede inaplicar (v.gr. excepción de inconstitucionalidad) o desconocer el contenido legal, al afirmar que por ser normas injustas no constituyen derecho, con el propósito de obtener el efectivo resarcimiento del perjuicio.

El Tribunal Supremo Alemán, ha reconocido la necesidad de que, en determinados supuestos, el derecho nacional interno tenga que ceder ante la fuerza vinculante de los postulados de justicia y del núcleo esencial de los derechos humanos. Sobre el particular, revisten especial importancia los pronunciamientos proferidos en relación con los casos conocidos como “los centinelas del muro”, en los que se juzgó la responsabilidad penal de los militares y autoridades políticas que ordenaron la muerte de las personas que intentaban cruzar el Muro de Berlín, antes de que se produjera su caída. En relación con la pugna entre las normas internas y el derecho internacional, el mencionado tribunal sostuvo:

“[ante la] agresión abierta e insoportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional, el derecho positivo ha de ceder ante la justicia.”¹⁰

d. Se estableció el deber de prevenir una violación a los derechos humanos, en los términos señalados en el artículo 1º de la Convención Americana de los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Al respecto, el Consejo de Estado, reiteró los argumentos contenidos en uno de los pronunciamientos primigenios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concretamente, la sentencia de 29 de julio de 1988, en el caso Velásquez Rodríguez (vs) Honduras, oportunidad en la que se puntualizó lo siguiente:

““(…) 172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”

A partir de estas sentencias, el Consejo de Estado decidió una serie importante de casos como el del Río Meléndez, donde diez drogadictos fueron llevados por la fuerza pública a orillas de ese río y ahí fueron asesinados por el solo hecho de ser drogadictos. El Consejo de Estado, en la que fue la primera sentencia de unificación proferida por la Sección

¹⁰ Ver: BGHSt 39, 1 (16); 39, 168 (184). Sentencias proferidas en el año 1992 y 1994, en causas penales.



Tercera¹¹, señaló, recordando unas intensas y apasionadas reflexiones de la misma Corporación en pro de la vida, cuyo ponente fue el consejero Carlos Betancur Jaramillo, que nadie puede definir, con fines de exterminio o de perdón, quién es bueno, útil y merece seguir con vida y quién es malo, inútil, desechable, prostituta u homosexual y debe morir. Nadie, y menos la autoridad, porque cuando la autoridad asume ese papel pasa de ser un andamiaje para la protección de la vida, para convertirse en una monstruosa máquina de muerte. En el caso del Río Meléndez se hace una importante referencia a las medidas de justicia restaurativa, las cuales se impusieron en la misma línea de la Corte Interamericana.

En un caso conocido como el de los 12 Apóstoles¹², así denominado por tratarse de una banda criminal que contaba con la participación activa del párroco del pueblo y se dedicaba a asesinar a todas las personas que en su demencial criterio no eran útiles a la sociedad: drogadictos, prostitutas, homosexuales y rateros, se impusieron como medidas de justicia restaurativa, que en la plaza principal de ese municipio se hiciera un monumento alegórico a la vida para que crímenes como estos no vuelvan a repetirse jamás, porque son dignos del pandemónium, e igualmente se ordenó que esa sentencia estuviera inscrita y guardada en la memoria histórica del país.

Lo propio ocurrió en un caso en el que se demostró la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada de siete comerciantes, por la violación de la posición de garante¹³. Por tratarse de hechos que entraban un grave desconocimiento a los derechos humanos, en tanto se perpetró una violación sistemática de delitos de lesa humanidad, en virtud de la desaparición forzada de los familiares de los demandantes, se decretaron medidas de satisfacción, entre ellas, la investigación y sanción de los hechos y la búsqueda exhaustiva de los restos mortales de los desaparecidos, así como la instalación de una placa conmemorativa en la plaza principal del municipio donde ocurrieron los hechos.

En 2013, el Consejo de Estado estudió el caso de un comisionado de paz que fue asesinado por el Ejército en el momento en el que se disponía a entregar 150 millones de pesos a las FARC para que devolviera a una joven plagiada, y cuando el ejército requisó accidentalmente el vehículo y encontró 150 millones, mató al comisionado, a todos sus acompañantes y arrojó los cuerpos a un abismo con el ánimo de ocultarlos¹⁴, el Consejo de Estado condenó, aplicando el artículo 97 del Código Penal en una situación novedosa y en una sentencia de unificación, a pagar el equivalente a 60 mil dólares por cada uno de los reclamantes directos o del núcleo principal de la familia: padres, hijos y esposa. En esta sentencia se señaló que se tenía que crear una cátedra en el ejército con el nombre Alex Lopera

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2011, expediente 19.355. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2013, expediente 25180, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente 29.764, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de septiembre de 2013, expediente 36.460, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



Díaz, comisionado de paz, quien fue el ciudadano que fue sacrificado por un mayor del ejército y el pelotón que tenía a su cargo.

Se impusieron otra serie de medidas y ahí podríamos mirar este aspecto de protección de los derechos humanos que ha construido el Consejo de Estado, siguiendo los lineamientos de la Corte Interamericana, pero creo que ha ido mucho más allá porque ha dicho que, en aras de satisfacer la reparación integral, ésta no tiene que ser solicitada por los actores, porque el juez en la protección de esos derechos puede sacrificar la congruencia y aspectos procesales, comoquiera que en ese ejercicio de hermenéutica constitucional prevalezca la reparación integral sobre aspectos eminentemente procesales.

En sentencia de 9 de julio de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable al Estado, por la masacre de un grupo de personas a manos de grupos paramilitares, en Pichilín, un lejano corregimiento de la costa Caribe¹⁵. En esa oportunidad se demostró el desconocimiento de la posición de garante por parte del Estado, por lo que se aplicó el control de convencionalidad y además, con el fin de reparar integralmente a las víctimas, se ordenó entre otras cosas, la realización de una ceremonia de disculpas públicas, la instalación de una plaza conmemorativa en honor a las víctimas en la plaza principal del corregimiento, además de brindar tratamiento psicológico y psicosocial a cada uno de los demandantes, haciendo especial énfasis en las mujeres, menores de edad y adultos de la tercera edad.

Ahora bien, el principio de reparación integral no sólo ha sido utilizado en graves violaciones de derechos humanos, sino además cuando se trata del quebrantamiento de derechos fundamentales. Es así como el Tribunal Constitucional de la República Alemana, y el Tribunal Constitucional Español han avanzado en la construcción y reconocimiento de las dos dimensiones de los derechos fundamentales, la primera denominada subjetiva que parte del concepto o noción de derecho subjetivo, entendida como una potestad, interés o facultad que se radica en cabeza de un sujeto y le otorga la posibilidad de exigir un determinado deber de conducta de otro sujeto de derecho; la segunda, por su parte, fundamentada en la noción de orden constitucional, entendido como un todo compuesto por principios y valores que irradian el ordenamiento jurídico y las políticas públicas a cargo de la organización estatal.

En efecto, los derechos fundamentales parten de una premisa inicial según la cual existe una relación jurídica sustancial originada en un derecho subjetivo, generalmente de rango constitucional, que otorga a la persona la garantía de solicitar del Estado un específico comportamiento o de abstenerse de realizar alguna actividad, o también el suministro de determinada prestación (derechos prestacionales o sociales). No obstante lo anterior, se ha reconocido de manera reciente la existencia de una dimensión objetiva en la que juega el derecho fundamental no referido a una relación jurídica particular, sino inmerso en el ordenamiento jurídico.

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 9 de julio de 2014, expediente 44333, C.P. Enrique Gil Botero.



Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido:

“Como consecuencia de este doble carácter de los derechos fundamentales pende sobre los poderes públicos una obligación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone una obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; y en su vertiente jurídico – objetiva, reclaman genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos.”¹⁶

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, pionero en la materia, señaló en la famosa sentencia Lüth de 1958, lo siguiente:

“Sin duda los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar ante todo la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado...

“Igualmente es cierto que la ley fundamental, que no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral, en su capítulo sobre derechos fundamentales, ha incluido también un orden de valores objetivo que implica, en principio, un fortalecimiento de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, debe ser válido para todas las esferas del derecho...”¹⁷

A nivel interno, desde la sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional, se reconoció la existencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cuando se estableció que esta última faceta de los mismos se entronizaba con la estructura y funcionalidad del poder público, en la medida que la fuerza vinculante del derecho fundamental se desplaza o traslada de la órbita subjetiva y particular, para otorgar un carácter vinculante en relación con la estructura del poder público.

La finalidad de la dimensión objetiva consiste en que otorga una nueva finalidad y esencia de los derechos constitucionales fundamentales, ya que no sólo permite que sean entendidos como una relación bilateral en el que se solicita del aparato estatal una acción, abstención o prestación en relación con un individuo determinado, sino que se proyecta la fuerza vinculante del derecho con los principios, valores y reglas constitucionales lo que hace que las autoridades públicas tengan en cuenta las garantías fundamentales a la hora de establecer políticas, así como en la aplicación del principio de precaución o prevención.

¹⁶ STC, sentencia 53 de 1985.

¹⁷ Cita extraída del artículo “La protección de los derechos fundamentales frente a los particulares”, cuyo autor es el investigador Diego Valdés del Instituto de de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



En un caso donde un médico procedió a hacerle una cesárea a una joven mujer bajo el convencimiento de que se trataba de un embarazo de feto único en posición transversa, pero se trataba de trillizas de solo 24 semanas de gestación que murieron a los pocos minutos. El Consejo de Estado dijo: “aquí aunque solo se pide la protección de derechos subjetivos, económicos, hay que mirar la dimensión objetiva del derecho fundamental a la salud”.

Recordó el *caso Lüth* del Tribunal Constitucional alemán de 1958 y dijo: “el juez no es un convidado de piedra frente a la violación de valores y principios constitucionales” y en ese orden, aunque no se había pedido, se ordenaron medidas de justicia restaurativa y se dispuso una medida de no repetición para que se enviara a todas las E.P.S. de Colombia copia de esa sentencia, a efecto de que no se volviera a repetir una situación de esa naturaleza.

Igualmente, en el caso de una privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado —luego de hacer una ponderación sobre la libertad como principio y valor, — condenó e igualmente impuso una serie de medidas de justicia restaurativa a cargo del Estado, entre ellas pedir perdón a la familia de la víctima, quien al ser injustamente sometido a un proceso penal por la muerte de su esposa dejó sus siete hijos expuestos al escarnio de la comunidad¹⁸. De igual forma, con ocasión de los mismos hechos, en sentencia proferida el 20 de octubre de 2014¹⁹, el Consejo de Estado declaró responsable al Estado por la muerte de la cónyuge de la víctima, y a título de reparación integral ofició a la Fiscalía General de la Nación, para que iniciara las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal y los demás presuntos responsables de los hechos en los que murió la madre de las menores. Además, ordenó que con cargo al presupuesto de las entidades condenadas, se realizará un convenio interadministrativo con las facultades de sociología, psicología e historia de varias universidades de Colombia, para realizar un completo estudio psicosocial con el fin de determinar la incidencia y repercusión de los hechos ocurridos el 6 de octubre de 1994 en la familia de la señora María Antonia Castaño Galvis, a partir de su homicidio.

En el campo de los derechos fundamentales, la colocación de un dispositivo intrauterino para control de natalidad a una joven de 24 años le generó una infección pélvica. Esa infección desencadenó la necesidad de una anexohisterectomía total y ahí el Consejo de Estado fue mucho más allá y dijo: “en atención a medidas de justicia restaurativa, no solo protegemos la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, sino también la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales y, aunque no lo pidan las partes, es deber del juez dejar de lado la naturaleza de justicia rogada, porque la naturaleza óptica del juez precisamente lo obliga a preservar, mantener y proteger la filosofía y los valores de la Constitución”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, radicación: 18.960 Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, radicación: 29.979, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



Entonces, no se reduce la reparación integral a un aspecto económico o pecuniario, sino a otro tipo de medidas que en el campo de los derechos humanos buscan el restablecimiento del núcleo duro del derecho y en el área de los derechos fundamentales protegen la dimensión objetiva o la dimensión subjetiva de los mismos.

Finalmente, hay un aspecto que ya se mencionó en párrafos precedentes, pero en el que quisiera ahondar por el interés que reviste, y tiene que ver con la tipología del perjuicio, pero no de los perjuicios materiales, sino los inmateriales, que es donde se presentan las dificultades.

En Colombia, hasta el año 1992 se reconocían únicamente los perjuicios morales y aquí se reconducían —como en una especie de agujero negro— todos los bienes de contenido inmaterial que estaban en la Constitución: el honor, el derecho a la familia, al buen nombre, todo se calificaba como moral. En ese año se dio un gran paso y se empezó a hablar del perjuicio fisiológico como un perjuicio inmaterial diferente al moral; sufrió unas transformaciones porque se le llamó en un momento determinado “alteraciones de condiciones de existencia”, en otro, “daño a la vida de relación”.

Hoy, en virtud de dos sentencias de unificación o sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, se señaló una nueva tipología del perjuicio. Se dejaron de lado esas mega categorías o tipos abstractos, como era el “daño a la vida de relación” y las “alteraciones de condiciones de existencia”, porque ahí cabía cualquier contenido de naturaleza inmaterial.

En ese entendimiento, esos mega estancos o compartimientos abiertos iban contra la naturaleza misma del perjuicio inmaterial y entonces se empezó, en esas sentencias, a hablar de daño corporal y el derecho a la salud como un derecho fundamental, que desde 1950 es reconocido en los diferentes instrumentos y tratados internacionales, y en el caso nuestro, en el artículo 49, ese derecho fundamental es un derecho constitucional.

El constitucionalismo moderno tiene a la persona como eje del ordenamiento, y entonces ya no se habla de daño en abstracto, se categoriza en de daños a las cosas y daño a la persona, y en el daño a la persona está inmerso el daño corporal, y en éste se va a anclar, no el concepto de daño-consecuencia, sino de daño-evento, toda vez que no se va a indemnizar, por ejemplo, las consecuencias de una anexohisterectomía desde el punto de vista funcional, anatómico, sexual, psíquico, etc., sino la salud en su dimensión de daño-evento y no de cada una de las secuelas, porque el daño corporal precisamente es la afectación exógena o endógena a cualquier parte de la geografía del cuerpo.

Lo anterior nos permitió hablar de la afectación a bienes constitucionales y hablar de la salud como un bien constitucional, y dejar de lado la mega categoría abierta que significaba el daño a la vida de relación.

De ahí que cuando los tribunales *a-quo* han dictado sentencias condenando por daño a la vida de relación o alteración de condiciones de existencia, el Consejo de Estado las ha



modificado, ¿para qué? para condenar por un bien constitucional determinado: el derecho a la familia, el derecho al buen nombre, el derecho al honor, el derecho a la salud, etc.

Para finalizar quiero poner de presente que la experiencia en Colombia en materia de reparación integral ha alcanzado un grado de madurez en el que hoy día todos los jueces administrativos, en virtud de las sentencias de unificación, vienen aplicando los mismos lineamientos que la Corte Interamericana en Derechos Humanos, esto es, ejercen el control de convencionalidad difuso, como también respecto de los derechos fundamentales y se ha dado aplicación a lo que hoy denominamos la “constitucionalización y convencionalización del derecho de daños”, que sin lugar a dudas es uno de los grandes retos del derecho moderno, así como lo es el uso del lenguaje, el problema de las fuentes, la misma convencionalización del derecho. Se ha acercado la responsabilidad a la Constitución para no permitir tipos abiertos que desnaturalizan la finalidad y la razón misma de la institución de la responsabilidad que es la reparación integral, como también lo propio se ha hecho con el control de convencionalidad.