

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciseis (2016).

Radicación: 68001-23-31-000-2006-01051-01 (39.347)

Actor: ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ Y OTROS

Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Contenido: Descriptor: Lesiones personales ocasionadas a menor de edad al pisar por mina antipersonal dejada por grupo subversivo / **Restrictor:** Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado - Responsabilidad del Estado por minas antipersonal – observancia del Estado de las normas constitucionales, tratados y convenios internacionales - El concepto de víctima en el conflicto armado - Medidas de reparación no pecuniarias.

Decide la Subsección C, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 24 de junio de 2010, dando aplicación a la prelación de fallo establecida en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

El día 10 de febrero de 2006, presentaron demanda¹ los señores Onofre Zafra Sánchez (Víctima directa) y Hugo Zafra (padre), quien representa a la menor Ana Delia Zafra Sánchez (hermana), quienes por intermedio de apoderado reclaman los perjuicios ocasionados por las lesiones sufridas por el joven Onofre Zafra, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

*“ **LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA** (Ejército Nacional) es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden ocasionados a los demandantes a consecuencia de las graves lesiones ocasionadas al joven **ONOFRE***

¹ Fls. 20-47 C.1

ZAFRA, en hechos ocurridos en la Vereda San Carlos del Corregimiento El Paujil, comprensión municipal de Matanza (Santander), el 11 de febrero de 2014.

Daño emergente:

LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA (Ejército Nacional) pagará al joven **ONOFRE ZAFRA** la indemnización por daño emergente que corresponda, en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso o que surja de la liquidación posterior a la sentencia genérica o que emerja de la aplicación del principio de Equidad.

Este perjuicio está dado por el costo del tratamiento que necesitó y que necesite el demandante **ONOFRE ZAFRA** para recuperar su salud, más allá de la mutilación irreversible sufrida y mejorar sus condiciones de vida afectadas por las graves lesiones que padeció, incluyendo aspectos como: atención psicológica, médica, general o especializada, cirugías, fisioterapias, exámenes, medicamentos, aparatos ortopédicos (...) la cuestionada exigencia, en la suma de **CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000)**

Lucro cesante:

LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA (Ejército Nacional) pagará al joven **ONOFRE ZAFRA** la indemnización por lucro cesante que corresponda, en la cuantía que se establezca en el proceso o que surja de la liquidación posterior a la sentencia genérica o que emerja de la aplicación del principio de Equidad.

Estimo este perjuicio en **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000)** hasta la fecha de la demanda (indemnización, vencida, debida o consolidada) de conformidad con el art 20, num 1 y 2 del C. De P.C., pues únicamente han transcurrido 23 meses desde la fecha de los hechos. (...)

Pero la liquidación total y definitiva del lucro cesante, es decir, contando no sólo la indemnización vencida, debida o consolidada entre la fecha de los hechos y la fecha de la demanda, sino también la futura o anticipada, o sea, la transcurrida entre la fecha de la demanda y el fin de la supervivencia probable (...)

DAÑOS Y PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES:

Daño moral subjetivo:

LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA (Ejército Nacional) por concepto de compensación por el daño moral subjetivo, pagará al actor principal **MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES**, y a su padre y su hermana menor la suma de **QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES**. Este perjuicio está dado por la enorme y grave agresión a los derechos subjetivos a la integridad psico-física, la tranquilidad y estabilidad familiar, el trabajo, etc, padecida por la víctima y su núcleo familiar.

Perjuicio fisiológico:

LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA (Ejército Nacional) indemnizará, o cuando menos compensará, el llamado perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación sufrido por el joven **ONOFRE ZAFRA** en la cantidad de **MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES**.

Este daño o perjuicio se deriva de los daños físicos irreversible con los que tiene que convivir el actor por el resto de su vida y que le impiden desplegar a plenitud diversas actividades inherentes a una vida normal (correr, jugar, saltar, bailar, etc).”

2. Hechos

Como fundamento de las pretensiones, los demandantes expusieron los siguientes hechos, que la Sala sintetiza así:

El joven ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ, el día 11 de febrero de 2004 en hechos acaecidos en la finca La Quinta, Vereda San Carlos del Corregimiento de Paujil, comprensión municipal de Matanza (Santander), en momento en que se dedicaba a la búsqueda de unos terneros, pisó una mina antipersonal colocada por las fuerzas insurgentes. Producto del estallido de la mina el joven Zafra sufrió amputación de su pierna derecha y otras lesiones corporales

3. Actuación procesal en primera instancia

Mediante auto del 17 de marzo de 2006, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda², siendo notificada por aviso el 7 de mayo de 2007³.

El 27 de junio de 2007, el apoderado de la parte demandada presentó escrito de contestación⁴, señalando que se opone a las pretensiones y pide que no se acceda a las mismas pues “*el Ejército Nacional a través del Batallón de Infantería No. 14 RICAURTE ha ejercido durante décadas control operacional en el área general del Municipio de Matanza, zona de gran influencia de organizaciones narcoterroristas con el EPL, ELN y las FARC*”. Propuso como excepciones inimputabilidad del daño sufrido por las partes demandantes a la persona pública accionada y el hecho de terceros.

El 19 de diciembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Santander, procedió a dar apertura a la etapa probatoria⁵.

² Fls. 49-50 C.1

³ Fl. 54 C.1

⁴ Fls. 56-70 C.1

⁵ Fl.84-87 C.1

Por auto de fecha 1 de julio de 2008⁶, se ordenó correr traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión, al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor.

4. Alegatos de conclusión en primera instancia

El 23 de octubre de 1998⁷, el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de todo lo actuado desde el escrito del 17 de enero de 2008 por no haberse pronunciado sobre unas pruebas pedidas por la parte demandante y se adicionó al auto de pruebas las solicitadas en los numerales 10 y 13 del acápite de las pruebas de la demanda.

En escrito del 11 de mayo de 2010⁸ la apoderada de la parte demandada Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, presentó escrito de alegatos de conclusión, en donde reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y además indicó que los pobladores de la región conocían de la labor intensa y continua del Ejército Nacional en la actividad de desminado y destrucción de minas que es el modus operandi de las organizaciones narcoterroristas, hecho que exigía que la población debía estar alerta a nuevas arremetidas, informar y buscar protección de la fuerza pública.

De otra parte, el accionante presentó escrito de alegatos 11 de mayo de 2010⁹, en donde relacionó el material probatorio del proceso y sostuvo que apoya sus pretensiones en sentencia del 13 de junio de 1996 del Tribunal Administrativo de Santander que fue confirmada por esta Corporación en unos hechos similares y de la cual concluyó que se dan los elementos para endilgar responsabilidad a la entidad demandada en donde resultó víctima inocente un tercero.

El Ministerio Público guardó silencio.

5. Sentencia del Tribunal

⁶ Fl. 201 C.1

⁷ Fls. 210-214 C.1

⁸ Fls. 262 - 268 C.1

⁹ Fl. 269 - 275 C.1

El Tribunal Administrativo de Santander¹⁰ mediante sentencia del 24 de junio de 2010 denegó las pretensiones de la demanda.

Para tomar esta decisión, el *A quo* consideró lo siguiente:

“Así siguiendo la línea jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado, el hecho de un tercero es causal de exoneración de responsabilidad cuando se quiere imputar la misma por falla en el servicio, por lo que bajo este entendido las pretensiones de la demanda habrán de ser negadas, ya que esta fue la consecuencia directa y causa originaria de los daños que se alegan en la presente demanda”

6. El recurso de apelación y actuación en segunda instancia.

Contra lo así decidido se alzó la parte demandante mediante escrito presentado el 6 de julio de 2010¹¹. El apoderado expuso los mismos puntos señalados en los alegatos de conclusión, en donde reiteró el antecedente jurisprudencial del Consejo de Estado por el estallido de una mina antipersonal genera responsabilidad del Estado por el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas o por el riesgo excepcional e indicó las pruebas obrantes en el proceso que en su criterio endilgan responsabilidad a la entidad demandada. Por lo tanto, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia.

El 23 de julio de 2010¹², el Tribunal concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

En auto del 22 de noviembre de 2010¹³, se admitió por esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Mediante auto del 13 de diciembre de 2010¹⁴, esta Corporación corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos finales y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor.

¹⁰ Fls. 276 - 285 C. Ppal

¹¹ Fls. 288-290 C. Ppal. Sustentación ampliada a Fls. 292 – 299 C. Ppal

¹² Fl. 291 C. Ppal

¹³ Fl. 305 C. Ppal

¹⁴ Fl. 307 C. Ppal

La accionada mediante escrito del 25 de enero de 2011¹⁵, presentó sus alegaciones finales reiterando lo expuesto en otras instancias procesales.

El Ministerio Público, guardó silencio en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 24 de junio de 2010, en la cual se negó las súplicas de la demanda.

Lo anterior, teniendo en cuenta que a la fecha de la presentación de la demanda 10 de febrero de 2006, la cuantía exigida para que un proceso fuera de doble instancia según la Ley 446 de 1998, debe exceder los quinientos salarios mínimos legales (500) y que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a 1000 SMLMV por concepto de perjuicios morales en favor de cada uno de los actores, superando este valor el exigido para que el proceso sea de dos instancias.

2. Aspectos procesales previos.

Previo a examinar cada uno de los aspectos procesales mencionados, la Sala señala que en esta providencia se da continuidad a la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, en la que se determinó con alcance en la *ratio decidendi* que en las víctimas del conflicto armado en Colombia puede que “como sujetos de debilidad manifiesta, queden en muchos casos en la imposibilidad fáctica de acreditar” las vulneraciones a sus derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario en su contra y a su dignidad humana,

¹⁵ Fls. 308 - 321 C. Ppal

especialmente “cuando no se ha llevado una investigación seria por parte de las autoridades competentes, lo cual se traduce en una expresa denegación de justicia”¹⁶, o en términos convencionales, no resulta eficaz el recurso judicial invocada contradiciendo los mandatos expresos de los artículos 1.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos [incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 16 de 1972].

Con base en el imperativo convencional¹⁷ y constitucional de la tutela judicial efectiva, del pleno y eficaz acceso a la administración de justicia, y siguiendo lo sostenido en la sentencia de Sala Plena citada, el “juez administrativo, consciente de esa inexorable

¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp.44 y 45 (Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, No.35). “[...] Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que <<se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”>> [Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987]. Se trata de la afirmación, en el sistema interamericano de derechos humanos, del principio del derecho internacional público <<de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos>> [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-9/87, de 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en Estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos), párrafo 24: “El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención “los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (**Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares**, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente)”. Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”].

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, ob., cit., pp.47 y 48. “[...] Al respecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana considera que el “acceso a la justicia constituye una norma imperativa del Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados”, pues lo contrario sería tanto como considerar a los principios y normas del sistema universal y del sistema interamericano de protección de derechos humanos como proclamas retóricas carentes de vincularidad jurídica que dejarían inerte a su titular cuando sus derechos le sean conculcados, algo inaceptable en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho”.

realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas¹⁸.

En dicha comprensión debe integrarse y armonizarse, según la Sala, lo consagrado en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, ya que según la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, dicha norma “permite <<cualesquiera otros medios de prueba que sean útiles para el convencimiento del juez>> tengan la capacidad de acreditar los hechos objeto del proceso y, por lo tanto, sin tener una tarifa legal¹⁹ podrá acudir a los medios de prueba que crea pertinentes para establecer los hechos de relevancia jurídica del proceso”.

Por lo tanto, la Sala de Sub-sección al encontrar que en el presente asunto se pueden haber concretado vulneraciones a derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, como juez de convencionalidad y contencioso administrativo adecuará los criterios, medios e instrumentos de prueba a los estándares convencionales para garantizar la tutela judicial efectiva, o pleno y eficaz acceso a la

¹⁸ Sección Tercera, Sala Plena, unificación, sentencia de 28 de agosto de 2014, expediente 32988. “[...] Lo anterior resulta razonable y justificado, ya que en graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, pues en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de daños la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios. Esta postura resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos [sic], que al respecto ha señalado que en casos de responsabilidad por violación de derechos humanos, el juez goza de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba [...] Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en casos de violaciones a derechos humanos es el Estado quien tiene el control de los medios para desvirtuar una situación fáctica: <<a diferencia del derecho penal interno en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio>> [Se remite a los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: sentencia del 6 de julio del 2009, caso Escher y otros vs. Brasil, párr. 127; sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 135; sentencia del 28 de enero del 2009, caso Ríos y otros vs. Venezuela, párr. 98; sentencia del 3 de abril del 2009, caso Kawas Fernández vs. Honduras, párr. 95].”

¹⁹ Según Taruffo “El juzgador ya no está obligado a seguir reglas abstractas: tiene que determinar el valor de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional. Esa valoración tiene que hacerse caso por caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables. La idea básica es que esta clase de valoración debe conducir al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto del litigio sobre la única base del apoyo cognitivo y racional que ofrecen los medios de prueba disponibles”. TARUFFO, Michele, *La prueba*. Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 135

administración de justicia²⁰, dando prevalencia a las garantías materiales por sobre el excesivo rigorismo procesal²¹.

3. Problema jurídico

¿Del acervo probatorio se puede concluir que concurren los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos causados a los demandantes como consecuencia de las lesiones sufridas por el joven ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ, al pisar una mina antipersonal, o si por el contrario, se acreditaron los elementos necesarios para estimar configurada la causal eximente de responsabilidad - hecho de un tercero?

4. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, ob., cit., pp.42 y 43. “[...] 15.1.- *El derecho de acceso a la administración de justicia, o tutela judicial efectiva, tiene una dimensión que no se agota sólo como regla jurídica, determinadora del accionar de la justicia y sus agentes o, sino que es necesario concebirlo desde otra perspectiva, teniéndolo en consecuencia, como un claro e inobjetable mandato de optimización que implica que la administración pública de justicia debe procurar la eficacia de su protección, y no su simple instrumentalización dentro del modelo del constitucionalismo contemporáneo*”.

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, ob., cit., pp.45 y 46. “[...] *En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz considera que la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos, esto es, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas [teniendo en cuenta que lo sustancial no la existencia de los recursos judiciales o procesales, sino su eficacia para resolver una situación o circunstancia específica ya que no todos los que operen puedan estar destinados a cumplir o cubrir la misma, luego sería inane exigir eficacia alguna]. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos jurisdiccionales y de los recursos procesales que se adelanten por las autoridades judiciales es deber indiscutible la preservación de las garantías de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos*”.

tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”²².

Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, “durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder”²³. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “no” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz, efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva²⁴.

²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

²³ GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Administración Pública*. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8. “En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular”.

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 229 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos²⁵ y del derecho internacional humanitario, bien sea que se

²⁵ Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la

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

Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “*pro homine*”²⁶, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos²⁷. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación²⁸.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²⁹ de la responsabilidad del Estado³⁰ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de

Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

²⁶ En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46. Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”.

²⁸ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. En la jurisprudencia constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Postura que fue seguida en la

los administrados³¹ y de su patrimonio³², sin distinguir su condición, situación e interés³³. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”³⁴. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³⁵; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”³⁶.

De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen

sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

³¹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”.

³² Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”.

³³ Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

³⁴ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

³⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”.

³⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”³⁷. La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³⁸ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁹ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁴⁰, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar

³⁷ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. “Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Puede verse también Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

³⁹ Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes 10948-11643. Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 1993. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002.

⁴⁰ MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213. “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”.

la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012⁴¹ y de 23 de agosto de 2012⁴².

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁴³, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado⁴⁴ según la cláusula social así lo exigen”⁴⁵.

⁴¹ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

⁴² Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁴³ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927. “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22. “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones –equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto].

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴⁶, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴⁷. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴⁸.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁴⁹. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la

⁴⁶ KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “*La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública*”.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. El “*otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados*”.

⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7. “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”.

⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss. “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”.

simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁵⁰.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁵¹. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad⁵², donde será determinante la magnitud del riesgo⁵³ y su carácter permisible o no⁵⁴. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵¹ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵² FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26. “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma” [subrayado fuera de texto].

⁵³ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.103. “[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”.

⁵⁴ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁵⁵.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación [desde la perspectiva de la imputación objetiva] a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵⁶ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵⁷ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁵⁸.

⁵⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁵⁶ ALEXU, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación”.

⁵⁷ ALEXU, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64. “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”.

⁵⁸ ALEXU, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁵⁹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁶⁰. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro [situación de peligro generante del deber] y no le presta ayuda [no realización de la acción esperada]; posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano [capacidad individual de acción]. La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁶¹.

HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁵⁹ CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31. Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”.

⁶⁰ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. A lo que se agrega por el mismo precedente: “*En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir*”

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”⁶².

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁶³, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe

*por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe)*. 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss). JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”.*

⁶² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁶³ LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23. “La profesora BELADIEZ

llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁶⁴, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁶⁵.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁶, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶⁷, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o

comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”.

⁶⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

⁶⁵ MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308. “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”.

⁶⁶ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁶⁷ MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211. Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera *“en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”*⁶⁸.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁶⁹ que permita la mejora o la

⁶⁸ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. *“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”*.

⁶⁹ PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.174. “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, no.4, 2000, p.307.

optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad⁷⁰), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el “*verbo precavere implica aplicar el prae al futuro –lo que está por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*”⁷¹. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”⁷². Entendida la precaución como principio⁷³, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico⁷⁴ “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para

⁷⁰ “La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad”. BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.560.

⁷¹ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3

⁷² BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

⁷³ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

⁷⁴ SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas⁷⁵. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁷⁶, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

Antes de abordar el estudio de los fundamentos de la responsabilidad y su acreditación para el caso en concreto, debe tenerse en cuenta que en esta providencia la Sala ejerce un control de convencionalidad en los siguientes términos. Aunque no se debate el daño antijurídico debe incluirse dentro del análisis como elemento indiscutible del instituto de la responsabilidad, el cual se encuentra acreditado con las pruebas aportadas y allegadas.

Antes de abordar el estudio de los fundamentos de la responsabilidad y su acreditación para el caso en concreto, debe tenerse en cuenta que en esta providencia la Sala ejerce un control de convencionalidad en los siguientes términos. Aunque no se debate el daño antijurídico debe incluirse dentro del análisis como elemento indiscutible del instituto de la responsabilidad, el cual se encuentra acreditado con las pruebas aportadas y allegadas.

4.1 Presupuestos del daño antijurídico.

4.1.1. La noción de daño en su sentido general.

⁷⁵ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob., cit., p.5.

⁷⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 National Farmers Union y otros; asunto C-180/96 Reino Unido c. Comisión; asunto C-236/01 Monsanto Agricultura Italia: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”⁷⁷.

Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual⁷⁸. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto⁷⁹⁻⁸⁰, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia”⁸¹.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir

⁷⁷ MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

⁷⁸ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”., ob., cit., p.507.

⁷⁹ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

⁸⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

⁸¹ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización⁸². De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual⁸³.

4.1.2. La noción de daño antijurídico.

Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural], a la esfera de actividad de una persona jurídica [carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁸⁴ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del

⁸² CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée"., ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado "lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta".

⁸³ HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

⁸⁴ PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en *Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No.4, 2000, p.185. "[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". MARTIN REBOLLO, Luis. "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas", en BADELL MADRID, Rafael (Coord). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA)*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: "¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del

daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁸⁵; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”⁸⁶; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁸⁷, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos⁸⁸; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁸⁹, o de la cooperación social⁹⁰.

mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.

⁸⁵ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁸⁶ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁸⁷ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.

⁸⁸ MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

⁸⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

⁹⁰ RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”⁹¹. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁹².

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad

general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”.

⁹² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

(Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁹³.

Se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece⁹⁴.

⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.298.

⁹⁴ HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203. “[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo [...] Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” [...] La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido [...] La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirlo de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁹⁵. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁹⁶, anormal⁹⁷ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁹⁸.

4.1.3. El daño antijurídico en el caso en concreto.

Se encuentra probado que el día 11 de febrero de 2004 el joven ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ, sufrió lesiones cuando pisó un mina antipersonal en la Vereda San Carlos del Corregimiento de Paujil, Municipio de Matanza (Santander), explosión que le ocasionó que le amputaran parte de su pierna derecha y múltiples heridas por la onda explosiva, tal y como lo constata la historia clínica levantada por el Hospital Universitario Ramón González Valencia⁹⁹, el Dictamen¹⁰⁰ Médico Legal de Lesiones del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizado en la ciudad de Bucaramanga el 18 de febrero de 2004 y como lo constatan las certificaciones expedidas el 13¹⁰¹ y el 29 de febrero de 2004¹⁰² por el Alcalde del Municipio de Matanza (Santander)¹⁰³ y por la Personera Municipal, respectivamente.

Documentos de los cuales se resalta lo siguiente:

⁹⁵ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”.

⁹⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁹⁷ Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

⁹⁸ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

⁹⁹ FI. 7 C.1

¹⁰⁰ FL. 156 C. 1

¹⁰¹ FI. 18 C. 1

¹⁰² FI. 19 C. 1

¹⁰³ FIs. 55- 56 C. 1

a) Historia clínica No. 19667676 - Registro Individual de Atención - Epicrisis¹⁰⁴ realizado por el Hospital Universitario Ramón González Valencia, correspondiente al usuario Onofre Zafrá Sánchez de 16 años, de donde se destaca:

<i>“Fecha y hora de ingreso</i>	<i>Día 11 Mes 02 Año 2004</i>	<i>Hora 10:39</i>
<i>(...)</i>		
<i>Fecha y hora de egreso</i>	<i>Día 19 Mes 02 Año 2004</i>	<i>Hora 8:00</i>
<i>(...)</i>		
<i>Diagnóstico de ingreso</i>	<i>Múltiples Heridas x onda explosiva</i>	
<i>Diagnóstico de egreso</i>	<i>Amputación de 1/3 distal MID</i> <i>Traumas de arteria Poplitea</i>	

DESCRIPCIÓN DE LA ATENCIÓN

Pte de 16 a. (...) que ingresa a la inst., luego de sufrir múltiples heridas en (...) y superiores con predominio MID, se realiza amputación (...) de MID + Arteriografía de MII encontrándose espasmo arterial no lesión vascular, se traslada a 9no piso donde Cx G/ral, le dan de alta, luego se traslada a 7mo para Cx muñón por ortopedia (...) Pte estable (...) a febril, con muñón y heridas por esquirlas en buen estado, no signos de infección se decide dar salida (...) y cita de control.”

b) Dictamen¹⁰⁵ Médico Legal de Lesiones del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses efectuado en Bucaramanga el 18 de febrero de 2004 al examinado Onofre Zafrá Sánchez, que en el relato de los hechos dice:

“EXAMINADO EN EL HURGV EL DIA 17 II 04 REFIERE LESIONES CON “UNA MINA QUIEBRAPATAS”
(11 II 04)
AL EXAMEN PRESENTA:
- VENDAJE COMPRESIVO EN ANTEBRAZO Y MANO DERECHAS(SIC) QUE NO ES PRUDENTE REMOVER.
- AMPUTACIÓN DE PIERNA DERECHA A NIVIEL DE SU TERCIO SUPERIOR.
- VENDAJE COMPRESIVO A NIVIEL DEMIEMBREO(SIC) INFERIOR IZQUIERDO QUE NO ES PRUDENTE REMOVER.
REVISADA LA HISTORIA CLINICA FIGURA COMO DIGNOSTICO: AMPUTACION TRAUMATICA PIERNA DERECHA, HERIDA POR ARMA DE FUEGO MULTIPLES.

- MECANISMO CAUSAL : P.A.F INCAPACIDAD MEDICO LEGAL: PROVISIONAL, 45 (CUARENTA Y CINCO) DIAS.
- SE ANTICIPAN SECUELAS DE CARÁCTER PERMANENTE: DEFORMIDAD FISICA QUE AFECTA EL CUERPO, PERTURBACIÓN FUNCIONAL DEL ORGANO DE LA LOCOMOCIÓN.”

c) Certificación expedida el 13 de febrero de 2004¹⁰⁶ por el Alcalde del Municipio de Matanza (Santander), donde hace constar:

¹⁰⁴ Fl. 7 C. 1

¹⁰⁵ FL. 156 C. 1

“ Que el joven ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ menor de edad, fue víctima de una mina antipersonal, en la vereda san Carlos del corregimiento el Paujil jurisdicción del Municipio de Matanza, hechos ocurridos el día 11 de febrero de 2004 a las 7:00 de la mañana, dentro del conflicto armado”

d) Certificación expedida el 29 de febrero de 2004¹⁰⁷ por la Personera Municipal de Matanza (Santander), donde hace constar:

“Que el señor ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ identificado con el REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO número 19667676, de la Notaría única de Rionegro Santander; resultó herido el día once (11) de febrero de dos mil cuatro (2004) en la vereda de San Carlos del corregimiento el Paujil, jurisdicción de este municipio, víctima de una Mina Antipersonal, en el Marco del Conflicto Armado Interno atentado terrorista, en el marco del conflicto armado interno, por motivos ideológicos y políticos, efectuado presuntamente por grupos al margen de la ley. (...)”

Antes de analizar la imputación en el caso en concreto la Sala examina el alcance de las obligaciones convencionales y constitucionales en cabeza del Estado para determinar la responsabilidad en este tipo de asuntos.

5. Sujeción del Estado a las normas constitucionales y control oficioso de convencionalidad¹⁰⁸.

5.1. Normas constitucionales.

Bajo la configuración del Estado Social de Derecho¹⁰⁹ que se da con base en la Carta Política de 1991, el Estado es el principal protector y está en su cabeza el cumplimiento

¹⁰⁶ Fl. 18 C. 1

¹⁰⁷ Fl. 19 C. 1

¹⁰⁸ Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

¹⁰⁹ HELLER, Hermann. “¿Estado de derecho o dictadura?”, en *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 283. Como ya se anotó, este artículo fue originalmente publicado en *Die Neue Rundschau (El nuevo panorama)* (Berlín, Fischer, 1929). El concepto de Estado de derecho perteneció hasta la Primera Guerra Mundial al acervo común de ideas del derecho europeo. “[...] Como reivindicación no era discutido ni aun allí donde, ya en un todo ya parcialmente, no se le había reconocido o llevado a la práctica. Hasta la revolución bolchevique, incluso los grandes partidos socialistas interpretaban la dictadura marxista del proletariado en un sentido más o menos democrático y de Estado de derecho [...]”. Sin embargo, sostiene HELLER, esta situación ha cambiado sustancialmente (1929): las amenazas de la dictadura ante las debilidades del Estado de derecho son ostensibles. Las amenazas fascistas y del comunismo desbocado en Rusia son en sí mismas dictaduras contrarias a la democracia y al Estado social de derecho. HELLER veía con preocupación cómo incluso el mismo modelo de los bolcheviques había resquebrajado el concepto de Estado de derecho. “[...] La dictadura bolchevique, que no ha hecho en

de los deberes positivos de respeto a los derechos constitucionales fundamentales, teniendo en cuenta el respeto connatural al hombre y a sus derechos [derechos subjetivos fundamentales y constitucionales], y con igual magnitud y trascendencia los del conjunto social [derechos colectivos], que implican el desarrollo y eficacia de todos los instrumentos tendientes a su reconocimiento y garantías¹¹⁰.

suma sino reasumir la forma de gobierno de Pedro el Grande, no ha conocido jamás la alternativa Estado de derecho o dictadura y puede quedar fuera de nuestra consideración [...]”. Y en realidad las inquietudes de HELLER eran absolutamente justificadas, tanto así que la Europa de su tiempo fue campo fértil para las más odiosas dictaduras fascistas y comunistas que el mundo pudo conocer y padecer. ABENDROTH, Wolfgang. “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 13 y ss. No obstante lo anterior, la literatura especializada nos brinda referencias históricas que nos ubican en la documentación jurídica y política surgida de las revueltas obreras de 1848 en París, en donde, a partir de la transacción ideológica entre burgueses democráticos y voceros del movimiento obrero, se consolidó la fórmula del “[...] Estado de derecho democrático y social [...]”, pretendiendo comprender en éste el derecho fundamental al trabajo y al establecimiento de una especie de economía cooperativa de producción a la que concurriría tanto el capital como la clase obrera, idea retomada luego por el movimiento obrero y los socialistas europeos. Desde la perspectiva constitucional, antecedentes importantes en el constitucionalismo moderno se observan en la Constitución de la República de Weimar, que, si bien es cierto, no definió el Estado como social de derecho, sí adoptó en su codificación toda una serie de disposiciones relativas a los que podríamos calificar como derechos de segunda generación, tendientes a regular los conflictos que alteran el orden social. De esta forma, se introdujeron por primera vez en el constitucionalismo regulaciones sobre el trabajo, relaciones entre patronos y trabajadores, y disposiciones sobre seguridad social. Luego, en el constitucionalismo de la posguerra se observa que en algunas constituciones de los *Länder*, tanto de las zonas aliadas como de la rusa, fueron expedidas constituciones que fueron amas allá del viejo constitucionalismo de Weimar e incorporaron en sus textos cláusulas contentivas de mandatos concretos a los poderes públicos en el sentido de priorizar lo social en cuanto finalidad indiscutible del Estado de derecho en ellas organizado, “[...] incluso en Baviera, con absoluta mayoría del CSU, la Constitución del *Länd* encomendó al legislador la tarea de socializar la producción básica [...]”. Sin embargo, la consagración definitiva del concepto se da en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en sus artículos 20 numeral 1 y 28 numeral 1, que respectivamente disponen: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”; “El orden constitucional en los *Länder* debe responder a los principios de Estado republicano, democrático y social, en el sentido de esta Constitución”. Sobre las razones de su incorporación como fórmula constitucional indica ABENDROTH que “[...] Después de 1945, con el derrumbamiento del Tercer Reich y la liberación de Alemania –no por sí misma, sino en virtud de la victoria de los aliados–, se instaló la convicción en el pueblo alemán, o al menos en aquellos sectores que habían intuido lo que sucedió, que era necesario modificar no solo la estructura política, sino también la estructura social, ya que las clases dominantes de épocas anteriores eran responsables de la toma del poder que condujo al Tercer Reich y de la participación en la guerra emprendida por éste [...]”. MARTIN-RETORTILLO BAQUER. *Derecho económico I*, cit., p. 31. Atribuye a LORENZ VON STEIN ser el precursor de la idea de Estado social. Este pensador, a partir del análisis de las revoluciones francesas de 1830 y 1848, entendió y postuló que había llegado ya el tiempo de concluir con las revoluciones políticas y habría de abrirse paso a las de significado social. “[...] son estas revoluciones las que pueden evitar las otras [...]”. A partir de la influencia de HEGEL, hace clara diferencia entre sociedad y Estado. El Estado debe conducir a la sociedad, de donde se concluye el carácter teleológico de su accionar.

¹¹⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983; *El Concepto*, cit., pp. 257 a 279; *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993. SORIANO, José Eugenio. “El concepto de derecho administrativo y la administración pública en el Estado social y democrático de derecho”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 121, enero-abril de 1990; NIETO, Alejandro “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, en *RAP*, n.º 76, enero-abril de 1975, pp. 9 a 35. En este excelente estudio, NIETO diseña lo que debe ser la nueva concepción del derecho

De manera contundente, se puede afirmar como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional que la inobservancia por parte del Estado del respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tiene diferentes ópticas que lo potencializan desde el punto de vista ético, político y jurídico, así:

“Éticas, por cuanto el Estado social de derecho es un instrumento creado para facilitar la convivencia a partir del respeto de los derechos fundamentales. Así, el instrumento no se entiende ni se explica sin el fundamento moral que lo legitima, y que constituye por tanto el fin de su acción: la garantía y respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. El principio moral que justifica la existencia del Estado Constitucional no puede ser entonces desconocido, a ningún título y bajo ninguna justificación por el propio Estado, so pena de variar de hecho su naturaleza y perder su legitimidad. Por tanto, una violación de derechos constitucionales fundamentales proveniente del instrumento creado precisamente para que esas violaciones no ocurran, reviste una gravedad suprema que la hace acreedora de una responsabilidad mayor.

En términos políticos, y estrechamente relacionado con lo anterior, es innegable que la base de legitimidad del poder del Estado, de la existencia de lo político y del respeto y obediencia ciudadana a los mandatos de las autoridades públicas, la constituye el respeto, la garantía y la promoción de los derechos constitucionales fundamentales. Un

administrativo dentro de una sociedad tan dinámica como la moderna, en la que no son los intereses exclusivamente del individuo los dominantes. El colectivo genera inmensidad de necesidades frente a las cuales el derecho y la administración pública deben acudir permanentemente. Citando a ALBRECHT (en su breve referencia a MAUREMBRECHER), encuentra que el moderno derecho administrativo es una respuesta de técnica jurídica –y de técnica sustancial, no meramente formal– a una nueva situación: el reconocimiento de la existencia de unos intereses colectivos que no son la suma de los intereses individuales. Invocando a FORSTHOFF, concluye que esto debe ser así, si se entiende que el hombre moderno ha perdido su autonomía económica. Ya no puede vivir en el ámbito por él dominado (a la manera del campesino tradicional en su cortijo), sino que se encuentra inmerso en un mundo que escapa a su influencia. Si esto es así, si el individuo no puede subsistir por sí mismo, ni dominar el medio del que depende, la colectividad y el Estado son los que deben asumir la responsabilidad de que ese ambiente ajeno permita la vida humana. Se trata de un planteamiento incurso en la teoría del Estado social de derecho, por lo tanto no estrictamente legalista en el sentido liberal clásico, ni mucho menos tecnocrático; pretende ante todo compensar el concepto clásico de Estado de derecho, la protección a los derechos fundamentales, con las responsabilidades sociales del hombre y del Estado. De aquí que sostenga que “La vocación del derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales”. La Constitución Política de 1991 introduce en el derecho administrativo colombiano por los senderos de estos postulados. Situación que la Corte Constitucional acoge en los siguientes términos: “La pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y la mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los derechos” (sentencia T-406 del 5 de junio de 1992). Algunos sectores de la doctrina administrativista norteamericana se encuadran dentro de este planteamiento. La obra de EDLEY, Christopher Jr. (*Derecho administrativo; reconcebir el control judicial de la administración pública*, Madrid, MAP, 1994, p. 13) así nos lo demuestra. Sostiene este precisamente la importancia de fortalecer la administración pública como una respuesta a quienes pretenden ubicar todas las soluciones a los problemas sociales y políticos en la iniciativa privada: “en la actualidad, importantes corrientes de ideología política –por no mencionar los puntos de vista de algunos políticos de éxito– subrayan la autonomía del sector privado, así como la existencia de soluciones no gubernamentales y de mercado para dificultades de todo tipo [...] Tenemos un Estado administrativo moderno que no puede ser desmantelado o negado [...] Es un Estado ambicioso, construido como un instrumento para alcanzar los objetivos de la comunidad”. El Estado colombiano, edificado en la Constitución Política de 1991, no sólo se define como social sino que en su preámbulo postula claros principios de compromiso para con la comunidad, haciendo énfasis en los derechos de la segunda y tercera generación (sentencia T-005 del 16 de enero de 1995).

Estado que vulnera derechos constitucionales fundamentales es un Estado deslegitimado, que pierde su derecho a ejercer el poder.

Y por último -como consecuencia de las responsabilidades éticas y políticas del Estado- las normas jurídicas establecen, en primer lugar que el poder público es el principal responsable por la guarda de los derechos, y en segundo lugar, como efecto de lo anterior, un grado mayor de responsabilidad, así como una sanción mucho más grave y estricta frente a las violaciones de los derechos por parte de las autoridades estatales¹¹¹. (Subrayado y cursiva fuera de texto)

En este orden de ideas, el artículo 2 de la Carta Política establece como fin del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes fundamentales, asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proscribiendo su suspensión incluso en los Estados de Excepción. Es claro, que el espíritu del constituyente elevó con la más alta fuerza normativa el ejercicio y uso del poder, sin que de ninguna manera estuviera por encima del respeto y garantía de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todo momento.

La Carta preceptúa que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, y también para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares¹¹².

Uno de estos está constituida por la libertad de circulación, cuyo alcance en los términos del artículo 24 de la Carta Política implica que todo ciudadano – administrado en función de su propio desarrollo material e intelectual pueda “desplazarse libremente de un lugar a otro”¹¹³; así como pueda entrar y salir “libremente del territorio nacional y permanecer o no en Colombia”¹¹⁴; consistiendo, también, en “la posibilidad que tiene toda persona de desarrollarse dentro de un contexto donde puede desplazarse sin más restricción que la que razonablemente establezca la ley”¹¹⁵, constituyéndose, pues, su ejercicio legítimo en “presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, cuyo desarrollo supone el reconocimiento a un derecho de movimiento que garantiza la

¹¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 857 de 1992. C.P: Ciro Angarita Baron.

¹¹² Artículo 2 C.N.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia T-224 de 1992.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-429 de 1994.

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-150 de 1995.

independencia física del individuo”¹¹⁶, siendo su manifestación principal la “libertad de elección que el individuo tiene sobre lugares cuyo uso se encuentran a su disposición”¹¹⁷; y, finalmente comprende el “derecho a permanecer y a residenciarse en Colombia, en el lugar que considere conveniente para vivir y constituir el asiento de sus negocios y actividades, conforme lo demanden sus propios intereses”¹¹⁸.

5.2. Control oficioso de convencionalidad¹¹⁹.

El control de convencionalidad¹²⁰ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”¹²¹

Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”¹²² lo cierto es que desde antes del 2002,¹²³ e incluso en la jurisprudencia de los años

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-150 de 1995.

¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-150 de 1995.

¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-110 de 2000.

¹¹⁹ Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

¹²⁰ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

¹²¹ “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

¹²³ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,¹²⁴ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma¹²⁵ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”¹²⁶

Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.¹²⁷, [sin que la convencionalidad sea absoluta, ya que

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

¹²⁵ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>]; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

¹²⁷ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso

puede limitarse precisamente a la tutela interna de los derechos fundamentales, esenciales y a los principios democráticos básicos, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Alemán en las sentencias Solange I, Solange II, Maastricht, Lisboa, entre otras].

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

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹²⁸.

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

Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos

de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

internacionales,¹²⁹ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

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

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

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”¹³⁰

En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et*

¹²⁹ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

¹³⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

autres, sentencia de 28 de octubre de 1999¹³¹; c) caso Open Door y Dublin Well Woman¹³²

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

Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos¹³³.

¹³¹ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

¹³² Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

¹³³ Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (expediente 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (expediente 19195), sentencia de 1° de febrero de 2012 (expediente 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (expediente 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (expediente 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (expediente 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (expediente 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (expediente 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (expediente 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (expediente 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (expediente 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (expediente 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (expediente 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (expediente 28505). Auto de 24 de septiembre de 2012 (expediente 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (expediente 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (expediente 45092), Auto de Sala Plena de

En la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso García Ibarra y otros contra Ecuador, sentencia de 17 de noviembre de 2015, se sostiene que es *“precisamente en función de ese principio de complementariedad que, en la jurisprudencia de la Corte, se ha desarrollado la concepción de que todas autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tiene la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”. De este modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso podría llegar ante el Sistema”*.

6. Responsabilidad del Estado por minas antipersonal¹³⁴

Colombia, como uno de los países que ha sido azotado por el flagelo de las minas antipersonal en el marco del conflicto armado que vive desde los años 60, cobrando una serie de víctimas indiscriminadas entre población civil y militar y colocando en vilo los fines esenciales del Estado.

Razón suficiente, para que la humanización del conflicto, haya sido materia de preocupación de los gobiernos de la comunidad internacional y del derecho internacional humanitario, con el propósito de establecer unos límites a la guerra, en lo relacionado específicamente con el uso de minas antipersonal, buscando su eliminación y donde se involucran los procesos de desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento, conservación o transferencia de dichos artefactos. Igualmente, respecto al deber de destruir o de asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal, que permitan en el marco de los derechos humanos evitar o mitigar las espantosas consecuencias que la confrontación armada produce en la integridad de las personas desde el ámbito personal, familiar y social.

La Corte Constitucional en la sentencia C - 991 de 2000, hace un recuento de los intentos de la comunidad internacional por regular la humanización del conflicto, que

Sección de 17 de octubre de 2013 (expediente 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (expediente 42402), entre otras providencias.

¹³⁴ Ver: CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Exp. 45.818

datan desde la Convención de Ginebra de 1980, pasando por la Declaración de Taormina (Sicilia) de 1990 hasta llegar a la Convención de Ottawa de 1997, tal y como se muestra a continuación:

*“ La solución del problema al cual se alude, llevó a distintos Estados a reunirse y suscribir acuerdos tendientes a controlar su utilización y alcanzar su destrucción. Se destaca, v.gr. la “Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados”, hecha en Ginebra, el diez (10) de octubre de mil novecientos ochenta (1980) y sus cuatro (4) Protocolos”[9], en especial el Protocolo III[10], que regula sobre las prohibiciones o restricciones al empleo de **minas**, armas trampa y otros artefactos (art. 1, num. 2).*

Ese instrumento otorgó una primera e importante respuesta al tema en cuestión, pero no fue suficiente pues sus alcances se restringieron a los conflictos armados de carácter internacional e interno y no establecía una prohibición tajante al uso de las mismas. Además, en él seguía vigente la discusión sobre su definición, cuya ambigüedad atentaba contra la consecución de sus fines y su aplicación.

*Igualmente, incidieron las conclusiones a las cuales se arribó en el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, reunido en Taormina (Sicilia) el 7 de abril de 1990, contenidas en la declaración sobre normas de derecho internacional humanitario relativas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados internacionales[11], considerada como uno de los pronunciamientos más versados de la doctrina internacional sobre la materia, en cuyo capítulo B se insiste en la prohibición al empleo de ciertas armas en los conflictos armados no internacionales, como las **minas**, trampas y otros artefactos (num. 4o.), contra la población civil en general y contra personas civiles individuales, de manera indiscriminada, en desarrollo del principio de proporcionalidad de los medios de guerra.*

Como lo señaló esta Corporación[12] “si bien ninguna de las normas convencionales expresamente aplicables a los conflictos internos excluye los ataques indiscriminados o la utilización de ciertas armas, la Declaración de Taormina considera que esas prohibiciones -en parte consuetudinarias, en parte convencionales- sobre utilización de armas químicas o bacterio-lógicas, minas trampas, balas dum dum y similares, se aplican a los conflictos armados no internacionales, no sólo porque ellas hacen parte del derecho consuetudinario de los pueblos sino, además, porque ellas son una obvia consecuencia de la norma general que prohíbe lanzar ataques contra la población civil.”.

Como consecuencia de lo anterior, se hizo manifiesta la iniciativa de los Estados hacia un consenso para la prohibición total de las minas antipersonal. Canadá asumió el difícil reto de liderar ese movimiento y organizó para finales del año de 1996 la “Conferencia Internacional sobre Estrategia – Hacia una prohibición mundial de las minas terrestres antipersonal o “Conferencia de Ottawa de 1996” (reunida del 5 al 6 de octubre). Allí se sentaron las bases del denominado “proceso de Ottawa”, con el cual se pretendió alcanzar la suscripción de una convención multilateral.¹³⁵

¹³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 991 de 2000 M.P.: Álvaro Tafur Galvis

Es así como, el Estado Colombiano ratifica y aprueba la Convención de Ottawa mediante la Ley 554 de 2000 referente la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, aprobada por los Estados partes de las Naciones Unidas el 18 de septiembre de 1997, cuyo preámbulo reza:

“..Decididos a poner fin al sufrimiento y las muertes causadas por las minas antipersonal, que matan o mutilan a cientos de personas cada semana, en su mayor parte civiles inocentes e indefensos, especialmente niños, obstruyen el desarrollo económico y la reconstrucción, inhiben la repatriación de refugiados y de personas desplazadas internamente, además de ocasionar otras severas consecuencias muchos años después de su emplazamiento, Creyendo necesario hacer sus mejores esfuerzos para contribuir de manera eficiente y coordinada a enfrentar el desafío de la remoción de minas antipersonal colocadas en todo el mundo, y a garantizar su destrucción,...”

Dicha legislación fue sometida a control de constitucionalidad y mediante la Sentencia C-991 de 2000, se declaró su exequibilidad, de donde se extracta:

“El abuso en el empleo de las minas antipersonal o comúnmente llamadas en Colombia como “quiebrapatras”, llevó a finales del siglo XX, a que las naciones del mundo comenzaran a dar los primeros pasos para erradicarlas e impedir su uso como instrumentos de primera mano para resolver los conflictos políticos internacionales e internos. Se calcula que hay más de ciento diez millones de minas antipersonal ubicadas en más de sesenta países del mundo, situación que día a día sigue empeorando. Cada año se siembran dos millones de nuevas minas terrestres, mientras que, por ejemplo, en el año de 1995 sólo fueron desactivadas cincuenta mil. En Colombia, según estimativos parciales existen por lo menos 70.000 minas antipersonal, ubicadas en 105 municipios de 23 departamentos. El 10% de la población de los municipios del país es potencial víctima de esos artefactos explosivos. Dichas minas se han puesto para fines de defensa y agresión, por militares y subversivos, en un conflicto armado interno cuya vigencia comprende más de cuarenta años.

“Se las identifica como el ‘soldado perfecto’, pues nunca duerme y nunca falla, no dejan de actuar frente a un cese de actividades bélicas y aunque han sido creadas para fines de guerra, no distinguen entre combatientes, adultos ni niños, pues se observa que sólo el diez por ciento de sus víctimas son combatiente; es decir, sus efectos no se limitan a soldados y sus propósitos a resultados exclusivamente militares sino que cobijan a la población civil cuando desarrolla las más sencillas actividades cotidianas.

“Las minas antipersonal constituyen una arma de guerra nociva y con efectos indiscriminados, a las cuales se les ha dado un uso irresponsable. Están diseñadas para matar y, en su defecto, para mutilar partes del cuerpo humano, dejando repercusiones psicológicas profundas en sus víctimas. Tienen una particularidad especial pues el daño que infligen no sólo se produce durante la situación de conflicto armado -internacional o interno-, sino que al permanecer activas indefinidamente, su amenaza se torna latente. Sus efectos no se limitan a soldados y sus propósitos a resultados exclusivamente

militares sino que cobijan a la población civil cuando desarrolla las más sencillas actividades cotidianas.

(...)

Las minas antipersonal interrumpen el desarrollo económico y social de las comunidades bajo su amenaza, pues bajo el terror que imprimen dentro de su radio de acción, impiden que las personas circulen libremente hacia sus lugares de trabajo, escuelas, centros de salud y mercados, o que adelanten labores en los campos relacionadas con el cultivo de las tierras, el levantamiento de ganado, etc

(...)

El Estado colombiano suscribió dicho instrumento internacional en desarrollo de una política de defensa de los derechos humanos de sus habitantes, de humanización de sus conflictos, de protección al medio ambiente sano y de búsqueda, consecución y mantenimiento de la paz, compromiso que también ha guiado la participación en otros acuerdos internacionales. Este es un caso ejemplarizante de la adopción de un instrumento que incentiva el desarrollo del derecho internacional humanitario, al establecer límites a la conducción de la guerra, y que a la vez concientiza a los Estados hacia la necesidad de adoptar acciones preventivas frente al control o la prohibición de ciertas armas que resultan incompatibles con ese derecho”¹³⁶

De igual forma, el Consejo de Estado en su jurisprudencia se ha pronunciado sobre el uso, disposición y manejo de minas antipersonal, diciendo:

“...Conceptualmente, las “minas antipersonal son artefactos explosivos de pequeña dimensión, que explotan al recibir una pequeña presión sobre una parte de su superficie. Concebidas inicialmente como armas defensivas, su descontrolada utilización en los conflictos actuales las ha convertido en uno de los armamentos más destructivos y perversos, tanto en tiempos de guerra como en períodos de paz, puesto que tienen una vida media superior a los 20 años. Pueden incluso llegar a los 50 años”¹³⁷.

18 De acuerdo con la Convención de Ottawa “sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, de 1997, el sustento para que se prohíba o restrinja el uso de minas antipersonales se encuentra en la aplicación del principio del derecho internacional humanitario “según el cual el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de combate no es ilimitado, en el principio que prohíbe el empleo, en los conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales y métodos de combate de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios.”¹³⁸

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-991 del 2000. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹³⁷ “Existe una gran variedad de minas antipersonal, que podríamos agrupar en dos apartados: clásicas y dispersables. Las minas clásicas pueden estallar dando un salto, explotando a medio metro de altitud; pueden disparar 700 bolitas de acero, o dispersar trozos de metal en un radio de 100 metros. Desde hace un par de decenios suelen ser de plástico e indetectables, lo cual las convierte en un arma temida por las poblaciones”. FISAS, Vincec. *Cultura de paz y gestión de conflictos*. 5ª reimp. Barcelona, UNESCO; Icaria, 2006, pp.306-307. De acuerdo con la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 1997, se define en su artículo 2: Por “mina antipersonal” se entiende toda mina concebida para que explote por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona, y que incapacite, hiera o mate a una o más personas. Las minas diseñadas para detonar por la presencia, la proximidad o el contacto de un vehículo, y no de una persona, que estén provistas de un dispositivo antimanipulación, no son consideradas minas antipersonal por estar así equipadas. 2. Por “mina” se entiende todo artefacto explosivo diseñado para ser colocado debajo, sobre o cerca de la superficie del terreno u otra superficie cualquiera y concebido para explotar por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona o un vehículo”.

¹³⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 19 de agosto de 2011. Exp. 20.028

De otra parte, la Convención de Ottawa obliga al Estado Colombiano, como Estado parte de la misma, a cumplir los postulados y compromisos establecidos y a adoptar las acciones y medidas frente al Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y Destrucción, tales como los indicados a continuación:

“Artículo 1 Obligaciones generales

1. Cada Estado Parte se compromete a nunca, y bajo ninguna circunstancia:

a) emplear minas antipersonal;

b) desarrollar, producir, adquirir de un modo u otro, almacenar, conservar o transferir a cualquiera, directa o indirectamente, minas antipersonal;

c) ayudar, estimular o inducir, de una manera u otra, a cualquiera a participar en una actividad prohibida a un Estado Parte, conforme a esta Convención.

2. Cada Estado Parte se compromete a destruir o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal de conformidad con lo previsto en esta Convención. (subrayado fuera de texto)

Artículo 4 Destrucción de las existencias de minas antipersonal

Con excepción de lo dispuesto en el Artículo 3, cada Estado Parte se compromete a destruir, o a asegurar la destrucción de todas las existencias de minas antipersonal que le pertenezcan o posea, o que estén bajo su jurisdicción o control, lo antes posible, y a más tardar en un plazo de 4 años, a partir de la entrada en vigor de esta Convención para ese Estado Parte.

Artículo 5 Destrucción de minas antipersonal colocadas en las zonas minadas

1. Cada Estado Parte se compromete a destruir, o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal colocadas en las zonas minadas que estén bajo su jurisdicción o control, lo antes posible, y a más tardar en un plazo de 10 años, a partir de la entrada en vigor de esta Convención para ese Estado Parte.

2. Cada Estado Parte se esforzará en identificar todas las zonas bajo su jurisdicción o control donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal, y adoptará todas las medidas necesarias, tan pronto como sea posible, para que todas las minas antipersonal en zonas minadas bajo su jurisdicción o control tengan el perímetro marcado, estén vigiladas y protegidas por cercas u otros medios para asegurar la eficaz exclusión de civiles, hasta que todas las minas antipersonal contenidas en dichas zonas hayan sido destruidas. La señalización deberá ajustarse, como mínimo, a las normas fijadas en el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, enmendado el 3 de mayo de 1996 y anexo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados” (subrayado fuera de texto)

Si bien es cierto, que al Estado Colombiano se le concedió para efectos del desminado un plazo inicial de 10 años, que venció en el año 2010, también lo es que este plazo fue ampliado hasta el año 2020 a solicitud del Gobierno Nacional. Sin perjuicio, del deber del mismo, de identificar todas las zonas que tenga bajo su jurisdicción o control donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal, y adoptará todas las medidas

necesarias, para que todas las minas antipersonal estén **vigiladas y protegidas por cercas u otros medios para asegurar la eficaz exclusión de civiles.**

Lo anterior significa que no por el hecho de existir una ampliación del plazo para que el Estado Colombiano logre acabar el proceso de desminado, no deba este corresponderse con sus obligaciones convencionales y constitucionales en materia de protección del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de las reglas de *ius cogens*. Por el contrario, estos deberes positivos están vigentes y son exigibles, concretándose en medidas de diversa naturaleza: señalización de áreas de riesgo por existencia de minas antipersonales; cerramiento, cercamiento y delimitación de las áreas con potencial de minas antipersonal; información y formación al ciudadano, especialmente al campesino para que pueda advertir la presencia de las minas antipersonales, y de cualquier otro tipo de artefacto explosivo que se haya dejado abandonado con ocasión del conflicto armado interno. Se trata, pues, de obligaciones que no pueden sujetarse a suspensión, postergación o dilación temporal en el tiempo, ya que sería tanto como negar los mandatos de los artículos 1.1, 2, 4.1 y 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos [incorporada nuestro ordenamiento jurídico por la ley 16 de 1972]; del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y 13 del Protocolo II a los mismos Convenios de 1977; y, 2, 11 y 24 de la Carta Política.

Ahora bien, el Estado Colombiano a través de la Ley 759 de 2002¹³⁹ dictó medidas buscando aminorar el flagelo de las minas antipersonal y darle cumplimiento a los compromisos adquiridos en la Convención de Ottawa, y mediante el reciente Decreto 1649 de 2014 el Gobierno Nacional reestructuró el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, suprimiendo el programa por la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal a partir de la vigencia de dicho acto administrativo,

¹³⁹ Al respecto, la jurisprudencia de esta Subsección ha señalado: “Ante la realidad de este flagelo, cuyo número de víctimas civiles es abrumador, se expidió la ley 759 de 2002, por medio del cual se dictaron normas para dar cumplimiento a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal y se fijaron disposiciones con el fin de erradicar en Colombia el uso de las minas antipersonal¹³⁹. Esta ley se promulgó con el objeto de establecer estrategias para cumplir con los compromisos adquiridos en la Convención de Ottawa, y para tal efecto, creó la Comisión Intersectorial, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, denominada: Comisión Intersectorial Nacional para la Acción contra las Minas Antipersonal”. Sentencia del 22 de enero de 2014. Exp: 28417.

quien tendría dentro de sus funciones mantener la base del Sistema de Información de Acción Contra Minas, debiendo para el efecto recopilar, sistematizar, centralizar y actualizar toda la información sobre el tema, que sirva como fuente para la toma de decisiones tendientes a desarrollar los programas de prevención, señalización, elaboración de mapas, remoción de minas y atención a víctimas. Con el propósito que esa Dirección centralice la información de todas las organizaciones que desarrollan actividades relativas a minas y consolide todos los datos que éstas recolecten mediante las actividades que desarrollen.

De lo antes expuesto, la Sala considera pertinente reiterar el llamado de atención efectuado en pasada jurisprudencia sobre el tema de las minas antipersonal y su discusión como punto central del Gobierno Nacional en el proceso de paz que se adelanta, en el sentido que el Presidente de la República, como supremo director de las negociaciones de paz entre las Farc y el Gobierno Nacional, incluya como un punto concreto, la problemática de las minas antipersonal:

“...es imperativo advertir que en todo proceso de paz se torna fundamental el compromiso de las partes en encontrar todos los medios que sean necesarios para que el desminado humanitario sea una realidad en la etapa del eventual posconflicto, de ello depende, en una de las múltiples aristas de nuestro conflicto interno, el establecimiento de una paz estable y duradera. Por esta razón, se exhorta al Presidente de la República, como supremo director de las negociaciones de paz entre las Farc y el Gobierno Nacional, a que incluya como un punto concreto, la problemática de las minas antipersonal; y aunque si bien, es evidente que el acuerdo no garantizaría, por sí mismo, la eliminación del problema en el corto o mediano plazo, se hace imperativo incluir la discusión de este punto de cara a la eliminación completa de este rezago de la guerra que lastimosamente se extendería hasta el período del posconflicto; sin duda, es deber del juez de la reparación advertir situaciones de esta índole, como uno de los garantes del cumplimiento de las convenciones de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario”¹⁴⁰

Así pues, la imputación de la responsabilidad al Estado por hechos u omisiones del Ejército Nacional debe revisarse, como antes se ha dicho, desde el ámbito jurídico de la responsabilidad por falla del servicio, contrastando la realidad material y fáctica del caso con el cumplimiento de deberes normativos de la fuerza armada, y bajo esta dimensión, analizar si se configura la causal eximente de responsabilidad – hecho de un tercero - la cual se estudiará en términos generales.

¹⁴⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 22 de enero de 2014. Exp. 28.417.

7. La imputación de la responsabilidad.

La Sala considera que de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, el título de imputación en el cual se enmarca la responsabilidad del caso sub examine, es la falla del servicio por incumplimiento u omisión de deberes normativos por parte de la entidad demandada - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por violación a lo contenido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, en este caso, la Convención de Ottawa y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cabe señalar, que existen elementos probatorios que permiten establecer que la entidad demandada, conocía que en el municipio de Matanza (Santander) y mas exactamente en el lugar de los hechos operaba la guerrilla, a través de la **Cuadrilla Claudia Isabel Escobar ONT-ELN**, tal y como lo señaló el Comandante Batallón de Infantería No. 14 “Antonio Ricaurte” en su oficio No. 0088 del 13 de marzo de 2008¹⁴¹, registrando cuales eran los grupos al margen de la ley, los cabecillas que operaban en el municipio de Matanza (Santander) en los años 2004 – 2005 y las misiones tácticas realizadas en esa área, del cual se destaca lo siguiente:

“Municipio de Matanza

GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY

El municipio de Matanza fue objeto de terroristas de la Cuadrilla Claudia Isabel Escobar ONT-ELN, al mando del terrorista Pastor López Alarcón (a. Alberto ó Garabato). Para los años 2004 y 2005, quien causó terror tanto en sus áreas rurales y urbanas, desde donde coordinaban sus actividades ilícitas, mencionada estructura estaba conformada por un grupo aproximado de 15 a 20 terroristas e igual número de armas.

Áreas específicas

Área 01 Caserío corregimiento El Paujil, vereda San Carlos (...) (negrilla y subrayado fuera de texto)

La Sala evidencia de las comunicaciones enviadas por el Ejército Nacional relacionadas con los hechos acaecidos el 11 de febrero de 2004 en la vereda de San Carlos del corregimiento el Paujil, jurisdicción de Matanza (Santander) donde el Joven Onofre Zafra Sánchez perdió parte de su pierna derecha al pisar una mina antipersonal, la falta

¹⁴¹ FI.146 – 149 C. 1

de conocimiento y coordinación entre la Decimocuarta Brigada y la Quinta, teniendo en cuenta, que una brigada señala que la otra es la que cubre el municipio de Matanza y en consecuencia, es la que debe proporcionar la información requerida sobre el asunto al Tribunal, así se demuestra:

a) Oficio 14683 del 18 de marzo de 2008¹⁴², suscrito por el Comandante de la Décimocuarta Brigada del Ejército, en el cual informa al Tribunal:

“(…) que la Jurisdicción de la Decimocuarta Brigada no cubre el municipio de Matanza, y que por lo tanto no es competente para darle respuesta a su solicitud de manera acertada.

Conforme a lo anterior, me permito informarle que ésta Brigada remitió por competencia su oficio a la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga, Unidad Operativa Menor que ha desarrollado operaciones en mencionado sector. (negrilla y subrayado fuera de texto)

b) Oficio 3555 del 27 de marzo de 2008¹⁴³, suscrito por el Segundo Comandante y JEM Quinta Brigada del Ejército, en el cual informa al Tribunal:

“(…) que no es posible dar respuesta al oficio de la referencia, toda vez que no somos la Unidad competente para suministrar la información requerida. Consecuente con lo anterior esta oficina jurídica remitió el oficio de la referencia vía fax y por medio físico a la unidad competente en este caso el Batallón de Infantería No. 14 “CT. Antonio Ricaurte” el cual pertenece a esta unidad Operativa Menor y quien para la época de los hechos tenía a su cargo la seguridad de dicha jurisdicción” (negrilla y subrayado fuera de texto)

c) Oficio 0381 del 20 de mayo de 2008¹⁴⁴, suscrito por el Comandante Quinta Brigada del Ejército, en el cual informa al Tribunal

“Así mismo se informa a ese despacho que para el 11 de febrero de 2004 el municipio de Matanza era jurisdicción del Batallón de Infantería No. 14 Antonio Ricaurte y delinquía la cuadrilla Claudia Isabel Escobar Jeréz del ELN, pero en el momento de los hechos no se presentaron combates en razón a que las tropas no se encontraban en ese sector, ni se desarrollaba ninguna misión táctica de registro o control militar de área.”

d) Oficio 16044 del 6 de junio de 2008¹⁴⁵, suscrito por el Jefe de Estado Mayor y Segundo Comandante Decimocuarta Brigada del Ejército, en el cual informa al Tribunal:

“Por lo anterior, esta unidad Táctica se permite dar respuesta al requerimiento de la referencia, informándole que la Jurisdicción de la Decimo cuarta Brigada no cubre el municipio de Matanza y que por lo tanto no somos competentes para darle respuesta a su solicitud de manera acertada. (negrilla y subrayado fuera de texto)

¹⁴² Fl. 179 C. 1

¹⁴³ Fl. 152 C. 1

¹⁴⁴ Fl. 194 C. 1

¹⁴⁵ Fl. 197 C. 1

Conforme lo anterior, me permito informarle que **ésta Brigada remitió por competencia su oficio a la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga, Unidad Operativa Menor que ha desarrollado operaciones en el mencionado sector.**

e) Oficio 02053 del 20 de junio de 2008¹⁴⁶, suscrito por el Comandante Batallón de Infantería No. 14 “Capitán Antonio Ricaurte” del Ejército, en el cual informa al Tribunal:

“(…) que una vez revisado los archivos de la sección tercera de esta Unidad Táctica, no se encontró soporte escrito relacionado con lo manifestado en el oficio en cita.

De acuerdo al informe de situación de tropas la unidad más cercana cobra 3 la cual se encontraba al mando del (...) unidad que esta aproximadamente a 12 kms en línea recta al sector de los hechos, ejerciendo control militar de área activo. De acuerdo al orden de batalla de esa fecha las cuadrillas que delinquirían sobre del sector era la cuadrilla 4 de septiembre, cuadrilla Claudia Isabel Escobar Jerez, de las ONT-ELN, sin que se pueda determinar que cuadrilla fue la que instaló las minas antipersonales”

f) Oficio 14496 del 3 de diciembre de 2008¹⁴⁷, suscrito por el Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor Quinta Brigada del Ejército, en el cual informa al Tribunal:

“(…) que revisado el diario operacional que reposa en la Sección de Operaciones de la Quinta Brigada no se encontró anotación alguna sobre los hechos previamente enunciados; por tal motivo, se ordenó el envío de copia de su oficio al Comando BATALLÓN DE INFANTERIA No. 14 “ANTONIO RICAURTE” con el propósito de que esa Unidad Táctica recopile toda la información sobre el caso en mención y por intermedio de ese Comando se de respuesta al requerimiento judicial en mención. (...)”(negrilla y subrayado fuera de texto)

g) Oficio 4301 del 10 de diciembre de 2008¹⁴⁸, suscrito por el Comandante Batallón de Infantería No. 14 “Capitán Antonio Ricaurte” del Ejército, en el cual da respuesta al oficio No. 1686 del Tribunal:

“(…) en el cual solicita información correspondiente a los hechos ocurridos el día 11 de febrero de 2004 en los cuales resultó como víctima el señor ONOFRE ZAFRA SANCHES(SIC) al pisar una mina, revisando los archivos de personal mencionada persona no aparece como integrante del Ejército Nacional y al revisar los registros de la sección de operaciones no se encontraron registros al respecto por lo hechos en mención.” (negrilla y subrayado fuera de texto)

h) Oficio 3858 del 6 de septiembre de 2009¹⁴⁹, suscrito por el Ejecutivo y 2do. Comandante Batallón de Infantería No. 14 “Capitán Antonio Ricaurte” del Ejército, en el cual da respuesta a oficio del Tribunal en los siguientes términos:

“(…) que una vez revisado la base de datos y archivos de la sección de personal de la Unidad, se constato(sic) que el señor ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ, NO es oficial, suboficial o soldado adscrito a este Batallón, para la fecha de los hechos, ni posteriormente, a lo señalado en su exhorto, de otra parte la Unidad no reporta accidente alguno por personal militar en el lugar y fecha manifestado, de tal suerte

¹⁴⁶ Fl. 198 C. 1

¹⁴⁷ Fl. 220 C. 1

¹⁴⁸ Fl. 221 C. 1

¹⁴⁹ Fl. 258 C. 1

se procedió a indagar en la sección de operaciones, quienes manifiestan no tener conocimiento alguno de los hechos referidos, como tampoco existe informe o denuncia por los referidos hechos que reposa en sus archivos.” (negrilla y subrayado fuera de texto)

Del material probatorio aludido, la Sala observa profundas inconsistencias en las comunicaciones citadas, las cuales hacen referencia a los hechos ocurridos en la vereda de San Carlos del corregimiento el Paujil, jurisdicción de Matanza (Santander) donde resultó lesionado por una mina antipersonal el Joven Onofre Zafra Sánchez. Es así como, se puede inferir que no había la presencia del Ejército Nacional en el Municipio de Matanza (Santander) a pesar de la situación de violencia y acciones terroristas de la cuadrilla “Claudia Isabel Escobar Jeréz OMT – ELN”, evidenciadas en el oficio No.0088 del 13 de marzo de 2008 suscrito por el Comandante Batallón de Infantería No.14 “Antonio Ricaurte” del Ejército Nacional, para los años 2004-2005.

Y más aún, se puede sostener en este orden que no se adelantaron acciones por parte de la la fuerza pública en aras a brindar protección, vigilancia y seguridad a los habitantes de la vereda de San Carlos en el municipio de Matanza (Santander), como lo preceptua la Carta Política, y por el contrario, se dejó a la población civil a la merced de los grupos armados subversivos, limitando sus derechos a la integridad física, a la libre locomoción e incumpliendo los fines esenciales del Estado, entre los que se encuentra el deber de protección a las personas y a sus bienes, con miras a la convivencia pacífica, fundamento de nuestro Estado Social de Derecho.

Adicionalmente, la Sala de Subsección no comprende como mediante oficio 3858 del 6 de septiembre de 2009¹⁵⁰, el Ejecutivo y 2do. Comandante Batallón de Infantería No. 14 “Capitán Antonio Ricaurte” del Ejército, señala que el señor ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ, NO es oficial, suboficial o soldado adscrito a ese Batallón para la fecha de los hechos, no reporta accidente alguno por personal militar en el lugar y fecha indicada. Además precisa, que procedió a indagar en la sección de operaciones, quienes manifiestaron no tener conocimiento alguno de los hechos referidos, como tampoco existe informe o denuncia por lo ocurrido en sus archivos, lo cual demuestra

¹⁵⁰ FI. 258 C. 1

para la Sala su total desconocimiento y falta de acciones con la situación antes reseñada.

Entonces, sí el Ejército Nacional conocía como quedó probado que en el municipio de Matanza existían grupos al margen de la ley, era previsible su actuar en guerra a través de la utilización en forma indiscriminada de minas antipersonal, y lo obligaba inmediatamente a adoptar las medidas preventivas y correctivas para proteger la vida y la integridad de la población civil, tales como identificar todas las zonas que tenga bajo su jurisdicción o control donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal, y adoptar todas las medidas necesarias, para que todas las minas antipersonal estén vigiladas y protegidas por cercas u otros medios para asegurar la eficaz exclusión de civiles en el conflicto armado, como en el caso que hoy ocupa la atención de la Sala. Situación que constituye un flagrante quebrantamiento a las disposiciones constitucionales y convencionales antes referidas y que no pueden pasar desapercibidas, comprometiendo así, la responsabilidad del Estado.

Adicionalmente, según lo estipulado en la Convención de Ottawa aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 554 de 2000, éste se comprometió a destruir las minas antipersonal que existan en su territorio o por lo menos a asegurarlas, como lo consagra el numeral 2 del artículo 1 de la Convención “2. Cada Estado Parte se compromete a destruir o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal de conformidad con lo previsto en esta Convención” y en el Artículo 5 indicó “ Cada Estado Parte se esforzará en identificar todas las zonas bajo su jurisdicción o control donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal, y adoptará todas las medidas necesarias, tan pronto como sea posible, para que todas las minas antipersonal en zonas minadas bajo su jurisdicción o control tengan el perímetro marcado, estén vigiladas y protegidas por cercas u otros medios para asegurar la eficaz exclusión de civiles, hasta que todas las minas antipersonal contenidas en dichas zonas hayan sido destruidas”.

Dicho esto, y a pesar la existencia de una prórroga de la Convención de Ottawa en cuanto al proceso de desminado, esto no exime a las autoridades competentes del cumplimiento cabal de la Constitución Política de este país, que obliga en forma

imperativa a proteger la vida, honra y bienes de los residentes de Colombia, con el agravante que la administración pública aceptó la falta de protección y vigilancia sobre los pobladores del municipio de Matanza (Santander), vereda de San Carlos del corregimiento el Paujil, y por esta omisión un menor de 16 años vio limitado su derecho a la integridad física y a la libre locomoción, por la pérdida de un miembro de su cuerpo, hecho que va a tener repercusiones por el resto de su vida.

Ahora bien, en virtud a lo contemplado en el artículo 18 de la Ley 759 de 2002 por la cual se dictaron normas para dar cumplimiento a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción y se fijaron disposiciones con el fin de erradicar en Colombia el uso de las minas antipersonal, el Ministerio de Defensa asumió unos compromisos, entre ellos la detección, señalización, georreferenciación de áreas de peligro, limpieza y eliminación de las minas antipersonal, en los siguientes términos:

“COMPROMISOS DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. El Ministerio de Defensa Nacional designará al personal militar especializado en técnicas de desminado humanitario, para adelantar labores de detección, señalización, georreferenciación de áreas de peligro, limpieza y eliminación de las minas antipersonal. Igualmente, el Gobierno Nacional financiará los gastos ocasionados por la destrucción de las minas antipersonal que las Fuerzas Militares tengan almacenadas o identificará y gestionará los recursos de cooperación internacional para tal efecto, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Departamento Nacional de Planeación.”

De lo antes expuesto, se observa que la entidad demandada en el caso sub examine no aportó prueba alguna que demostrara el cumplimiento de los deberes normativos impuestos en la Constitución y en los tratados internacionales. Se trata, se reitera, de deberes positivos inderogables, impostergables, que no pueden sujetarse a condición alguna, o a dilación en su eficacia, ya que todo plazo concedido para realizar las labores de desminado no comprende las obligaciones básicas señaladas, y que sirven de salvaguardia de los derechos y libertades, en especial a la vida, a la integridad personal y a la libre circulación que a la víctima y a cualquier ciudadano debe ser garantizado convencional y constitucionalmente.

Así pues, la Sala concluye entonces que al omitirse los deberes de protección de la vida, a la integridad personal y a la libre circulación consagrados en la Constitución

Política, concretados en los procedimientos de señalización de las áreas de potencial de minas antipersonal, las campañas de concientización e información dirigidas a la comunidad para la fecha de los hechos, ni la demarcación respectivas de las minas, queda probada la falla del servicio por la mencionada omisión.

De otra parte, no es de recibo para la Sala la afirmación realizada por la recurrente en el sentido que, debe ser exonerada de responsabilidad, bajo el argumento que existe una causal eximente, como lo es “el hecho de un tercero”, el cual en su decir, queda configurado al ser las fuerzas al margen de la ley, las causantes del daño que se imputa y del cual se exige su reparación.

La Sala de Subsección debe precisar que el Estado en estos casos, asume la posición de garante que se desprende de la obligación emanada del artículo 2 de la Constitución Política y en el caso sub examine, se evidencia que existió un incumplimiento de dicha posición de garante, al no realizar las acciones tendientes a impedir que se produjera el resultado típico que era evitable y que condujo a las lesiones padecidas por el joven Onofre Zafra Sánchez.

En conclusión, se revocará la sentencia del Tribunal en el sentido de declarar patrimonial y administrativamente responsable a LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, toda vez que se logró demostrar la existencia de una falla del servicio por omisión de deberes normativos constitucionales, que generó el daño antijurídico, esto es, las lesiones padecidas por el señor Onofre Zafra Sánchez y que le son imputables a la entidad demandada por las razones expuestas en sentencia.

8. Reconocimiento de perjuicios

8.1 Perjuicios materiales

8.1.1 Daño emergente

El actor había solicitado el pago por concepto de daño emergente en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso o que surja de la liquidación posterior a la sentencia genérica o que emerja de la aplicación del principio de Equidad.

Para este efecto señaló, que este perjuicio está dado por el costo del tratamiento que necesitó y que necesite el demandante ONOFRE ZAFRA para recuperar su salud, más allá de la mutilación irreversible sufrida y mejorar sus condiciones de vida afectadas por las graves lesiones que padeció, incluyendo aspectos como: atención psicológica, médica, general o especializada, cirugías, fisioterapias, exámenes, medicamentos, aparatos ortopédicos (...) la cuestionada exigencia, en la suma de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000).

Teniendo en cuenta lo pedido por concepto de daño emergente¹⁵¹ y revisado el material probatorio allegado al plenario, la Sala observa que el perjuicio, consistente en los gastos que tuvo que realizar para el tratamiento de las lesiones y mutilaciones padecidas, carece de respaldo probatorio, situación que obliga indefectivamente a no conceder indemnización alguna por este concepto, encontrándose la parte actora por virtud del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil con la carga de probarla.

8.1.2 Lucro cesante.

La parte demandante solicitó que **LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** pagara al joven **ONOFRE ZAFRA** la indemnización por lucro cesante que corresponda, en la cuantía que se establezca en el proceso o que surja de la liquidación posterior a la sentencia genérica o que emerja de la aplicación del principio de Equidad.

Razón por la cual estimó este perjuicio en DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000) hasta la fecha de la demanda (indemnización, vencida, debida o consolidada) de conformidad con el art 20, nums 1 y 2 del C. De P.C., pues únicamente han transcurrido 23 meses desde la fecha de los hechos. (...)

8.1.2.1 Lucro cesante consolidado.

¹⁵¹ **ARTICULO 1614. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE.** “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento (...)”

Es así, como revisado el material probatorio se encontró:

Que de las declaraciones¹⁵² arrimadas al proceso rendidas por los señores Jairo Omar León Almeida, Gilberto Castillo Almeyda, Alfonso Rivera Meléndez, Luis Francisco Angarita Mantilla, Wilmer Meléndez Mendoza, Raúl Agredo Serano, Rodolfo Mantilla, Gabriel Sánchez, Fermin Manrique, Francisco Sánchez, Luis Felipe Rodríguez, guardan unicidad en señalar que el joven Onofre Zafra vivía con sus padres Hugo Zafra y Marina Sánchez y con sus hermanos, entre los cuales estaba su hermana Ana Delia, la cual resultó afectada por el accidente por su corta edad. Además, indicaron en la juramentada que el Joven Zafra se dedicaba a ayudar a su papá en las labores de la finca como agricultor y en los oficios diarios con el ganado.

De lo anterior, puede colegir la Sala que se encuentra probado mediante los testimonios antes referidos que Onofre Zafra Sánchez, realizaba actividades agrícolas y ganaderas; sin embargo, como este era menor de edad para la época de los hechos, no reposa en el expediente medio probatorio que acredite que tal labor se estaba desempeñando con el lleno de los requisitos legales exigidos; por lo tanto, mal haría esta Corporación en reconocer a los demandantes rubro alguno por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado por el periodo de tiempo en el cual el joven Zafra no había alcanzado la mayoría de edad, debido a que con esta actuación se estaría amparando el trabajo infantil, proscrito en nuestro ordenamiento legal¹⁵³.

Pese a lo antes dicho, y en aplicación del principio de equidad y atendiendo a las reglas de la experiencia y siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación, se reconocerá este perjuicio a partir del cumplimiento de la mayoría de edad de Zafra Sánchez. Sin embargo, al material probatorio no se allegó documento alguno que demuestre los ingresos devengados a partir de este momento, por tal razón la Sala procederá a aplicar

¹⁵² Fls. 236 – 257 C. 1

¹⁵³ Artículo 14 del Decreto 2737 de 1989.

la presunción jurisprudencial que una persona en edad productiva devenga por lo menos un salario mínimo legal¹⁵⁴.

En consecuencia, la Sala procederá a indemnizar perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado con base en el salario mínimo legal mensual vigente, esto es, SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$689.454).

A esta cifra se le disminuye el 28,55% que corresponde al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se le diagnosticó al lesionado en el dictamen¹⁵⁵ No. 239/08 practicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander. De esta forma, se obtiene que el monto para hacer el cálculo del lucro cesante será de **\$492.614**.

De otra parte, se constató que según certificación¹⁵⁶ expedida por el Notario Único del Círculo de Rionegro (S), se encuentra inscrita la partida de Onofre Zafra Sánchez cuya fecha de nacimiento corresponde al 5 de abril de 1987.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el actor nació el 5 de abril de 1987 y cumplió los 18 años, el 5 de abril de 2005, esto es, después de la ocurrencia de los hechos (11 de febrero de 2004), el lapso de tiempo que se va a indemnizar es el comprendido entre la fecha en que Onofre Zafra cumplió su mayoría de edad (5 de abril de 2005) y la presente sentencia (febrero de 2016), lo cual correspondería a **130.66 meses**. Así las cosas, el lucro cesante consolidado se liquidará conforme a la siguiente fórmula matemática:

¹⁵⁴ “(...) En caso de no poder determinarse el último salario mensual del señor Hincapié Jaramillo, se tendrá en cuenta el monto del salario mínimo para la época del accidente (julio 15 de 1984), pues estando probado que trabajaba en todo caso tendría que devengar por lo menos dicho salario mínimo (...)” - Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de mayo de 1990, Exp. NS-121, C.P.: Clara Forero de Castro. Esta tesis ha sido reiterada por la Corporación en múltiples fallos, entre otros por Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1999, Exp. 15504, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia de 7 de octubre de 1999, Exp. 12655, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 11 de abril de 2002, Exp. 13227, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 18902, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; Sentencia de 25 de julio de 2011, Exp. 19434, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁵⁵ Fls. 181 - 184 C. 1

¹⁵⁶ Fl. 4 C. 1

$$S = \frac{Ra ((1+i)^n - 1)}{i}$$

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada, es decir, el valor de \$492.614

N: número de meses que comprendido entre la fecha de los hechos y la presente sentencia, es decir, 130.66 meses.

I: interés puro o técnico, esto es, 6% anual o 0.004867 mensual.

$$S = \$492.614 \frac{(1 + 0.004867)^{130.66} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$89.661.618}$$

En consecuencia, por concepto de lucro cesante consolidado se reconocerá a **ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ** la suma de **OCHENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$89.661.618)**

8.1.2.2. Lucro Cesante futuro:

Frente a este perjuicio el actor, pidió que se le reconociera el tiempo transcurrido entre la fecha de la demanda y el fin de la supervivencia probable de Onofre Zafra Sánchez.

Así las cosas, la vida probable del lesionado, conforme a las proyecciones anuales de población por sexo y edad, previstas en la Resolución 0497 del 20 de mayo de 1997, eran de 57,82 años, esto es, 693,84 meses.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concederá el lucro cesante desde el día siguiente a la fecha de la presente sentencia, hasta que se cumpla la vida probable.

Por lo tanto, se tomará como periodo el comprendido entre la expectativa total de vida de ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ, es decir, 693,84 meses, tiempo al cual se le restará lo

reconocido por concepto de lucro cesante consolidado (130.66 meses), obteniendo como resultado final 563,18 meses. Para realizar el cálculo con base en la siguiente fórmula matemática financiera:

$$S = \frac{Ra ((1+i)^n - 1)}{i (1+i)^n}$$

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada, es decir, el valor de \$492.614

N: expectativa de vida de Onofre Zafra Sánchez, es decir, 563,18 meses.

I: interés puro o técnico, esto es, 6% anual o 0.004867 mensual.

$$S = \$492.614 \frac{(1 + 0.004867)^{563,18} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{563,18}}$$

$$\underline{\underline{S = \$ 94.642.586}}$$

Así pues, se le reconocerá a **ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ** por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro la suma de **NOVENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$94.642.586)**.

8.2 Perjuicios Morales.

Ahora bien en el caso concreto y bajo los argumentos antes expuestos, el demandante pidió que **LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** por concepto de compensación por el daño moral subjetivo, pagara la suma de MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, al padre de la víctima y a su hermana menor la suma de QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES.

Este perjuicio está dado por la enorme y grave agresión a los derechos subjetivos a la integridad psico-física, la tranquilidad y estabilidad familiar, el trabajo, etc, padecida por la víctima y su núcleo familiar.

Antes de realizar la tasación de los perjuicios morales, la Subsección considera necesario definir los mismos. El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fijó como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.



Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.

Así pues, en el *sub judice* el reconocimiento se hará de acuerdo con la relación afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Es así como, en el plenario a través de testimonios se encuentra acreditado que la familia del joven Onofre Zafra ha sufrido una serie de angustias, desasosiego, y duelo, a raíz del accidente sufrido con la mina antipersonal.

En consecuencia, observa la Sala que los demandantes dentro del presente proceso se encuentran, respecto de la víctima, en el primer nivel así: Hugo Zafra (padre de la víctima). En el segundo nivel está, Ana Delia Zafra Sánchez (hermana de la víctima)

Así las cosas, como se dijo, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba de relación afectiva con la víctima, las cuales se valoraran en virtud de lo expuesto previamente en las consideraciones sobre la flexibilización de la prueba en los casos de graves violaciones de derechos humanos, frente a lo cual obran las siguientes pruebas en el expediente:

1. Copia de la certificación¹⁵⁷ expedida por el Notario Único del Círculo de Rionegro (S), donde indica que en el registro civil de nacimientos que lleva esa notaria, correspondiente al serial 19667676 se encuentra inscrita la partida de Onofre Zafra Sánchez, el día 5 de abril de 1987.
2. Copia Registro Civil de Nacimiento¹⁵⁸ serial 29492971 correspondiente a Ana Delia Zafra Sánchez, hija de Hugo Zafra y Marina Sánchez Amado, la cual nació el 22 de abril de 1992.
3. Copia Registro Civil de Matrimonio¹⁵⁹ serial 3872166, en donde consta que el día 23 de septiembre de 1978 contrajeron matrimonio Hugo Zafra y Marina Sánchez Amado.
4. Declaraciones de los señores Jairo Omar León Almeida, Gilberto Castillo Almeyda, Alfonso Rivera Meléndez, Luis Francisco Angarita Mantilla, Wilmer Meléndez Mendoza, Raúl Agredo Serano, Rodolfo Mantilla, Gabriel Sánchez, Fermin Manrique, Francisco Sánchez, Luis Felipe Rodríguez, son contestes en señalar que Onofre Zafra vivía con sus papás Hugo Zafra y Marina Sánchez y los hermanos entre los cuales estaba su hermana Ana Delia que resultó afectada por el accidente por su corta edad y demuestran la cercanía afectiva que existía entre ellos y la afectación ocasionada por el accidente.

¹⁵⁷ Fl. 4 C. 1

¹⁵⁸ Fl. 5 C. 1

¹⁵⁹ Fl. 6 C. 1

Así las cosas, se condenará al reconocimiento de los perjuicios morales a los demandantes en este sentido:

DEMANDANTES	SMLMV
ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ (Víctima directa)	40
HUGO ZAFRA (padre)	40
ANA DELIA ZAFRA SÁNCHEZ (hermana)	20

8.3 Daño a la salud

Solicita el accionante que **LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** lo indemnice, o cuando menos compense, el llamado perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación sufrido por el joven ONOFRE ZAFRA en la cantidad de MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES.

Este daño o perjuicio se deriva de los daños físicos irreversible con los que tiene que convivir el actor por el resto de su vida y que le impiden desplegar a plenitud diversas actividades inherentes a una vida normal (correr, jugar, saltar, bailar, etc).”

Al respecto la Sala estima oportuno precisar que, no obstante que en la demanda se pidió el reconocimiento del perjuicio, denominándolo “perjuicio fisiológico”; se entrará a estudiar esta pretensión habida cuenta de la pluralidad de los *nomina iura* que se utilizaron en el pasado para denotar el daño corporal. Sabido es que esta Corporación unificó esas distintas denominaciones en un único nomen iuris: “daño a la salud”; por tanto, no podría el recurrente ver negada su pretensión so pretexto la denominación del perjuicio ha cambiado.

En segundo lugar, se precisa que en el momento que se unificó la divergencia de nombres que habían utilizado, en el de daño a la salud se dispuso que:

“...el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica¹⁶⁰. Por lo tanto, no es posible desagregar o

¹⁶⁰ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema

subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista. De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada¹⁶¹

Este precedente fue reiterado recientemente en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014¹⁶², en el cual se dispuso:

*“Frente a la liquidación del daño a la salud, la Sala reitera los lineamientos planteados en sentencia del 28 de agosto del año en curso, Rad. 31.170, MP. Enrique Gil Botero, en la que se unificó la jurisprudencia en relación a la tasación, en los siguientes términos:
“De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:
Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.
Lo anterior, con empleo del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:*

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
<i>Igual o superior al 50%</i>	<i>100 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</i>	<i>80 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</i>	<i>60 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</i>	<i>40 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</i>	<i>20 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</i>	<i>10 SMMLV</i>

de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031

¹⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31172.

“
Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.
Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.”

En el *sub iudice* se tiene, que el joven Onofre Zafra Sánchez a sus 16 años de edad, sufrió amputación de la pierna derecha a nivel de su tercio superior que le acarreó un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral equivalente a 28, 55%.

Teniendo en cuenta las variables enunciadas, en el caso concreto se encuentran demostradas las siguientes, las cuales se cuantificarán conforme a lo probado en el proceso de la siguiente manera:

Variable probada	Valoración de acuerdo con las circunstancias y pruebas explicadas en la parte motiva
Factores sociales	Existen declaraciones que ponen de presente que la amputación de la pierna derecha a nivel de su tercio superior, le afectó socialmente para la realización de actividades cotidianas en el campo desarrollando labores de agricultura y ganadería y en sus hobbies como el fútbol y el baile. Se otorgan 35 SMLMV
La amputación de la pierna, que le genera una incapacidad permanente parcial del 28.55%	Lo cual le genera una deformidad física permanente con afectación parcial de la locomoción de conformidad con la tabla descrita. Se otorgan 40 SMLMV
Edad de la víctima (16	Al momento de los hechos, el menor ONOFRE

años)	ZAFRA SÁNCHEZ tenía 16 años de edad, por lo que deberá padecer el perjuicio durante toda su vida. Se otorgan 35 SMLMV
Total	100 SMLMV

Por tanto, la Sala reconocerá al actor por daño a la salud a la víctima directa del daño, la suma equivalente a 100 SMLMV.

9. El concepto de víctima en el conflicto armado.

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

En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos¹⁶³ y del derecho internacional humanitario, bien sea que se

¹⁶³ Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la

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

Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “pro homine”¹⁶⁴, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos¹⁶⁵.

Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

¹⁶⁴ En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

¹⁶⁵ Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva

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

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

Es preciso advertir que el de víctima no es un concepto que se agota sólo en el ordenamiento interno, por el contrario, sino que su pleno e integrador dimensionamiento se encuentra en el derecho convencional [en los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos¹⁶⁶] construyéndose, consolidándose y defendiéndose

OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46.

¹⁶⁶ Como lo anota Yasemin Soysal. “En el periodo de posguerra el Estado-nación, como estructura de organización formal, se desvincula cada vez más del locus de legitimidad, el cual se ha trasladado al nivel global trascendiendo las identidades y las estructuras territorializadas. En este nuevo orden de la

como afirmación del principio democrático y la consolidación de la justicia distributiva, como la jurisprudencia constitucional lo reconoce en la sentencia C-253A de 2012 según la cual “[...] también son víctimas aquellas personas que hubieran sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, sucedidas con ocasión del conflicto armado interno”.

No hay duda que el derecho internacional de los Derechos Humanos con su influjo integrador permite que la víctima logre una posición central, en tanto protagonista de un conjunto de disposiciones jurídicas que le protegen de diversas maneras¹⁶⁷⁻¹⁶⁸.

En este orden de ideas, en criterio de la Sala la determinación de lo que constituye víctima, así como los derechos que de tal conceptualización se derivan, se comprende a partir de la convencionalidad subjetiva y objetiva [esto es por la entidad material de los mandatos de protección, y por control que sobre los ordenamientos se puede realizar

soberanía, el sistema principal asume la labor de definir las reglas y los principios, otorgando a los Estados-nación la responsabilidad de garantizar su respeto y aplicación (Meyer, 1980, 1994). Los Estados-nación siguen siendo los principales agentes de las funciones públicas, aunque la naturaleza y los parámetros de estas funciones son determinadas cada vez más en el nivel global.”. SOYSAL, Yasemin. Hacia un modelo de pertenencia posnacional, en Ciudadanía Sin Nación. (Yasemin Soysal, Rainer Bauböck y Linda Bosniak) Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Bogotá, 2010, pp.138-139.

¹⁶⁷. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 447-497. **Sobre este punto anota Cançado Trindade que “la notable evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y hasta el presente, que proporcionó la realización de aquella meta, por configurarse entera y debidamente orientado hacia las víctimas. El advenimiento y la consolidación del corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos restituyó a las víctimas su posición central en el orden normativo”.** Además, la víctima ha recuperado espacio, más recientemente, también en el dominio del derecho penal contemporáneo, - tanto interno como internacional, - como indicado, v.g., por la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas de 1985 sobre Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Crimen y Abuso de Poder (atinentes a crímenes en el derecho interno), y los Principios Básicos y Directrices de las Naciones Unidas de 2006 sobre el Derecho a un Recurso y Reparación para Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Violaciones Serias del Derecho Internacional Humanitario (atinentes a crímenes internacionales). Cf., v.g., M.C. Bassiouni, "International Recognition of Victims' Rights", 6 *Human Rights Law Review* (2006) pp. 221-279; and cf.: I. Melup, "The United Nations Declaration on [Basic] Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power", in *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond* (eds. Y. Danieli, E. Stamatopoulou y C.J. Dias), N.Y., U.N./Baywood Publ. Co., 1999, pp. 53-65; Th. van Boven, "The Perspective of the Victim", in *ibid.*, pp. 13-26; B.G. Ramcharan, "A Victims' Perspective on the International Human Rights Treaty Regime", in *ibid.*, pp. 27-35; G. Alfredsson, "Human Rights and Victims' Rights in Europe", in *ibid.*, 309-317.

¹⁶⁸ Voto Razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007 (Interpretación de la sentencia, reparaciones y costas) dictada dentro del caso La Cantuta c. Perú.

frente a estándares de protección de los derechos humanos], esto es, de valoración de esta figura jurídica a la luz de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los criterios jurisprudenciales que al respecto ha decantado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la normativa jurídica constitutiva del sistema universal de protección de Derechos Humanos, como lo es, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁹.

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

Una disgregación de este concepto de víctima permite extraer las siguientes conclusiones elementales: (1) indiferencia de las calidades personales y/o subjetivas de la víctima. A los ojos de esta definición universal, el concepto de víctima no requiere, para su estructuración, que se cuenten con ciertas calidades particulares por parte del sujeto afectado o dañado con la actuación, así mismo, también es claro que si concurren ciertas condiciones particulares de cualquier índole (miembro de población civil, miembro de la fuerza pública, etc) ello no tiene ninguna virtud de afectar la calidad de víctima; (2) indiferencia de las calidades personales y/o subjetivas del victimario.

¹⁶⁹ **Por consiguiente, en la labor de construcción de los derechos de las víctimas es preciso destacar, en el derecho internacional, la existencia de normas jurídicas que disponen i) el reconocimiento a toda persona a la personalidad jurídica (artículo 3 de la CADH y 17 del PIDCP), ii) el reconocimiento de los derechos que tiene todo afectado por una violación de estos derechos a un recurso judicial efectivo (artículos 8 y 25 de la CADH y 14 del PIDCP) y iii) el deber que tiene todo Estado de respetar los derechos reconocidos así como el deber de adoptar disposiciones de derecho interno en orden a ello (artículos 1° y 2° de la CADH y 2° del PIDCP).**

Igualmente, la estructuración del concepto de víctima no pende, en modo alguno, de las calidades del perpetrador y/o responsables de los actos dañosos, en este sentido; (3) cualificación de los actos constitutivos del daño. A diferencia de los dos criterios expuestos, el concepto de víctima descansa, en esencia, sobre el tipo de acciones u omisiones llevadas a cabo. Sobre este punto, es preciso señalar que las acciones ejecutadas en contra de la víctima demandan una cualificación jurídica (normativa) particular, deben corresponderse con violaciones manifiestas o graves del cuerpo normativo que reconoce el derecho internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y el derecho de gentes¹⁷⁰.

De acuerdo con estos elementos, la Sala comprende como víctima a todo sujeto, individuo o persona que sufre un menoscabo, violación o vulneración en el goce o disfrute de los derechos humanos consagrados en las normas convencionales y constitucionales, o que se afecta en sus garantías del derecho internacional humanitario¹⁷¹. No se trata de una definición cerrada, sino que es progresiva, evolutiva y que debe armonizarse en atención al desdoblamiento de los derechos y garantías. Y guarda relación con la postura fijada por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-781 de 2012, que procura precisar el concepto desde el contexto del conflicto armado, considerando que se “*se trata de víctimas del conflicto armado cuando los hechos acaecidos guardan una relación de conexidad suficiente con este*. Desde esa perspectiva ha reconocido como hechos acaecidos en el marco del conflicto armado (i) los desplazamientos intraurbanos, (ii) el confinamiento de la población; (iii) la violencia sexual contra las mujeres; (iv) la violencia generalizada; (v) las amenazas provenientes de actores armados desmovilizados; (vi) las acciones legítimas del Estado; (vi) las actuaciones atípicas del Estado; (viii) los hechos atribuibles a bandas criminales; (ix) los hechos atribuibles a grupos armados no identificados, y (x) por grupos de seguridad privados, entre otros ejemplos. Si bien algunos de estos hechos también pueden ocurrir

¹⁷⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 17 de septiembre de 2014, exp. 45092.

¹⁷¹ SALVIOLI, Fabián Omar, “Derecho, acceso, y rol de las víctimas, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, en VVAA, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997, pp.293 a 342. “[...] En el Derecho Internacional Contemporáneo, puede definirse, en principio, como víctima de una violación a los derechos humanos, a aquella que ha sufrido un menoscabo en el goce o disfrute de alguno de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, debido a una acción u omisión imputable al Estado”.

sin relación alguna con el conflicto armado, para determinar quiénes son víctimas por hechos ocurridos en el contexto del conflicto armado interno, la jurisprudencia ha señalado que es necesario examinar en cada caso concreto si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno”¹⁷².

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

En todo caso, la víctima materialmente comprendida, no queda reducida a aquella que es objeto de la simple violación o vulneración de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de gentes, sino que esta sigue teniendo toda su entidad jurídica y reconocimiento así no se produzca tal violación a estos derechos, ya que de la producción de un daño antijurídico que sea imputado al Estado siempre deviene la determinación de un sujeto [o sujetos] víctima [s] de una afectación en sus derechos, intereses o bienes jurídicos protegidos constitucional y legalmente en el sistema jurídico interno. De igual manera, la concepción convencional no propende por estratificar o discriminar la naturaleza jurídica de la víctima, sino de establecer estándares que deben operar tanto para la protección de los derechos, como para procurar su reparación integral, o plena indemnidad, de manera tal que a toda víctima le es aplicable como máxima sin distinción alguna¹⁷³.

Por tanto, la Sala considera que el concepto de víctima descansa sobre la base de la universalidad lo que, por consiguiente, impone la proscripción de distinciones o discriminaciones odiosas por causa de sexo, raza, condición social, religiosa, política o por la posición social o funcional de una persona; de modo que vislumbra que cualquier sujeto de derecho puede ser considerado como una potencial víctima –a la luz del

¹⁷² Corte Constitucional, sentencia C-781 de 10 de octubre de 2012.

¹⁷³ **al entender que los derechos de las víctimas hacen parte del núcleo de los derechos humanos comprende que éstos deben ser reconocidos y garantizados a plenitud por el Estado tanto a nivel normativo (adopción de disposiciones de derecho interno, las que incluso ceden convencionalmente ante contradicciones entre mandatos de principios, normal y reglas internacionales de protección –control objetivo de convencionalidad-) como fáctico.**



derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y derecho gentes- siempre que se concreten en él o sus familiares una conducta activa u omisiva constitutiva de una grave violación de Derechos Humanos o de Derecho Internacional Humanitario.

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

Finalmente, y en virtud a lo contemplado en la Ley 1448 de 2011, cuyo objeto es establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales, le corresponde al Gobierno Nacional, como Estado el deber de memoria tal y como lo señala el artículo 143 de esta disposición que se circunscribe a propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de sus diferentes expresiones tales como víctimas, academia, centros de pensamiento, organizaciones sociales, organizaciones de víctimas y de derechos humanos, así como los organismos del Estado que cuenten con competencia, autonomía y recursos, puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto.

10. Medidas de reparación no pecuniarias

Al respecto, la Sala considera que en el *sub examine* se precisa la reparación integral mediante medidas de reparación no pecuniarias por la omisión en la prestación del servicio de seguridad y protección a la población civil de la Vereda San Carlos del

Corregimiento El Paujil, comprensión municipal de Matanza (Santander), por parte de la Ejército Nacional, al desconocer los estándares convencionales como Convención de Ottawa.

De manera que, la Sala estudia si procede en el presente caso ordenar medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y las afectaciones a las que fueron sometidos los demandantes. Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90 y 93 de la Carta Política, la base legal del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional de los derechos humanos, para el caso específico consistente en las lesiones sufridas por un menor de edad en el marco del conflicto.

Así las cosas, acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión:

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

2. Copia de esta providencia deberá ser remitida a la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en virtud a los lineamientos establecidos en el Decreto 1649 de 2014.

2. Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL**, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

3. Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si hay lugar a abrir o continuar una investigación por los hechos ocurridos en la Vereda San Carlos del Corregimiento El Paujil, comprensión municipal de Matanza (Santander), el 11 de febrero de 2014, para poder determinar los miembros que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas contra la víctima del presente asunto, y consistentes en: a) violación del derecho a la salud, b) violación del derecho a la integridad personal, c) violaciones de las normas de la convención de Ottawa y todas aquellas que se desprendan de los hechos, y en dado caso, se pronuncie si procede su encuadramiento como un caso que merece la priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para investigar a la organización o grupo armado insurgente que opere en la zona de los hechos y a sus máximos responsables por las presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas **ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ**.

4. Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que abra las investigaciones

disciplinarias por los hechos ocurridos en la Vereda San Carlos del Corregimiento El Paujil, comprensión municipal de Matanza (Santander), el 11 de febrero de 2014 y se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo de Santander, a los familiares de la víctima y a los medios de comunicación de circulación local y nacional, y publicarlo en su página web.

5. **ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ** y sus familiares son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la Ley 1448 de 2011.

6. Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional, así como se difunda por su página web y redes sociales

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

10. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander proferida el 24 de junio de 2010 y, en consecuencia se dispone:

PRIMERO. DECLÁRESE administrativamente responsable a **LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**, por perjuicios materiales, morales y daño a la salud ocasionados al joven **ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ Y OTROS**, como consecuencia de las lesiones sufrida a raíz del accidente del que fue víctima al activar una mina antipersonal, ocurrido el 11 de febrero de 2004.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNESE** a **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante al joven **ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ** la suma de **CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUATRO MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS M/CTE (\$184.304.204)**

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNESE** a **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios morales a los demandantes el equivalente en suma de dinero, así:

DEMANDANTES	SMLMV
ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ (Víctima directa)	40
HUGO ZAFRA (padre)	40
ANA DELIA ZAFRA SÁNCHEZ (hermana)	20

CUARTO. Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNESE** a **LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL** a pagar por concepto de daño a la

salud a **ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ** la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales.

QUINTO. ORDENAR Y EXHORTAR a las siguientes medidas de reparación no pecuniarias:

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

2. Copia de esta providencia deberá ser remitida a la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en virtud a los lineamientos establecidos en el Decreto 1649 de 2014.

2. Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL**, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

3. Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si hay lugar a abrir o continuar una investigación por los hechos ocurridos en la Vereda San Carlos del Corregimiento El Paujil, comprensión municipal de Matanza (Santander), el 11 de febrero de 2014, para poder determinar los miembros que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas contra la víctima del presente asunto, y consistentes en: a) violación del derecho a la salud, b) violación del

derecho a la integridad personal, c) violaciones de las normas de la convención de Ottawa y todas aquellas que se desprendan de los hechos, y en dado caso, se pronuncie si procede su encuadramiento como un caso que merece la priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para investigar a la organización o grupo armado insurgente que opere en la zona de los hechos y a sus máximos responsables por las presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas **ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ**.

4. Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que abra las investigaciones disciplinarias por los hechos ocurridos en la Vereda San Carlos del Corregimiento El Paujil, comprensión municipal de Matanza (Santander), el 11 de febrero de 2014 y se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo de Santander, a los familiares de la víctima y a los medios de comunicación de circulación local y nacional, y publicarlo en su página web.

5. **ONOFRE ZAFRA SÁNCHEZ** y sus familiares son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la Ley 1448 de 2011.

6. Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional, así como se difunda por su página web y redes sociales

7. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la



ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

SEXTO. En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada



GUILLEMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado