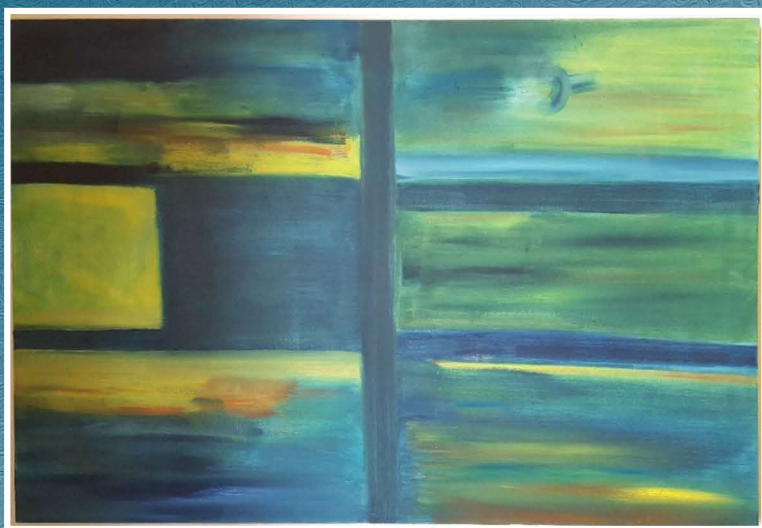


La Corte Interamericana de Derechos Humanos

**Aproximaciones a la influencia del
precedente vinculante y de los regímenes
objetivo y subjetivo en el derecho de daños**



**JOSÉ LÓPEZ OLIVA
GERMÁN ORTEGA RUÍZ**



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aproximaciones a la influencia del
precedente vinculante y de los regímenes
objetivo y subjetivo en el derecho de daños

JOSÉ LÓPEZ OLIVA
GERMÁN ORTEGA RUÍZ

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN 978-958-5535-04-6

© JOSÉ LÓPEZ OLIVA, 2018

© GERMÁN ORTEGA RUÍZ, 2018

© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2018

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra

Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia

PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181

www.ilae.edu.co

Ilustración de portada: GERMÁN ORTEGA RIBERO. *Las primaveras de Santander*, óleo sobre lienzo, 1,50 X 0,80 cm.

Diseño de carátula, composición y edición electrónica:

Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144

editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia

Published in Colombia

*A MARIA RUBY OLIVA DE LOPÉZ,
quien siempre me ha permitido abrir las alas y volar.*
JOSÉ

*A mi madre, GLORIA ISABEL RUÍZ RUÍZ, quien me
permitió escribir en la paredes de mi casa.*
GERMÁN

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO PRIMERO	
ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS	19
I. El Estado de la naturaleza y la protección de los derechos del hombre	20
II. La Declaración de Independencia de Estados Unidos de América (1776) y los conflictos posteriores que involucran los derechos humanos de las personas	21
A. El constitucionalismo federal y convencional norteamericano	23
B. El criterio univoco y equivoco de algunos Estados y entes generadores de violencia en el contexto global que genera tensiones	26
III. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	28
A. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y su evolución	29

B. Los principios en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	31
IV. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948	35
A. La Declaración Universal de los Derechos Humanos: ¿ <i>Soft law</i> ?	37
B. La Declaración de los Derechos Humanos y la dimensión social de protección	39
V. Métodos de protección de los derechos humanos	42
La dignidad del ser humano y su especial protección	44
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA	49
I. Antecedentes históricos del principio de seguridad jurídica y su relación con el derecho de daños en el contexto nacional e internacional	50
II. El Estado de naturaleza y la seguridad jurídica	52
Las relaciones entre seguridad jurídica y positivismo jurídico	53
III. El concepto de seguridad jurídica a partir de la protección de los derechos humanos del más débil	55
A. Requisitos exigidos por la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	56

B.	La positividad de los derechos humanos y su relación con el principio de seguridad jurídica	58
IV.	La concepción de seguridad jurídica en un Estado constitucional	60
A.	La firmeza de la seguridad jurídica a través del precedente judicial	62
B.	Los límites impuestos a la seguridad jurídica por el derecho constitucional y convencional	63
C.	La seguridad jurídica: principio o subprincipio en un Estado constitucional	65
D.	Los criterios material e inmaterial del principio de seguridad jurídica	66
V.	Importancia del principio de seguridad jurídica en el derecho de daños	66
A.	La seguridad jurídica y el derecho de daños percibidos como valores que garantizan los principios de las personas	67
B.	La teoría del riesgo y la garantía de protección de los derechos de la víctima	69
C.	El derecho de daños y el fortalecimiento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral a la víctima de un daño médico-sanitario	70
D.	Las tensiones existentes en la aplicación del principio de seguridad jurídica por las diferentes fuentes del derecho de daños	72

E. La seguridad jurídica: un sinónimo de uso de la fuerza	74
VI. Los límites a los órganos del poder público a través del principio de seguridad jurídica	76
VII. La cosa juzgada y su relación con el principio de seguridad jurídica	78
VIII. La irretroactividad de la ley y el principio de seguridad jurídica	79
CAPÍTULO TERCERO	
EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	81
I. Antecedentes de la defensa de los derechos humanos en la Comunidad Internacional	81
A. La protección de las garantías del ser humano a través de la Organización de las Naciones Unidas	84
B. La protección de las garantías del ser humano a través del Consejo de Europa	86
II. Antecedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	89
III. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el amparo de los más débiles	92
IV. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	95
A. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	97
B. La Corte Interamericana de Derechos Humanos	100

1. El activismo judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	103
2. La imposición de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	104
3. La correspondencia entre las normas internas y las normas que regulan el derecho internacional	106
VII. La protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos	108
CAPÍTULO CUATRO	
EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL:	
EL SUBJETIVO Y EL OBJETIVO	111
I. La teoría del riesgo creado	113
II. La doctrina del riesgo beneficio	115
III. La doctrina del acto anormal	117
A. La necesidad o no de establecer diferentes tipos de responsabilidad objetiva	119
B. El régimen de responsabilidad objetivo en la jurisdicción ordinaria civil y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo	121
IV. Las actividades peligrosas en las jurisdicciones: Civil, de lo contencioso administrativa y constitucional	124

A.	El caso Jand'heur vs. Galeries Belfortaises y la responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas	125
B.	El daño especial	126
C.	El riesgo excepcional	129
D.	Las tensiones ocasionadas en la interpretación del daño especial y el riesgo excepcional	132
V.	La imputación subjetiva por falla en el servicio y la atribución aplicable al daño antijurídico	134
VI.	La imputación fáctica en el régimen objetivo y subjetivo de la responsabilidad	137
VII.	El régimen subjetivo y objetivo en la obligación contractual o extracontractual	140
	BIBLIOGRAFÍA	145
	LOS AUTORES	163

INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –COI-DH– con sede en la ciudad de San José de Costa Rica, está conformada por jueces que interpretan las normas, reglas y principios consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹, con el propósito de concretar la voluntad de los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; a su vez, los nombrados operadores de justicia dirigen de forma integral el ordenamiento jurídico para la garantía de los valores consagrados en la Convención, que integra el Sistema interamericano compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– y la COIDH.

1 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS –COIDH–. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

Una vez interpretadas las reglas, los principios y los valores de la Convención, los jueces interamericanos profieren fallos fundamentados en la *ratio decidendi*, que se constituye en la base necesaria de la decisión judicial que formula el principio, la regla o la razón con fuerza vinculante, que integra órdenes o prohibiciones ajustadas a la Convención Interamericana. Lo anterior tiene el propósito de otorgar seguridad jurídica al sistema de normas con categoría de reglas y principios que regulan el derecho de daños en el ámbito de los países interamericanos, incluido Colombia.

En este país, la Corte Constitucional, que es independiente de la jurisdicción ordinaria y de la contencioso administrativa, está instituida como un órgano de cierre de la denominada jurisdicción constitucional, que propende por la integridad y la supremacía de la Constitución Política de 1991, donde se salvaguardan los derechos de las víctimas, por ejemplo, de los daños ocasionados a los usuarios del servicio médico; el daño es exteriorizado por la prohibición del Estado a través de sus representantes, de la práctica, por ejemplo, de técnicas de fecundación humana asistida como la fecundación *in vitro* o por el daño antijurídico causado por el Estado ante la falla en el servicio, por el daño especial o por el riesgo excepcional; en este último caso, la responsabilidad por riesgo es también denominada objetiva, causal o responsabilidad sin culpa².

2 JULIO BARBOZA. "La responsabilidad internacional", en Organization of American States, 2006, disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiii_curso_derecho_internacional_2006_julio_barboza.pdf].

Así mismo, el objetivo central de esta investigación es demostrar que los fallos proferidos por los jueces de la COIDH, generan un precedente vinculante que obliga al juez nacional a aplicar la *ratio decidendi* proferida por la citada Corte, en procesos donde se discute la vulneración de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y a la reparación integral.

La investigación se realiza a través de una metodología descriptiva, con análisis de la información relacionada con las decisiones de los jueces nacionales e interamericanos, donde se involucran temas atinentes a la vulneración de los derechos de las víctimas por parte de un Estado. Estos temas son analizados y sistematizados por la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como foránea donde son involucradas teorías, regímenes de responsabilidad –con culpa o sin esta–, entre otros, situación que representa un gran impacto por tratarse de un tema de actualidad, pertinente y que, a su vez, genera tensiones al interior de quienes intervienen en la exteriorización del daño.

Las denominadas “actividades peligrosas” han activado en el derecho diferentes regímenes de responsabilidad. Esta situación se hace evidente a través de los diferentes fallos y decisiones de los jueces, en especial de las Altas Cortes nacionales (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional), quienes han adoptado el régimen de responsabilidad subjetiva y objetiva a través de una variedad de decisiones jurisprudenciales. Por ende, esta investigación analiza los pronunciamientos más relevantes de las nuevas tendencias contemporáneas, relacionadas con

el derecho de la responsabilidad desde los ámbitos nacional e internacional.

El presente texto se encuentra estructurado en cuatro capítulos, los dos primeros escritos por el profesor JOSÉ LÓPEZ OLIVA, y los dos restantes por el profesor GERMÁN ORTEGA RUÍZ, de la siguiente manera: en el primer capítulo, son estudiados los antecedentes de la protección de los derechos humanos a partir del Estado de la naturaleza, para continuar con las declaraciones y métodos de protección de las garantías constitucionales del ser humano. En el segundo capítulo, se analiza el principio de seguridad jurídica y su incidencia en el derecho de daños causados, sobre todo, por parte del Estado; en el tercer capítulo, se hace alusión al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sus antecedentes y mecanismos de prevención y sanción de las garantías del hombre, por ejemplo, del paciente en condición de vulnerabilidad; en el cuarto capítulo, indagamos los regímenes de responsabilidad: objetivo y subjetivo, con el propósito de identificar las tensiones y los beneficios de su aplicación en un contexto determinado, con énfasis en el ámbito médico-sanitario. Para concluir, se revelan los hallazgos de esta investigación que permiten dar apertura a nuevas indagaciones relacionadas con los temas abordados en este texto que es resultado de investigación.

CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS

José López Oliva

En principio, es importante hacer referencia a los antecedentes de la protección de los derechos humanos de las personas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, a través de la aplicación adecuada de la seguridad jurídica y de los regímenes subjetivo y objetivo de responsabilidad. Lo anterior, con el propósito de identificar el avance de la prevención de los hechos que lesionan las garantías de acceso a la justicia, a la defensa judicial efectiva, o al debido proceso, entre otros, considerados pilares fundamentales de una sociedad democrática e incluyente, que acoge la Convención Americana de Derechos Humanos³.

3 RAUL FERNANDO MARÍN NÚÑEZ. "La persona jurídica como sujeto de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Perspectivas Internacionales*, vol. 6, n.º 1, enero-diciembre de 2010, disponible en [<http://revistas.javeri->

I. EL ESTADO DE LA NATURALEZA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Los derechos naturales, íntimamente relacionados con los derechos del hombre, son legitimados por las diferentes doctrinas de los derechos humanos, que están fundamentadas en el derecho natural. Por ejemplo, SAMUEL FREIHERR VON PUFENDORF⁴ y JOHN LOCKE⁵, como lo indica MARÍA ÁNGELES APARISI MIRALLES⁶, indican que el derecho natural ha influenciado a través del tiempo a los protocolos y a las declaraciones que amparan los derechos fundamentales de las personas; la Declaración Americana sobre Derechos Humanos es una muestra de los actos jurídicos plurilaterales que aportaron históricamente a la salvaguarda de las ideas de libertad e igualdad, de igual modo, la contribución es relevante porque son fortalecidos el amparo a la dignidad humana, sin desconocer el valor de la propiedad que nace a partir de la concepción de “Estado de la naturaleza”.

anacali.edu.co/index.php/perspectivasinternacionales/article/view/822/1348].

- 4 Zwönitz, Alemania, 8 de enero de 1632-Berlín, 13 de octubre de 1694.
- 5 Wrrington, UK, 29 de agosto de 1632-High Laver, UK, 28 de octubre de 1704.
- 6 MARÍA ÁNGELES APARISI MIRALLES. “La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre”, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, n.º 70, octubre-diciembre de 1990, pp. 209 a 223, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27087.pdf>], p. 20.

Con posterioridad a la Declaración de la Independencia de Estados Unidos de América de 4 de julio de 1776⁷ se fortalecen, en primer lugar, el principio de legitimidad y luego, los denominados “derechos naturales”, de gran incidencia en las relaciones políticas, jurídicas y sociales de la nación. Los derechos naturales son inherentes al ser humano e involucran los principios, los valores, la moral y la ética y son incorporados en el pacto social, este pacto o *acuerdo* es celebrado entre el hombre y las corporaciones políticas que inciden, de forma recurrente, en los derechos inalienables e inherentes del ser humano⁸.

II. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1776) Y LOS CONFLICTOS POSTERIORES QUE INVOLUCRAN LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS

En 1775 se llevó a cabo la Revolución Americana⁹, por los numerosos inconvenientes presentados entre los colonos americanos y los soldados británicos, situación que la origina y es considerada uno de los antecedentes y referentes más importantes de la historia de Estados Unidos. La separación de las colonias del imperio anglosajón y los aspectos históricos, jurídicos y políticos facilitaron el proceso de independencia y el posterior establecimiento de la nación que hoy se

7 Disponible en [<http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclaraUSA.pdf>].

8 APARISI MIRALLES. “La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre”, cit.

9 O Revolución de las 13 Colonias, entre 1775 y 1783.

denomina Estados Unidos de América con una estructura federal.

El profesor RODRIGO GONZÁLEZ QUINTERO¹⁰ señala que el federalismo es una de las estructuras políticas más relevantes del constitucionalismo americano, porque busca la salvaguarda de los derechos humanos de las personas a través de un órgano superior: el Estado Federal de la Nación Americana. A su vez, la Corte Suprema de Estados Unidos es la que instauro la Constitución y estructura del federalismo, con el propósito de fijar los límites pertinentes para garantizar la ausencia de la transgresión de las garantías que tienen las personas. Así, en 1776 y 1780 se dan a conocer las nociones de las primeras Constituciones estatales de las ex colonias norteamericanas, donde es impulsada la responsabilidad subjetiva por el hecho ajeno.

En la responsabilidad por el hecho ajeno, el daño lo causa el *directamente responsable* (entendido como tal, la persona que estando bajo el cuidado de otra, causa el daño a un tercero), por quien debe responder el demandado como *civilmente responsable* (persona que tiene a otra bajo su cuidado). Entendido así se generaría, como su nombre lo indica, una responsabilidad indirecta o por el hecho de otro¹¹.

-
- 10 RODRIGO GONZÁLEZ QUINTERO. "Estados, federación y soberanía en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema Americana", en *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 1, 2013, pp. 89 a 142, disponible en [<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art04.pdf>], pp. 89 a 142.
- 11 MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOZ. "La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno", en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, n.º 1, enero-junio de 2003, disponible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100007].

Más adelante, a partir del siglo xx, Estados Unidos de América es examinado desde una visión unívoca, es decir, históricamente se evidencia que los intereses unilaterales de los norteamericanos se sobreponen al interés general y, a su vez, favorecen los diferentes compromisos contraídos a nivel global en un contexto de conflictos bélicos internacionales, sobre todo, cuando el ataque a Pearl Harbor¹² debilita, pero a la vez alerta acerca de la vulnerabilidad del Estado Americano que ya cuenta con un gran poder económico internacional. Sumado a lo anterior, el elevado poder económico y bélico de los países capitalistas aumenta las tensiones ocasionadas por la Guerra Fría¹³ y las alianzas contra el comunismo¹⁴.

A. El constitucionalismo federal y convencional norteamericano

Los conflictos entre países comunistas y capitalistas son permanentes y, por lo tanto, de constante estudio para los derechos constitucional, convencional y de los derechos humanos. Estos derechos contienen principios que surgen a través del tiempo y son indispensables para la evolución posterior del constitucio-

12 Hawái, 7 de diciembre de 1941.

13 Final de la Segunda Guerra Mundial (1945)-caída del muro de Berlín, 10 de noviembre de 1989.

14 MARÍA ELENA GONZÁLEZ DELUCA. "Estados Unidos frente al mundo: Entre paradojas y desafíos", en *Cuadernos del Cendes*, vol. 51, n.º 51, septiembre de 2002, pp. 131 a 158, disponible en [http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082002000300008].

nalismo y del convencionalismo occidental, con gran incidencia en otras latitudes. La Declaración de Independencia Americana, por ejemplo, reivindica y anuncia la existencia de derechos individuales y colectivos creados por el Gobierno de turno, pero regulados y controlados de forma directa por las convenciones y tratados internacionales ratificados por los países suscriptores del acto jurídico pertinente¹⁵.

Por su parte, en la Constitución Federal de 1787¹⁶ se establecen unos principios relevantes, dos de ellos son el de separación de poderes y el de control mutuo, con el propósito de robustecer el federalismo. Este modelo es instaurado como una organización jurídica-política que, según lo señala GONZÁLEZ¹⁷, crea tensiones entre los Estados de la Unión, porque cada Estado busca de forma individual su propio fortalecimiento. Así, uno de los retos más significativos de Estados Unidos de América se direcciona a que en todos los contextos se conozca su poder económico, político e intelectual para así fortalecer sus intereses internos y externos.

En el contexto colombiano, por ejemplo, este país hace parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a partir del 31 de julio de 1973 y con poste-

15 GONZÁLEZ QUINTERO. "Estados, federación y soberanía en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema Americana", cit.

16 Ver en español en [https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf].

17 GONZÁLEZ DELUCA. "Estados Unidos frente al mundo: Entre paradojas y desafíos", cit.; GONZÁLEZ QUINTERO. "Estados, federación y soberanía en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema Americana", cit.

rrioridad acepta la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para dirimir los conflictos en los que sea involucrado el Estado colombiano. Así las cosas, desde el 21 de junio de 1985 el ordenamiento jurídico nacional es permeado por las decisiones del citado órgano internacional, situación prevista en la Constitución Política de Colombia del 91¹⁸.

Esta norma indica que los tratados y convenios internacionales sancionados por el Congreso de la República, donde son reconocidos los derechos humanos que pueden ser lesionados por un daño antijurídico, predominan en el orden interno¹⁹. Por ende, la víctima del daño antijurídico tiene la posibilidad de demandar la indemnización de los perjuicios ocasionados por el Estado a través de un proceso de reparación directa por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional²⁰.

18 Artículo 93, CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>]. En adelante, todas las referencias a la Carta Magna remiten a esta fuente.

19 EZEQUIEL MALARINO. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en GISELA EISNER, KAI AMBOS y EZEQUIEL MALARINO (coords.). *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, vol. 1 Berlín y Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25 a 62, disponible en [https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=8d5b99f2-d031-e97a-23a4-8ffeb5d0564c&groupId=252038].

20 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Radicación 050012331000199903218-01, Expediente 31182, Actor: CARLOS ANDRÉS ROJAS LONDOÑO y

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”. En este sentido se ha señalado que “en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”²¹.

En este orden de ideas, la víctima del daño antijurídico en el ejercicio del derecho de acción tiene la posibilidad de exigir el pago de los perjuicios generados por el hecho jurídico ilícito.

B. El criterio univoco y equivoco de algunos Estados y entes generadores de violencia en el contexto global que genera tensiones

Algunos fallos proferidos por las cortes Interamericana, Europea y Africana de Derechos Humanos tie-

otros, Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro, Naturaleza: Acción de reparación directa, C. P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO, 2014, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100019990321801.pdf>].

- 21 CONSEJO DE ESTADO, sobre noviembre de nto: Acciensa Nacional-Ejo de Seguros Sociales y otro, Naturaleza: Acci quincenales por SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Radicación 05001233100020020348701 (32912), Actor: DARÍO DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO y otros, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, Asunto: Acción de repación directa, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 28 de enero de 2015, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020020348701.pdf>].

nen una denominación común: la violencia generada como consecuencia del conflicto armado en los contextos local y regional. Por ejemplo, desde la década de 1980, el conflicto armado colombiano ha ocasionado la reiterada y sistemática vulneración de los derechos humanos por parte del Estado y de grupos al margen de la ley. En este contexto, la población civil es la directamente afectada por los daños generadores de perjuicios como consecuencia de actos terroristas, masacres, asesinatos selectivos, neutralización de movimientos políticos, desapariciones forzadas, entre otros²².

Según lo señala MARC W. CHERNICK²³ el conflicto armado tiene un amplio componente político y representa el argumento recurrente en los procesos de negociación con el Estado, es decir, para llegar a acuerdos, las transacciones se fundamentan en situaciones que involucran las políticas sociales, económicas y culturales, entre otras. Según lo señala el profesor RODRIGO GONZÁLEZ QUINTERO²⁴, son dos las características de la política interior y exterior de países que generan conflictos a nivel local, regional e internacional: 1. La tensión interior existente entre el Estado y

22 JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. "Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Colombia y la mirada de la justicia internacional", en *Prolegomenos. Derechos y Valores*, vol. xvii, n.º 35, enero-junio de 2015, [<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v18n35/v18n35a06.pdf>].

23 MARC W. CHERNICK. *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2008.

24 GONZÁLEZ QUINTERO. "Estados, federación y soberanía en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema Americana", cit.

sus ciudadanos para lograr satisfacer las necesidades de los asociados, que en algunas oportunidades colisionan con los compromisos de la agenda global; y 2. La común unión existente entre la expansión de sus intereses políticos y económicos comporta la intervención en la estructura política de otros países, con el propósito de reiterar y sobreponer su condición de potencia.

De este modo, la tendencia al univocismo, equivocismo y el unilateralismo genera la interposición de intereses particulares con los de la política exterior. El univocismo, está ligado al positivismo jurídico donde la norma es aplicada con independencia de la vulneración de los derechos humanos del más débil. Y el equivocismo que está representado en el actuar ligero e imprudente que ocasiona la vulneración de los derechos humanos de las personas²⁵.

III. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁶ es un precedente histórico que revela los límites a las transgresiones de los derechos humanos ocasionadas por la monarquía absoluta, es decir, se evidencian límites al poder político y judicial

25 MAURICIO BEUCHOT. *Tratado de hermenéutica analógica: Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 2.^a ed., México D. F., Editorial Itaca y Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2000.

26 Disponible en [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf].

del *ancien régime*. Esta declaración pretende alcanzar la protección de los derechos del más débil así como el amparo de las garantías de todos los individuos de una sociedad, el propósito es orientar el futuro de los ciudadanos más vulnerables con las mejores condiciones de vida y, sobre todo, con la salvaguarda de los principios y valores de todo el contexto social.

Visto lo anterior, se consagra que los derechos naturales e imprescriptibles de las personas son únicos e irrepetibles y, por lo tanto, inherentes al ser humano, aparte del contexto o lugar geográfico donde se pretenda hacerlos valer. Por consiguiente, la nombrada declaración es el pilar fundamental para soportar, por ejemplo, lo que en la actualidad se denomina la teoría objetiva del riesgo, que prescinde de la culpa para amparar en mayor medida los derechos humanos de las personas. Esta teoría se abstiene del juicio de valor o aspecto moral del demandado, es decir, se excluye la culpa como elemento estructural de la responsabilidad civil o estatal con el propósito de facilitar en mayor medida el amparo de las garantías de la víctima.

A. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y su evolución

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es estructurada, en principio, en un texto provisional que sufre diferentes críticas, escenario que genera la elaboración de las modificaciones pertinentes. El documento no satisface a todos los diputados que integran las sesiones de discusión, en esencia, porque

la declaración, según JULIO ALVEAR TÉLLEZ²⁷, integra intereses individuales y difusos que no son aprobados en las sesiones regulares de la Asamblea Nacional.

Sin embargo, se rescata la postura de uno de los más importantes líderes de la Revolución Francesa²⁸, MAXIMILIEN FRANÇOIS MARIE ISIDORE ROBESPIERRE²⁹, quien manifiesta que la declaración es la plataforma ideológica de la citada Revolución: es el primer documento formal que soporta la insurrección fundada en los humanos, es decir, el primer escrito que incorpora y declara los derechos humanos de las personas, primordialmente, de los más necesitados. En forma análoga, acorde con lo anterior, el contradictor de ROBESPIERRE, THOMAS PAINE³⁰, manifiesta que el documento representa “la regeneración del hombre” y, también, simboliza los cambios que el ser humano debe realizar en los diferentes ámbitos y contextos, en su condición de ser social³¹.

27 JULIO ALVEAR TÉLLEZ. “La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la ‘Declaración’ francesa de 1789”, *Revista de Derecho de la Pontifica Universidad de Valparaíso*, n.º XLV, 2.º semestre de 2015, pp. 341 a 371, disponible en [<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n45/a13.pdf>].

28 5 de mayo de 1789-9 de noviembre de 1799.

29 Arrás, Francia, 6 de mayo de 1758-Paris, 28 de julio de 1794.

30 Thetford, UK, 29 de enero de 1737-New York, 8 de junio de 1809.

31 ROGER CHARTIER. *Espacio, público, crítica y desacralización en el siglo XVIII: Los orígenes culturales de la Revolución Francesa*, Barcelona, Gedisa, 1995.

A su vez, el filósofo alemán GEORG WILHEM FRIEDRICH HEGEL³², como indica ALVEAR TÉLLEZ³³, manifiesta que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es entendida como una “esplendida aurora” que está íntimamente relacionada con “el principio de la libertad”. Por ende, este documento representa la evolución histórica del ser humano, porque pasa de ser considerado un simple esclavo, a tener su propia libertad y dignidad: ningún ser humano tiene la autoridad de suprimir los derechos del otro, porque la ley dispone de sanciones estipuladas en delitos y en penas consagradas a través de normas preexistentes.

B. Los principios en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Uno de los antecedentes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776, que motiva el interés político-social en países como Francia, donde se inicia una nueva etapa de amparo de la igualdad, libertad y fraternidad³⁴. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es reconocida e instituida por la Asamblea Nacional Constituyente francesa como uno de los textos

32 Stuttgart, 27 de agosto de 1770-Berlín, 14 de noviembre de 1831.

33 ALVEAR TÉLLEZ. “La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la ‘Declaración’ francesa de 1789”, cit.

34 JULIETA BARREIRO. “Dignidad en la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 y su fundamentación desde Kant y Habermas: Antecedentes filosóficos en el campo de la salud mental”, en *Anuario de Investigaciones*, vol. 21, n.º 2, 2014, pp. 211 a 216.

principales de la Revolución de 1789, porque define los derechos personales y determina las garantías colectivas y universales del individuo.

La citada declaración ampara los derechos del ciudadano y representa el esfuerzo realizado a través de siglos de opresión y represión, en los que el hombre es considerado indigno y carente de libertad e igualdad. Esta situación es modificada por movimientos libertarios que propenden, ante todo, por la promoción de la equidad. La declaración es influenciada por la doctrina de los derechos del hombre en un Estado garantista y, a su vez, *ius naturalista*.

Por consiguiente, la igualdad es un principio trascendental evidenciado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que permite a todas las personas tener el mismo trato y consideración al momento de presentarse ante cualquier autoridad judicial o administrativa, esta garantía está fundamentada en la resistencia a la opresión, en la preservación de la seguridad y la propiedad, entre otros. De igual manera, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es un manuscrito que está cimentado en la libertad y en la fraternidad³⁵.

Todos estos principios son incorporados en la Asamblea Nacional Francesa y ratificados –como lo señala el profesor ALVEAR TÉLLEZ³⁶– por la Constitu-

35 GEORG JELLINEK. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, ADOLFO POSADA (trad.), México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–, 2000, disponible en [https://www.ddooss.org/libros/Georg_Jellinek.pdf].

36 ALVEAR TÉLLEZ. “La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la ‘Declaración’ francesa de 1789”, cit.

ción gala de 3 de septiembre de 1791³⁷ donde se reconocen los derechos individuales y colectivos orientados por el principio de dignidad humana. La nombrada Asamblea Nacional del país europeo relaciona los derechos del hombre y del ciudadano, las siguientes son algunas de estas garantías: 1. El derecho a la libertad e igualdad de las personas destinatarias de las garantías propias del ser humano; 2. La presunción de la buena fe de las personas en cualquier relación negocial o extracontractual; 3. El derecho a la libre comunicación de pensamiento y de opinión de los individuos a través del dialogo, la escritura, los foros públicos y privados, entre otros; 4. El derecho que tienen las personas a no ser castigados sin una justa causa, con la exigencia de que la conducta generadora de un daño esté instaurada en el ordenamiento legal; 5. El derecho a la libertad, que exige el no hacer daño (*primum non nocere*) a otra persona en su ámbito social; y 6. El respeto inalienable del otro, independientemente de su pensamiento³⁸.

Del mismo modo, la profesora argentina JULIETA BARRERIRO³⁹ reitera que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la dignidad hu-

37 Ver versión en español disponible en [<http://aajc.com.ar/home/wp-content/uploads/2016/07/Constitución-Francesa-de-1791.pdf>].

38 ANTONIO ESCUDERO GUTIÉRREZ. "Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano", en *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía y Letras* vol. 7, n.º 13, primer semestre de 2005, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28261313>].

39 BAREIRO. "Dignidad en la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 y su fundamentación desde Kant y Habermas: Antecedentes filosóficos en el campo de la salud mental", cit.

mana es considerada uno de los principios fundamentales de especial protección, dado que esta garantía es demandada de forma recurrente a través del tiempo, en esencia, en contextos complejos en razón del establecimiento de la esclavitud y de la degradación de las condiciones de las mujeres y de los más débiles. Así, la dignidad del ser humano es interpretada a partir de dos concepciones:

1. La concepción del filósofo alemán IMMANUEL KANT⁴⁰⁻⁴¹ que infiere que la dignidad es inherente al ser humano, con independencia de su condición. La dignidad del paciente, por ejemplo, es transgredida por la inobservancia de los protocolos pertinentes en la prestación sanitaria; Así,

la inobservancia de los reglamentos se integra cuando el facultativo no cumple las medidas que se imponen con carácter obligatorio (las prácticas médicas), tanto en los reglamentos de carácter general como específicos, pudiendo derivarse de la inobservancia una responsabilidad, no solo en el orden laboral o administrativo sino también penal⁴². y

2. La concepción del filósofo y pensador alemán JÜRGEN HABERMAS⁴³ al señalar que la dignidad humana

40 Königsberg, Alemania, 22 de abril de 1724-12 de febrero de 1804.

41 IMMANUEL KANT. *La crítica de la razón pura*, MARIO CAIMI (trad.), Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2009.

42 JORGE MIGUEZ y ANGELA NORMAYDA. "La responsabilidad médica: una preocupación de todos", en *MediSur*, vol. 8, n.º 1, enero-febrero de 2010, disponible en [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-897X2010000100001].

43 JÜRGEN HABERMAS. *El discurso filosófico de la modernidad*, Buenos Aires y Madrid, Katz Editoriales, 2008.

es comprendida a partir del reconocimiento recíproco de la sociedad, es decir, de los individuos de la misma especie. Estos dos conceptos, enseña la nombrada profesora BARBEIRO, integran la declaración que ampara las garantías del hombre y del ciudadano.

Estas garantías deben ser protegidas a través de recursos idóneos y expeditos presentados ante los jueces civiles, penales o administrativos, entre otros, con el propósito de amparar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, en la ley o en una Convención, en el último caso, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que ampara las garantías de las personas que pueden ser lesionadas por la negligencia o imprudencia del Estado, a través de sus servidores públicos⁴⁴.

IV. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama en la ciudad de París, la Declaración de los Derechos Humanos Fundamentales⁴⁵, en la Asamblea son socializados los derechos

44 JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ y MARTHA CECILIA MAYA CALLE. “El derecho de petición individual en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su relación con las obligaciones que surgen de las medidas interinas y provisionales”, en *Estudios de Derecho*, vol. 66, n.º 148, 2010, pp. 13 a 40, disponible en [http://www.academia.edu/511772/El_derecho_de_peticion_individual_en_el_Sistema_Interamericano_de_Derechos_Humanos_y_su_relacion_con_las_obligaciones_que_surgen_de_las_medidas_interinas_y_provisionales].

45 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS –ONU–. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Resolución 217 A (III), de 10 de

cardinales que son inherentes a cada individuo de un grupo social. Así mismo, se ordena la traducción a los diferentes idiomas de la citada declaración con el propósito de que el mundo global conozca y aplique las garantías de protección de todo hombre en su contexto; lo anterior, en concordancia con la Resolución 217 A (III) recién citada.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es considerada uno de los principales referentes para la consulta y aplicación de los aspectos históricos que consagran la protección de los derechos del hombre en el contexto global. Así, cada uno de los representantes que integran los países suscriptores de la declaración realiza aportes que revelan los antecedentes jurídicos y culturales de cada nación, en forma fundamental, relacionados con el amparo de los derechos humanos de la persona en condición de vulnerabilidad.

En la citada declaración, los representantes del pueblo francés a la Asamblea Nacional impulsan todo lo relacionado con la exclusión de la ignorancia, del olvido y del desprecio de los derechos del hombre, porque estas situaciones generan adversidad, debilitan el sector público y fomentan la corrupción del Gobierno de turno. A su vez, los representantes deciden impulsar una declaración solemne que integra los derechos naturales del hombre: imprescriptibles, inalienables y sagrados, con el objetivo de que este documento sea discutido y tenga una amplia difusión en todos los es-

diciembre de 1948, disponible en [<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>].

cenarios posibles. En ese orden de ideas, se pretende identificar y fortalecer los derechos y los deberes de los asociados y del Estado en el contexto global⁴⁶.

A. La Declaración Universal de los Derechos Humanos: ¿Soft law?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se instituye mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, situación que permite concluir que esta disposición no tiene un carácter vinculante, es decir, solo se trata de un instrumento de derecho suave –*soft law*–. Este documento es estructurado en la Conferencia de San Francisco en donde se instituyen la Carta de las Naciones Unidas⁴⁷, la Organización de las Naciones Unidas –ONU– y, de manera adicional, es creada la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el evento, celebrado en 1945, interviene el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que instauro la Comisión de los Derechos Humanos con el propósito de fortalecer las garantías básicas de la persona. De este modo, en la Asamblea General reunida el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París se integran 17 de 30 artículos, que conforman la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁸.

46 ESCUDERO GUTIÉRREZ. “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano”, cit.

47 San Francisco, 26 de junio de 1945, disponible en [<http://www.un.org/es/charter-united-nations/>].

48 JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ y ANA MARÍA DUQUE VALLEJO. “Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de *ius cogens*?”, en

Sin embargo, autores como ACOSTA LÓPEZ y DUQUE VALLEJO⁴⁹, resaltan que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene un carácter vinculante, por tener la condición de tratado internacional que diferentes países han incluido o citado en sus ordenamientos constitucionales y legales. Esta declaración agrega el amparo de los derechos a la libertad e igualdad, entre otros, y es incorporada en tratados, convenios y pactos internacionales sobre derechos humanos de las distintas legislaciones de países que componen los cinco continentes.

Así, la citada declaración, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁰, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵¹ y sus respectivos protocolos adicionales constituyen la denominada Carta Internacional de los Derechos Humanos. Por último, es importante señalar que en la Proclamación de Teherán⁵² la Declara-

International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, n.º 12, enero-junio de 2008, pp. 13 a 34, disponible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562008000100002&lng=en&nrm=iso&tlng=es].

49 Ídem.

50 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (xxi), de 16 de diciembre de 1966, disponible en [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>].

51 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (xxi), de 16 de diciembre de 1966, disponible en [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>].

52 Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, disponible en [<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290.pdf>].

ción Universal de los Derechos Humanos es considerada obligatoria, porque esta enuncia unos conceptos y unas concepciones comunes para todos los pueblos, las nociones interpretan los derechos iguales e inalienables de los integrantes de la familia humana y, por estas consideraciones, es declarada obligatoria para toda la comunidad internacional.

B. La Declaración de los Derechos Humanos y la dimensión social de protección

Es trascendental hacer referencia al preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que la libertad, la justicia y la paz en el contexto global son principios de especial reconocimiento, por ejemplo, el principio de dignidad humana se examina de forma especial, porque está relacionado con las garantías de igualdad e inalienabilidad, con una especial protección por parte del Estado y de la sociedad. En efecto, estos derechos son protegidos por el régimen legal, constitucional y convencional de derecho y, al ser violentados, le corresponde al Estado por intermedio del funcionario judicial utilizar los medios coercitivos para proteger las garantías consagradas en la declaración.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene la finalidad de que tanto las personas como las instituciones promuevan a través de métodos de difusión y educación los derechos fundamentales del ser humano, bien sea a nivel nacional como internacional. Lo anterior, para fortalecer el reconocimiento y la aplicación efectiva de las garantías del ser huma-

no a través de la jurisdicción y la competencia pertinentes⁵³. Esta declaración estipula 30 artículos, que propenden por el amparo especial de derechos considerados de exclusiva protección. Las disposiciones más relevantes son las siguientes:

1. El artículo tercero indica que todo individuo, con independencia de su condición, tiene derecho a la libertad, a la vida y a la seguridad de su integridad física y emocional;

2. Todas las personas tienen la obligación de comportarse conforme a la ley y al derecho, con el objetivo de garantizar la plenitud del amparo, principalmente, de los derechos del más débil;

3. El artículo cuarto consagra que ninguna persona puede ser sometida a la esclavitud o a la servidumbre, es decir, el ser humano no puede ser considerado una cosa mercantil objeto de transacción;

4. En concordancia con la norma anterior, el artículo quinto indica que el ser humano no debe ser sometido a tratos crueles e inhumanos, la tortura, por ejemplo, es una conducta que amerita un castigo proporcional a la falta cometida;

5. El artículo séptimo de la declaración indica que todas las personas son consideradas iguales ante la ley y, por lo tanto, exigen un trato equitativo que demanda el mayor grado de equidad. La discriminación, así sea motivada por un Estado económicamente fuerte, es con dureza cuestionada; y

53 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. "La Declaración Universal de los Derechos Humanos", cit.

6. Por último, el artículo decimo de la mencionada declaración enseña que todo individuo tiene el derecho a ser escuchado de forma pública, cuando sus principios sean conculcados, para ello, se dispone de un tribunal independiente e imparcial que examina la transgresión del derecho ajeno, por parte del juez penal de perfil nacional o internacional⁵⁴.

Por consiguiente, la Carta de los derechos humanos promueve el progreso y el mejoramiento de las relaciones amistosas y leales entre las naciones, así, cada país tiene la obligación legal y convencional de integrar a su normatividad el contenido de la máxima herramienta de protección de los derechos, primordialmente, del más débil y vulnerable⁵⁵. En consecuencia, cada Estado miembro del órgano plurilateral tiene el compromiso de cerciorarse, en colaboración con la Organización de las Naciones Unidas, de que cada país respete y defienda los derechos universales y acoja las libertades fundamentales del hombre.

Dado lo dicho, los derechos fundamentales del ser como lo son dignidad, valor de la persona humana e igualdad tanto de los hombres como de las mujeres, promueven el progreso social y la libertad. Estos derechos y libertades tienen una especial protección cuando en la práctica prevalece en algunos contextos la lógica militar y una economía fundamentada en la guerra: los secuestros, las extorsiones y el narco-tráfico, entre otros, son eventos que obstaculizan los

54 Ídem.

55 Ídem.

anhelados objetivos de transformación institucional, social y económica⁵⁶.

V. MÉTODOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Existen tres métodos principales para la protección de los derechos humanos de las personas, en concreto, de los sujetos de especial protección constitucional y convencional:

1. El método pacífico centrado en la tolerancia y en la búsqueda de estrategias oportunas, idóneas y alejadas de la violencia y de la coerción legal e institucional. La tolerancia es el reconocimiento de las diferencias del otro, es decir, representa el hecho de reconocer y aceptar la existencia de diversas, afines y opuestas formas de pensar, creer y entender el mundo global;

2. El método de promoción que representa el impulso de los derechos humanos en los ámbitos educativo, político, social y cultural, entre otros, a través de mecanismos de información de los diferentes documentos internacionales: instrumentos jurídicos, acuerdos, declaraciones, cartas o tratados que tienen el propósito de impulsar el respeto de las garantías fundamentales en el contexto global⁵⁷; y

56 CARVAJAL MARTÍNEZ. "Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Colombia y la mirada de la justicia internacional", cit.

57 ELEONORA PARRA FERNÁNDEZ. "Los derechos humanos y la tolerancia. La tolerancia elemento clave en los derechos humanos", en *Razón y Palabra*, vol. 17, n.º 81, 2012, pp. 4 a 15, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/1995/199524700004.pdf>].

4. El método de protección a través de la sanción es de gran importancia para la salvaguarda de los derechos humanos. Por ejemplo, la tesis de la responsabilidad objetiva sostiene la posibilidad de aplicar a un caso específico una responsabilidad sin culpa: ni presunta, ni probada, en consecuencia, el dañado o víctima de la transgresión solo tiene que probar el daño y la relación de causalidad, prescindiendo del elemento culpa. Es una responsabilidad que se fundamenta en el vínculo material de causalidad entre el hecho o actividad del dañador y el daño sufrido, es decir, se trata de atribuir el riesgo a quien lo ha creado y no a la víctima que se limita a sufrirlo.

Estos métodos han sido reconocidos, como muestra, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en demandas donde se revelan las transgresiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los principios estipulados en la Constitución nacional⁵⁸. Estos pueden ser vulnerados, por ejemplo, con la presencia de un evento adverso en el servicio médico,

cuando se carece de una base metodológica que sustente los principios de la atención y que faciliten la organización de la información y el reconocimiento del momento oportuno para la prestación del cuidado⁵⁹.

58 CARVAJAL MARTÍNEZ. “Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Colombia y la mirada de la justicia internacional”, cit.

59 DIANA ACHURY SALDAÑA *et ál.* “Estudio de eventos adversos, factores y periodicidad en pacientes hospitalizados en unidades de cuidado intensivo”, en *Enfermería Global*, vol. 15, n.º 42, abril de 2016, disponible en [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1695-61412016000200011].

La dignidad del ser humano y su especial protección

De acuerdo a lo señalado por el profesor ENRIQUE CAPRIZO AGUILAR⁶⁰ los derechos humanos están representados en el conjunto de principios de los que es titular el ser humano, por el solo hecho de coexistir en un grupo o contexto social. Así mismo, es importante resaltar que el comportamiento de todos los seres humanos debe estar centrado en la fraternidad y en la hermandad, en esencia, porque los individuos están dotados de razón, de conciencia y de valores⁶¹, estos derechos pueden ser vulnerados, por ejemplo, por la presencia de un *evento centinela* derivado de la prestación en salud.

El *evento centinela* es definido como un

Suceso imprevisto, resultado de la atención médica que produce la muerte del paciente, pérdida permanente de una función u órgano o cirugía incorrecta y otro evento considerado como centinela por las políticas del establecimiento, debido a la gravedad que representa⁶².

Del mismo modo, el *evento centinela* en el contexto hospitalario se ha precisado como un hecho inespera-

60 ENRIQUE CARPISO AGUILAR. *Derechos fundamentales y la interpretación. La corte y los derechos*, México D. F., Porrúa, 2009, p. 110.

61 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. "La Declaración Universal de los Derechos Humanos", cit.

62 SANTIAGO ECHEVARRÍA ZUNO *et ál.* "Eventos adversos en cirugías", en *Cirujano General*, vol. 33, n.º 3, julio-septiembre de 2011, disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-00992011000300005].

do, aleatorio y no relacionado con la historia o situación natural de la enfermedad del usuario del servicio médico, que ocasiona: 1. La muerte del paciente; 2. Una lesión psicológica o física grave; o, en su defecto, 3. El riesgo de sufrir estas situaciones en el futuro que lesionan los derechos humanos del enfermo⁶³.

En realidad, para comprender qué son los derechos humanos, en primer lugar, es necesario definir el concepto de dignidad humana. Esta concepción se encuentra señalada en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: todos los seres humanos, independientemente de su condición y contexto, nacen libres, iguales y con dignidad. De igual manera, se evidencia de forma clara la salvaguarda del principio de la dignidad humana, en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde se reitera que todas las personas en cualquier ámbito deben ser protegidas en su dignidad plena, sobre todo, cuando son vulnerados sus derechos por el actuar negligente o descuidado⁶⁴.

Según lo indica DORANDO J. MICHELLINI⁶⁵, la dignidad humana es un valor único, insustituible e intrans-

63 PATRICIA MENA. "Error médico y eventos adversos", *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 79, n.º 3, junio de 2008, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062008000300012].

64 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., octubre de 2014, disponible en [<http://dle.rae.es/>], s. v. "negligencia".

65 DORANDO J. MICHELLINI. "Dignidad humana en Kant y Habermas", en *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, vol. 12, n.º 1, 2010, pp. 41 a 49, disponible en [<http://www.scielo.org.ar/img/revistas/efphi/v12n1/html/v12n1a03.htm>].

ferible y su protección o amparo no depende de ningún ámbito social, económico, religioso o cultural. La dignidad humana está relacionada de manera íntima con los derechos humanos que integran un conjunto de atribuciones reconocidas en instrumentos, declaraciones, pactos, tratados y Constituciones, con el propósito de hacer efectivo el derecho a la dignidad de todos los individuos, con énfasis en el de los más vulnerables, es decir, los derechos humanos constituyen los principios que conducen al respeto de la existencia real y humana en todos los contextos.

Por ejemplo, en Alemania, lugar en el que han sido vulnerados de forma recurrente los derechos humanos a través de la historia, se establece el reconocimiento de la dignidad humana en su ley fundamental, considerada un derecho cardinal de especial protección, es decir, el Estado alemán privilegia el amparo de los derechos humanos, considerados inalienables e inviolables en todos los contextos –incluido el médico-sanitario– contexto en el que se pueden generar daños al paciente por la presencia de un evento adverso, es decir, una situación que ocasiona un daño antijurídico no intencional al usuario médico, “como consecuencia del cuidado proveído o con ocasión de éste, más que como consecuencia de la enfermedad de base”⁶⁶.

66 HERNANDO GUILLERMO GAITÁN DUARTE. “Los eventos adversos en la atención en salud”, *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, vol. 59, n.º 4, 2008, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v59n4/v59n4a01.pdf>].

Para terminar, es importante reiterar que los derechos humanos están en concordancia con la dignidad humana porque, como lo señala Kant⁶⁷, “el ser humano es un fin en sí mismo”. Por consiguiente, la libertad, la igualdad entre los seres humanos, la seguridad jurídica, el principio de autorresponsabilidad, entre otros, deben ser incorporados en el ordenamiento legal, constitucional y convencional de todos los Estados⁶⁸.

67 IMMANUEL KANT. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, MANUEL GARCÍA MORENTE (trad.), San Juan de Puerto Rico, Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, disponible en [https://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf].

68 JORGE CARPIZO MAC GREGOR. “Los derechos humanos: Naturaleza, dominación y características”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 25, julio-diciembre de 2011, pp. 3 a 29, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965/7906>].

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

José López Oliva

La seguridad jurídica representa un principio de gran importancia en las responsabilidades del ámbito tanto internacional como local, tiene una amplia influencia en el derecho de daños causados por particulares o por el Estado, en los contextos nacional e interamericano de derechos humanos. Una de las principales preocupaciones del operador jurídico al dirimir un conflicto es lograr definir cuál es la estrategia jurídica a adoptarse, de acuerdo al caso en estudio, cuidando de no transgredir el principio de seguridad jurídica.

Esta situación no es ajena al ámbito de la “responsabilidad” que ampara los derechos humanos del más débil, en donde convergen diferentes corrientes y sustentos normativos. Son variadas las formas en las que un Estado puede vulnerar una convención o un tratado internacional, por ejemplo, al prescindir del ajuste de la reglamentación interna a los modelos interna-

cionales pertinentes, establecidos de forma directa en la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁹.

Así mismo, es factible la transgresión de los derechos humanos de las personas al aplicar de forma incorrecta los regímenes de responsabilidad. Por tanto, si existen diferentes regímenes de responsabilidad, por ejemplo, para una actividad peligrosa, surge la necesidad de aplicar el título de imputación pertinente en los derechos internacional, civil, administrativo, entre otros; lo precedente, con el propósito de evitar la lesión de las garantías de la víctima y del victimario y preservar el respeto del principio de seguridad jurídica.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE DAÑOS EN EL CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL

Uno de los beneficios jurídicos de mayor relevancia en la modernidad es la conquista política del denominado principio de seguridad jurídica, ligado en forma íntima al principio de legalidad: el primero no puede subsistir sin el segundo. Este principio es fundamental para la concreción del Estado social de derecho y

69 VIVIANA KRSTICEVIC. "Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos", Buenos Aires, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional –CEJIL–, 2009, disponible en [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/implementacion_aportes_para_los_procesos_legislativos_2.pdf].

para el fortalecimiento de la costumbre contractualista, propia del *ius positivismo* o positivismo jurídico, en el que impera la ley, inclusive, en un orden jerárquico superior al derecho y a las instituciones políticas, sociales y jurídicas.

De igual modo, la ley del Talión (Código de Hamurabi⁷⁰) –la aplicación de una especie de justicia privada o ley de compensación de daños– permite el acercamiento a la responsabilidad aquiliana, donde el causante del daño ilícito (*damnum iniuria datum*) está obligado a resarcir los perjuicios originados a la víctima. Estos avances sirven de soporte para que los franceses plantearan la teoría del riesgo y los regímenes de la responsabilidad subjetiva y objetiva⁷¹. Por ende, la seguridad jurídica es importante para garantizar el normal y concreto funcionamiento de un Estado, a quien le corresponde impartir justicia en un proceso de daños causados al más débil.

De este modo, la seguridad jurídica permite dirimir las tensiones presentadas desde la concepción del denominado “Estado de naturaleza”, es decir, a partir del respeto del pacto social que está direccionado a la conservación de la libertad, pero con las restricciones

70 ANÓNIMO. Código de Hamurabi, Madrid, Luarna Ediciones, s. f., disponible en [<http://www.ataun.net/bibliotecagratis/Clasicos%20en%20Español/Anónimo/Código%20de%20Hammurabi.pdf>].

71 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 18 de diciembre de 2012, M. P.: ARIEL RAMÍREZ SALAZAR.

propias del contexto, para no incurrir en una responsabilidad de tipo legal o judicial⁷²⁻⁷³.

II. EL ESTADO DE NATURALEZA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Para una mejor comprensión del tema es relevante indicar que existe, en primer término, un Estado de naturaleza donde la ley natural es la que normaliza las relaciones entre los hombres; en segundo término, un Estado legal en el que el comportamiento del ser humano es regulado a través de las leyes que previenen y sancionan las conductas generadoras de un daño en los diferentes ámbitos, el contractual y el extracontractual, a partir de la teoría de la culpabilidad, es decir, desde la observación del comportamiento del causante del daño.

Sin embargo, PUFENDORF, JEAN-JACQUES ROUSSEAU⁷⁴, LOCKE y KANT, como expone GALLEGU⁷⁵, afirman que el Estado de naturaleza genera inseguridad jurídica en todos los contextos, esto, porque las inter-

72 ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO. "La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia", en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 15, 2000, pp. 25 a 38, disponible en [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575/PDF>].

73 CARLOS ARTURO GALLEGU MARÍN. "El concepto de la seguridad jurídica en el Estado social", *Revista Jurídica*, vol. 9, n.º 2, julio-diciembre de 2012, pp. 70 a 90, disponible en [[http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf)].

74 Ginebra, 28 de junio de 1712-Emenonville, Francia, 2 de julio de 1778.

75 GALLEGU MARÍN. "El concepto de la seguridad jurídica en el Estado social", cit.

pretaciones ambiguas contravienen el estado óptimo para analizar un caso y para obtener la certeza requerida en la toma de decisiones cuando, por ejemplo, se dirimen los conflictos propios de la Revolución Francesa o se expide un fallo judicial donde son comprometidos los derechos humanos de las personas.

Del mismo modo, los citados pensadores señalan que un Estado de la naturaleza liberal lesiona las políticas dominantes de la iglesia católica y sus tres pilares fundamentales: el Vaticano, el Parlamento francés y el *ancien régime*, indican además que estas instituciones eran contrarias a los principios de seguridad jurídica y al de legalidad, es decir, se señala que en este periodo es recurrente el desconocimiento de estas garantías. Así, la seguridad jurídica es considerada de forma habitual un denominador común de las disputas, las tensiones y los conflictos presentados en las diversas comunidades, agrupaciones que demandan diferentes necesidades y dinámicas sociales, para lograr la armonía y adaptación requeridas en los nuevos modelos de Gobierno.

Las relaciones entre seguridad jurídica y positivismo jurídico

El proceso judicial por responsabilidad civil y estatal, por ejemplo, analizado como mecanismo para acceder ante un juez con el propósito de resolver las controversias entre la víctima y el victimario, es definido por el doctrinante y abogado italiano LUIGI CAR-

NELUTTI⁷⁶, como indica ANA MARÍA LOURIDO RICO⁷⁷, de la siguiente manera: el proceso es un contraste entre la justicia y la certeza, categorías que deben encontrarse en el mismo nivel al momento de proferir un fallo que dirime el conflicto, donde son aplicadas las normas positivas pertinentes para cada caso.

Así, la persona debe estar consciente de que al transgredir las normas le serán aplicadas las sanciones pertinentes, es decir, el individuo tiene la obligación de conocer las consecuencias del incumplimiento contractual o el resultado de la comisión de un delito o hecho jurídico ilícito regulado por el positivismo jurídico. Porque, como lo afirma el jurista alemán GUSTAV RADBRUCH⁷⁸, en opinión de LOURIDO RICO⁷⁹, la seguridad jurídica está ligada o integrada al positivismo jurídico.

76 Udine, 15 de mayo de 1879-Milán, 8 de marzo de 1965.

77 ANA MARÍA LOURIDO RICO. "La articulación de las relaciones entre la seguridad jurídica y la justicia: la cosa juzgada y algunos de los mecanismos procesales que permiten desconocerla", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 7, 2003, pp. 493 a 510, disponible en [<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2241/AD-7-25.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

78 Lübeck, Alemania, 21 de noviembre de 1878-Heidelberg, 23 de noviembre de 1949.

79 LOURIDO RICO. "La articulación de las relaciones entre la seguridad jurídica y la justicia: la cosa juzgada y algunos de los mecanismos procesales que permiten desconocerla", cit.

III. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA A PARTIR DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL MÁS DÉBIL

El estudio de la seguridad jurídica es de suma trascendencia y relevancia para la adecuada interpretación de cualquier tipo de ordenamiento jurídico, sin embargo, es importante comprenderla desde un contexto global y no particular. Por esta situación se aborda el tema de la protección de los derechos humanos de forma integral, en concreto, en los ámbitos nacional e internacional, en este último caso, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La mayoría de los autores coinciden en la definición de seguridad jurídica, que integra expresiones, elementos, principios y requisitos contenidos en un ordenamiento jurídico que busque, por ejemplo, la verdad, la justicia y la reparación integral esto, con el propósito de acercarse de forma precisa a un concepto que permita garantizar los derechos de las víctimas en los conflictos nacionales e internacionales que comprometan los derechos humanos del más débil. La responsabilidad internacional, por ejemplo, es generada por la exteriorización de los actos prohibidos por el derecho internacional por parte de un Estado⁸⁰.

Según lo enseña el profesor FERNANDO ARRÁZOLA JARAMILLO⁸¹ existen diferentes acercamientos frente a

80 BARBOZA. "La responsabilidad internacional", cit.

81 FERNANDO ARRÁZOLA JARAMILLO. "El concepto de la seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho", *Revista de Derecho Público*, n.º 32, 2014,

la definición de seguridad jurídica: algunos autores la identifican, primordialmente, con la previsibilidad y la certeza de la acción del Estado y de los particulares, cuando se trate de amparar los derechos humanos de las personas más vulnerables, otros doctrinantes por el contrario, equiparan a la seguridad jurídica con el derecho positivizado, situación que le permite al Estado la prevención de las conductas dañosas ocasionadas por particulares o funcionarios oficiales. Lo anterior, con el propósito, por ejemplo, de evitar que se incurra en responsabilidad internacional originada por un agente del Estado.

A. Requisitos exigidos por la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Es valioso señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica de 1969, es el principal tratado internacional donde son reconocidos y consagrados los derechos civiles y políticos de las personas, también, son promovidos en el citado acto jurídico plurilateral –de forma ligera– los derechos colectivos, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales⁸². Algunos derechos fundamentales registrados en la convención son coincidentes con ciertas Constitu-

pp. 1 a 27, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4760108>].

82 CIDH. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), cit.

ciones políticas que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el derecho a la vida desde la concepción, a la libertad personal, de tránsito o de pensamiento y el derecho a la seguridad jurídica, son algunas de estas garantías⁸³.

Por cierto, el profesor español JUAN BOLÁS ALFONSO⁸⁴ enumera las características del principio de seguridad jurídica a partir de la órbita objetiva, que alude solo a “la ley aplicable”, con la exigencia del cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. La coexistencia de una ley aplicable que regule, en este caso, el derecho de la responsabilidad y su indemnización; 2. La divulgación y publicidad de la ley destinada a resolver las tensiones entre la víctima y el victimario, con el propósito de que la norma sea conocida por todos los ciudadanos; 3. La vigencia de la ley y el contexto de aplicación de la misma; 4. La ausencia de todo tipo de alteración de la ley vigente, que tiene el propósito de dirimir los conflictos, por normas de menor categoría o jerarquía; y 5. Que la aplicación de la ley se encuentre garantizada por parte de una administración de justicia efectiva.

Al ser cumplido lo anterior, se plasman algunos de los propósitos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, además de lo

83 HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3.^a ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, disponible en [https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf].

84 JUAN BOLÁS ALFONSO (dir.). *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Madrid, Civitas, 1993.

dispuesto por la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776, y se está en correspondencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, estudiados en el capítulo anterior; así, la víctima de un daño, por lo general la parte débil y vulnerable en el régimen de las obligaciones, tiene la posibilidad de demandar la verdad, la justicia y la reparación integral de sus perjuicios, con el propósito de fortalecer la libertad y la fraternidad entre los hombres⁸⁵.

B. La positividad de los derechos humanos y su relación con el principio de seguridad jurídica

El profesor RADBRUCH, según JORGE ZAVALA EGAS⁸⁶, manifiesta que la seguridad jurídica permite alcanzar la positividad del derecho a través de la creación de parámetros que no se pueden modificar. Lo anterior, porque estos –como el debido proceso, por ejemplo– permiten interpretar de manera acertada la norma, no solo en virtud de los derechos humanos, sino también del orden político adoptado por el Estado.

85 BARREIRO. “Dignidad en la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 y su fundamentación desde Kant y Habermas: Antecedentes filosóficos en el campo de la salud mental”, cit.

86 JORGE ZAVALA EGAS. “Teoría de la seguridad jurídica”, *Revista Iuris Dicto*, año 12, vol. 14, 2011, disponible en [<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/709/781>].

De igual manera, el autor LON L. FULLER⁸⁷, estudiado también por ZAVALA EGAS⁸⁸, establece unas categorías que encuentran su utilidad en la identificación de un ordenamiento jurídico con las siguientes características: 1. La generalización de las normas; 2. La divulgación del ordenamiento legal; 3. La irretroactividad de la ley con prevalencia de la favorabilidad de la misma; 4. La claridad e idoneidad de la norma; 5. La coherencia entre los hechos investigados o en controversia con las normas aplicables al conflicto; 6. La posibilidad real de acatar las normas y el fallo posterior del litigio, por ejemplo, presentado por la mala práctica médica, esta, “puede definirse como la infracción o imprudencia cometida en ocasión del ejercicio de la profesión, que provoca efectos sobre la vida o la salud del enfermo y por lo cual se puede exigir responsabilidad jurídica”⁸⁹; 7. La estabilidad del Estado social de derecho; y 8. La congruencia entre lo dispuesto por la norma y la aplicación diligente de esta⁹⁰.

Sin embargo, el sistema de protección de los derechos humanos en los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene dificultades para cumplir con las características del ordenamiento jurídico, cuyo propósito es la salvaguarda de las garantías del más débil. A su vez, la Asamblea

87 Hereford, Texas, 15 de junio de 1902-München, 8 de abril de 1978.

88 ZAVALA EGAS. “Teoría de la seguridad jurídica”, cit.

89 TANIA AMORES AGULLA y JOSÉ ÁNGEL MARRERO QUESADA. “Mala praxis en el quirófano”, *Revista Cubana de Cirugía*, vol. 54, n.º 2, abril-junio de 2015, disponible en [<http://www.revcirurgia.sld.cu/index.php/cir/article/view/210/129>].

90 ZAVALA EGAS. “Teoría de la seguridad jurídica”, cit.

General de la Organización de Estados Americanos – OEA– posee restricciones al investigar y sancionar a algunos Estados que lesionan los derechos humanos, en principio, por dos situaciones concretas: 1. Naciones renuentes en lo relacionado con la ratificación del Pacto de San José; y 2. El retiro del país del citado Sistema Interamericano que ampara a las víctimas de un daño antijurídico⁹¹.

IV. LA CONCEPCIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

En el Estado constitucional de derecho –diferente al Estado legal de derecho– la seguridad jurídica presenta importantes modificaciones frente al “simple” Estado liberal y burgués de derecho. Lo anterior, porque en lo primordial la legalidad y la seguridad jurídica se entienden como “conquistas políticas” de la modernidad. Se reitera que la seguridad jurídica involucra la transformación del principio de legalidad, con el impulso otorgado a las revoluciones liberales burguesas y por la separación de la política de sometimiento del ciudadano.

El ciudadano considerado, en principio, poseedor de una inferioridad mental y a la vez incapaz de instituirse en un constituyente derivado. Entonces, como

91 FABIÁN OMAR SALVIOLI. “La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades”, *Revista de Relaciones Internacionales*, vol. 2, n.º 4, 1993, disponible en [http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/revista%204/R4-EFAB.html].

lo señala ÁIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, en opinión de ARRAZOLA JARAMILLO⁹², los efectos jurídicos de las normas impuestas por el legislador pueden lesionar la vida individual y social de los ciudadanos cuando son contrarias a los efectos positivos de los principios de legalidad y seguridad jurídica, principios que son catalogados como pilares fundamentales en un verdadero Estado constitucional y social de derecho⁹³.

Por ende, es imperativa la aplicación de la seguridad jurídica a las providencias judiciales, si son proferidas por la Corte Constitucional que, para el caso colombiano, es considerada un órgano de cierre en dicha jurisdicción. Con todo, esta soberanía puede generar tensiones en un momento histórico regulado por la democracia plebiscitaria y la regresión al caudillismo político y social. No obstante, Colombia en los últimos 20 años ha tenido un avance significativo en lo referente a la justicia constitucional y procesal constitucional a través de la acción de tutela o el precedente judicial, por ejemplo, y la eficacia del amparo de los derechos a través de la aplicación del principio de seguridad jurídica⁹⁴.

92 ARRÁZOLA JARAMILLO. "El concepto de la seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho", cit.

93 GALLEGO MARÍN. "El concepto de la seguridad jurídica en el Estado social", cit.

94 Ídem.

A. La firmeza de la seguridad jurídica a través del precedente judicial

La seguridad jurídica permite perpetuar los derechos humanos y genera una permanencia de las decisiones judiciales en el tiempo que comprometen, por ejemplo, los derechos humanos y las vulneraciones o afectaciones a los mismos. Los conceptos y concepciones incorporados en los fallos tienen un alto impacto y son validados en el subconsciente de la población a través de los denominados “precedentes” jurisprudenciales, donde el juez, con base en fundamentos objetivos y en virtud del poder que se le ha conferido, profiere una decisión judicial⁹⁵.

Entonces, una decisión de carácter jurídico que es emitida por un juez de la República no solo incide en el fin de una controversia particular sino también social, es decir, el fallo es estructurado en el marco del derecho y se convierte en una manifestación del poder judicial y en una evidente representación del Estado. Por ende, el poder estatal implica la toma de decisiones y su eficacia tiene un gran reto: evitar la manipulación de terceros que comprometan los derechos de los más débiles con la inobservancia, por ejemplo, de los protocolos médicos exigidos por una norma verbal o escrita⁹⁶.

95 LUIZ GUILHERME MARINON. “El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”, en *Ius et Praxis*, vol. 18, n.º 1, 2012, pp. 249 a 266, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100008].

96 ROXANA BERNARDET BURGOS PORTILLO. “La responsabilidad médica”, *Revista Médica La Paz*, vol. 20, n.º 2, julio-diciembre de 2014, dip-

B. Los límites impuestos a la seguridad jurídica por el derecho constitucional y convencional

La seguridad jurídica es un principio que por su misma naturaleza incide en todas las áreas del derecho y, en especial, las relacionadas con el amparo de los derechos cardinales del individuo, sin embargo, se hace necesaria la obligación de establecer unos límites impuestos a través del derecho constitucional y convencional, en este último caso, por medio de normas emitidas por tratados internacionales que son ratificadas por Colombia. Así mismo, las leyes orgánicas o marco que amparan los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, por ejemplo, asignan barreras a una supuesta “seguridad jurídica” amoldada a intereses particulares.

En suma, el principio de seguridad jurídica se encuentra en estrecha dependencia con el principio de legalidad, como se explicó antes, toda vez que la interpretación no puede separarse de la voluntad revelada por el legislador, o sea, se impide al juez agregar palabras o conceptos que incrementen o disminuyan un eventual efecto que podría implicar una “ventaja” en el proceso⁹⁷, por ejemplo, en dos circunstancias concretas: 1. En un proceso por responsabilidad estatal o civil donde sea utilizado el régimen subjetivo de responsabilidad, el juez no puede apartarse del concepto de culpa al proferir el fallo: La culpa o falla pro-

sonible en [http://www.scielo.org/bo/pdf/rmcmlp/v20n2/v20n2_a01.pdf].

97 ZAVALA EGAS. “Teoría de la seguridad jurídica”, cit.

bada y la culpa o falla presunta del dañador deben ser valoradas de acuerdo a las pruebas aportadas en el proceso judicial; y 2. Cuando el juez hace nugatorio el derecho del demandado de presentar las excepciones pertinentes relacionadas con la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o de la víctima. En este último caso, el Consejo de Estado⁹⁸

aseguró que, para que se configure el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, debe demostrarse no sólo la participación directa y eficiente de ésta en la producción del hecho dañoso, sino que, además, debe demostrarse que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.

En suma, la seguridad jurídica permite garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral y al victimario salvaguardar su derecho a una adecuada y eficaz defensa técnica.

98 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Radicación 88001233100020080003501 (38.252), Actores: LEONARDO ANTONIO FORBES TAITAS y otros, Demandado: Nación, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación, Asunto: Reparación directa, C. P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. 26 de agosto de 2015, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/88001233100020080003501.pdf>].

C. La seguridad jurídica: principio o subprincipio en un Estado constitucional

Las Constituciones de algunos países, las cartas y las declaraciones de derechos humanos fundamentales no consideran de forma directa que la seguridad jurídica sea un derecho humano y cardinal. A su vez, doctrinantes como LUIZ GUILHERME MARINONI⁹⁹ manifiestan que la seguridad jurídica es una forma de expresión del derecho, es decir, una manifestación del Estado moderno que considera a la seguridad jurídica como un sub principio que coadyuva a la estructura real de un Estado constitucional y convencional de derecho.

Por su parte, en los países de tradición jurídica latina y en las naciones que se rigen por el *common law*, la seguridad jurídica o legal es un principio cardinal, porque genera en los Estados la estabilidad y continuidad jurídica y democrática demandada por la comunidad, destacando en naciones que requieran normas, reglas y principios para dirimir los conflictos que pretendan desestabilizar la armonía en un contexto social donde el individuo, por ejemplo, introduzca un riesgo creado que le genera beneficio.

99 MARINON. "El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica", cit.

D. Los criterios material e inmaterial del principio de seguridad jurídica

La seguridad jurídica, analizada a través de un criterio material, está en íntima correspondencia con la realización del derecho, incluido el que protege de modo eficaz los derechos humanos del más débil, es decir, la seguridad jurídica no está fundamentada solo en la ley positiva sino también en los principios y los valores del hombre¹⁰⁰. De ahí que investigadores como el citado Marinon¹⁰¹ señalan que la seguridad jurídica es un sub principio que concreta un principio cardinal: el Estado social de derecho ligado a la dignidad humana y a la solidaridad.

V. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO DE DAÑOS

La importancia de la seguridad jurídica en la vida cotidiana encuentra eco en el argentino GREGORIO BADENI, quien al citar a KEMELMAJER DE CARLUCCI¹⁰², indica que cuando los efectos jurídicos de las normas propias del derecho de daños son aplicados de forma cierta e ininterrumpida, es posible establecer una

100 ARRÁZOLA JARAMILLO. "El concepto de la seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho", cit.

101 MARINON. "El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica", cit.

102 AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. "La seguridad jurídica", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.º 203, Buenos Aires, De Palma, 1998.

vida social e individual separada de la vulneración injusta de los derechos humanos, en forma análoga, el principio de seguridad jurídica evita los cambios normativos perversos, irracionales y presentados de forma inadvertida por el ejecutivo o el legislativo¹⁰³.

El filósofo español FELIPE GONZÁLEZ, según indica ARRAZOLA JARAMILLO¹⁰⁴, señala que la seguridad jurídica permite legitimar el derecho –de daños–, porque impone la observancia del mismo. Por otro lado, en opinión de GARCÍA MANRIQUE, también citado por el mismo autor, el umbral democrático y el contenido justo de las normas jurídicas son dos razones más que suficientes para justificar la obediencia plena del derecho. Sin embargo, en mayor o menor medida la seguridad jurídica cobra preeminencia al momento de establecer si las normas deben o no ser obedecidas, porque estas pueden lesionar los derechos humanos del más débil y vulnerable, cuando es víctima de un daño causado por el Estado o un particular.

A. La seguridad jurídica y el derecho de daños percibidos como valores que garantizan los principios de las personas

ANTHONY WESTON, como comenta ARRAZOLA JARAMILLO¹⁰⁵ señala que un valor es aquella meta o propósito

103 ARRAZOLA JARAMILLO. "El concepto de la seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho", cit.

104 Ídem.

105 Ídem.

al que el hombre aspira y que, en algunos contextos, se le reconoce como “principio positivizado”, porque expresa de modo abstracto o general una norma o guía establecida en forma de ley. Así, la seguridad jurídica es un principio porque está desarrollado a partir del concepto de Estado social de derecho, puntualizado en la Constitución colombiana, además, este principio representa el grado de confianza que tienen los ciudadanos en las funciones de las ramas del poder público: Ejecutiva, Legislativa y Jurisdiccional, todas, llamadas a operar de forma armónica y además a aplicar la ley –principio de legalidad–.

De similar manera, este principio representa de forma tangible lo que se conoce como derecho adquirido, cosa juzgada, precedente judicial, principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal desfavorable, entre otras. De hecho, son exigibles por la vía de la acción de tutela todas aquellas vulneraciones a los valores antes mencionados y, en forma adicional, a través de acciones por responsabilidad civil y estatal establecidas también como mecanismos que garantizan la seguridad jurídica. Así, la transgresión de los valores del ser humano contraviene las garantías del hombre a la libertad, a la igualdad, a la dignidad, al mínimo vital y móvil y a la salud, entre otros¹⁰⁶.

106 MARINON. “El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”, cit.

B. La teoría del riesgo y la garantía de protección de los derechos de la víctima

Durante el siglo XVIII surgen los factores subjetivos de atribución relacionados con la culpa y el dolo, sin embargo, la responsabilidad civil basada en la idea de culpa opera en un régimen jurídico poco desarrollado, que entiende que tan solo el acto ilícito caracterizado por la negligencia, la imprudencia, la impericia o el dolo pueden dar lugar a la reparación del daño ocasionado a la víctima. Con posterioridad aparecen figuras contractuales y actividades colectivas en las que no siempre se puede individualizar al “autor del daño”, o demostrar que son situaciones generadoras de riesgo para los terceros, como muestra: el empleo de ciertas cosas o la realización de actividades catalogadas como peligrosas o riesgosas.

Por ende, nace en el derecho francés la denominada “Teoría del riesgo” fundamentada en el lucro, la ganancia o utilidad obtenida por quien produce el daño generador de perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales, además, la citada teoría está relacionada con el uso de una cosa o con el ejercicio de una actividad catalogada como peligrosa, y busca hacer responsable al dueño o guardián de un bien que de manera eventual produce un daño. Según lo señalan los profesores argentinos ATILIO ALTERINI, ÓSCAR AMEAL y ROBERTO LÓPEZ CABANA¹⁰⁷, esta teoría es el fundamento

107 ATILIO ANÍBAL ALTERINI, ÓSCAR JOSÉ AMEAL y ROBERTO MANUEL LÓPEZ CABANA. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 228.

de la responsabilidad objetiva, que propende por la reparación o resarcimiento de los derechos de la víctima, así, la víctima del daño no necesita probar la culpa del dañador, sino que solo tiene el deber de acreditar el hecho y el daño o incumplimiento contractual.

A su vez, el responsable o legitimado por pasivo en el proceso está llamado a *romper* el nexo de causalidad pertinente, que para el caso de la responsabilidad internacional corresponde a un Estado autor del daño antijurídico. Lo anterior se dispuso por parte de las naciones de América que conforman la Organización de Estados Americanos, quienes impulsan el amparo de los derechos humanos a la salud, a la vida o la no segregación en los territorios, entre otros¹⁰⁸.

C. El derecho de daños y el fortalecimiento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral a la víctima de un daño médico-sanitario

Por un lado, algunos autores señalan que la seguridad jurídica es instituida con el propósito de que los ciudadanos sean sometidos al imperio de la ley que regula, por ejemplo, las responsabilidades internacional, civil o la del Estado por un daño antijurídico causado a un usuario del servicio en salud, por otro lado, otros autores indican que la citada seguridad jurídica es fundamental para garantizar el cumplimiento de los objetivos en un Estado social de derecho, como muestra, el establecimiento de la verdad, la justicia y la reparación integral.

108 FAÚNDEZ LEDESMA. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, cit.

En forma análoga, la seguridad jurídica tiene incidencia directa en los demás principios del ordenamiento jurídico colombiano: los principios de solidaridad, equidad, igualdad, son ejemplos de lo afirmado. Por su parte, THOMAS HOBBS¹⁰⁹, como nos dice el profesor GARCÍA MANRIQUE¹¹⁰, concluye que la seguridad jurídica es un valor que revela la obediencia de las personas al derecho, de acuerdo al ejercicio razonado de los hechos¹¹¹. Esta obediencia debe ser acatada en los contextos nacional e internacional, en este último caso, por los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde es factible que sea transgredido el principio de seguridad jurídica.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene el deber de aplicar el derecho sustantivo incorporado en la Convención Americana de Derechos Humanos, considerada el principal instrumento de salvaguarda de los derechos del hombre, incluido el paciente, en el Sistema Interamericano¹¹². Sin embargo, se pueden presentar tensiones al momento de

109 Westport, UK, 5 de abril de 1588-Derbyshire, UK, 4 de diciembre de 1679.

110 RICARDO GARCÍA MANRIQUE. *El valor de la seguridad jurídica*, Madrid, Iustel, 2012.

111 ARRÁZOLA JARAMILLO. "El concepto de la seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho", cit.

112 RICARDO BARONA BETANCOURT. "Protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Páginas de Seguridad Social*, vol. 1, n.º 1, enero-junio de 2017, pp. 31 a 59, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/4845>].

tomar las decisiones pertinentes por parte de los jueces interamericanos, al ser discutido todo lo referente a 1. El fundamento de la norma, tratado o convención; 2. La naturaleza del proceso; 3. El carácter del sujeto pasivo de la acción; 4. Al contenido de los hechos; y 5. La aplicación, entre otros, del principio que señala de forma taxativa que *nullum crimen, nulla pœna sine lege* –no hay crimen, no hay pena sin ley¹¹³.

D. Las tensiones existentes en la aplicación del principio de seguridad jurídica por las diferentes fuentes del derecho de daños

El profesor FEDERICO ARCOS RAMÍREZ¹¹⁴ asegura que en la actualidad el mundo jurídico es cada vez más complejo, situación que dificulta la tarea de lograr una verdadera unidad jurídica, es decir, conseguir una aplicación racionalizada y universal del derecho. Esto es ocasionado por la existencia de diferentes fuentes del derecho de daños: en principio la ley, en segundo término, la jurisprudencia nacional, foránea o interamericana y por último la costumbre local, nacional o extranjera, entre otras.

113 MALARINO. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, cit.

114 FEDERICO ARCOS RAMÍREZ. “La seguridad jurídica en la aplicación del derecho de la previsibilidad a la argumentación”, en *Anuario de Filosofía de Derechos*, n.º 19, 2002, pp. 191 a 218, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/756887.pdf>].

Esta situación puede generar conflictos al momento de dirimir una controversia por responsabilidad contractual, extracontractual o internacional, porque las fuentes del derecho no son en forma necesaria *perfectas*, hecho que se aleja de lo utópicamente deseado en un Estado social de derecho. Así, en cada uno de los periodos legislativos existen proyectos de ley que logran cumplir con todos los requerimientos para su perfección y otros proyectos que no lo hacen. En este proceso se exteriorizan dos tensiones recurrentes: 1.^a No es fácil que la norma de derecho de daños sea conocida en su totalidad, es decir, la tarea de la publicidad de las normas es dispendiosa y por lo tanto se dificulta el conocimiento general del articulado a todos los destinatarios de la misma: la comunidad en general y los operadores judiciales, principalmente; y 2.^a Las denominadas leyes marco, conocidas por lo general como códigos, dejan de responder a la realidad que enfrenta el ciudadano en poco tiempo, por la dinámica de las relaciones sociales y contractuales donde la norma pasa a ostentar la categoría de obsoleta en un lapso muy corto.

Lo anterior proviene del denominado “derecho libre” (*Freirechtsbewegung*) que se erige como una máquina o instrumento de hacer leyes, concepción que contraviene el propósito de emitir normas de derecho de daños claras, sencillas y perdurables en el tiempo. De igual modo, PÉREZ¹¹⁵ rescata las bondades del sistema anglosajón donde las Cortes profieren fallos con

115 PÉREZ LUÑO. “La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia”, cit.

argumentos precisos y actualizados, a diferencia del sistema fundamentado en la *civil law* o derecho romano-germánico que en algunas oportunidades genera inseguridad jurídica.

Por ende, se evidencia la problemática producida por la interpretación *equivocista* de la norma, es decir, de la hermenéutica jurídica a través del denominado *uso alternativo del derecho*, representado por intereses políticos que son propios, según lo señala el profesor PÉREZ LUÑO¹¹⁶, de sistemas políticos totalitarios, sistemas en los que son vulnerados, de modo permanente, los derechos humanos de las personas a través del uso de la fuerza.

E. La seguridad jurídica: un sinónimo de uso de la fuerza

Según lo señala GALLEGO MARÍN¹¹⁷ la seguridad jurídica está arraigada o concebida de manera íntima a partir de la coerción y el uso de la fuerza, que es propia de países capitalistas y de naturaleza corporativa, es decir, de naciones utilitarias que buscan la estructura de un Estado moderno y autónomo, donde tan solo impera la tradición regional. Se argumenta que esta posición lesiona la filosofía del Estado de naturaleza, que incorpora los principios, los valores, la moral y la ética que en la actualidad está asociada a los fallos proferidos por las Cortes nacionales e internacionales.

116 Ídem.

117 GALLEGO MARÍN. "El concepto de la seguridad jurídica en el Estado social", cit.

De acuerdo a lo indicado por el nombrado profesor GALLEGO MARÍN¹¹⁸ la seguridad jurídica es contraria al amparo de los derechos fundamentales y humanos de una sociedad, es más, se indica que la institución está centrada en el despotismo y la arbitrariedad del más fuerte, es la consecuencia de una relación convencional, negocial o contractual, es decir, un acuerdo de voluntades en el que la parte dominante agrede de forma directa al extremo más vulnerable. Además, y acorde con lo señalado por MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ¹¹⁹, este principio se adecúa a los intereses despóticos y también a los rasgos arbitrarios del interesado.

En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es concebida como un tribunal internacional, que concede a todas las personas que han sido víctimas de un daño antijurídico causado por un Estado –despótico por ejemplo– la posibilidad de denunciar la transgresión de sus derechos efectuada por un país miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los daños a las garantías fundamentales de los ciudadanos pueden ser originados por los funcionarios públicos de los Estados, por actuaciones dolosas, arbitrarias o culposas como consecuencia de su actuar negligente, imprudente y contrario a la ética y a los principios que salvaguardan las garantías de la persona.

118 Ídem.

119 MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”, en *Ius et Praxis*, vol. 15, n.º 1, 2009, pp. 55 a 72, disponible en [<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/197/190>].

Por ende, la Corte Interamericana es creada por los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que se someten a su jurisdicción y competencia para amparar a los más débiles y vulnerables¹²⁰. De esta manera, se evita que los Estados miembros del sistema causen daños a los ciudadanos a través del “uso de la fuerza” desmedida, que puede ser otorgada por un principio de seguridad jurídica concebido en forma irregular.

VI. LOS LÍMITES A LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

WINGFIELD, según ARRAZOLA JARAMILLO¹²¹, indica que en un Estado de derecho son establecidos los principios que restringen el poder del Gobierno para expedir reglas y procedimientos, sobre todo, en una nación regida por el poder autocrático y oligárquico de los gobernantes. Las limitaciones de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial surgen para salvaguardar los derechos de quienes integran una sociedad. Además de lo anterior, la seguridad jurídica proporciona los medios para solucionar las tensiones y las disputas que comprometen en un Estado el establecimiento de una paz permanente y duradera.

120 FAÚNDEZ LEDESMA. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, cit.

121 ARRAZOLA JARAMILLO. “El concepto de la seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho”, cit.

Así, para proteger los derechos humanos de las personas el legislador tiene una de las funciones más importantes: definir el ordenamiento jurídico y afrontar de forma decidida los problemas que atañen a la sociedad, que le traslada esta obligación. Por este motivo, es relevante evitar la ausencia de normas o la claridad y especificidad de las mismas en temáticas que involucran los derechos humanos, porque esta situación conlleva al complemento temático de los vacíos normativos, a veces sin éxito, por parte de la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, e incluso, por conceptos de instituciones especializadas.

Todo lo anterior, genera inseguridad jurídica e incentiva la vulneración del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, lo que crea incertidumbre en dos sujetos procesales: 1. Los ciudadanos víctimas de un daño antijurídico; y 2. Los operadores jurídicos por el incremento de la incertidumbre.

Es decir, se origina una tensión desfavorable en el contexto jurídico y social¹²². La prohibición de regreso es un ejemplo de la aplicación del citado principio y se refiere a la imposibilidad que tiene el Estado, en su condición de juzgador, de endilgarle un daño creador de perjuicios a un sujeto que participa de manera previa en la materialización del hecho dañoso. Por ende, así el sujeto obre de manera dolosa, culposa o incons-

122 MARÍA ELENA LAUROBA LACASA. "El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho", en *Louisiana Law Review*, vol. 63, n.º 4, Summer 2003, pp. 1245 a 1275, disponible en [<https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6010&context=lalrev>], p. 1245.

ciente, es inviable endilgarle la responsabilidad porque su intervención no materializa o determina el riesgo jurídicamente desaprobado.

VII. LA COSA JUZGADA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica tiene íntima relación con el principio de *non bis in ídem*, que establece la imposibilidad de iniciar un nuevo proceso por los mismos hechos, cuando este es juzgado de acuerdo al ordenamiento positivo y procesal. Este principio tiene un propósito fundamental: evitar la reiteración del inicio de un proceso judicial, cuando tenga una gran relevancia económica, jurídica o social que está presente, por ejemplo, en los denominados daños colectivos que afectan a una pluralidad de individuos.

Sumado a lo anterior, es importante señalar que la seguridad jurídica y el principio de *non bis in ídem* está soportado en la regla de doble instancia, con la claridad de que el fallo de única instancia no es objeto de los recursos de apelación o reposición, pero sí de revisión por el superior jerárquico. De acuerdo a lo señalado por el profesor PÉREZ LUÑO¹²³ los fallos judiciales incorporan en sus decisiones contenciosas la denominada *cosa juzgada*, que está en conexión con la seguridad jurídica, es decir, con la certeza de que –aplicando la hermenéutica jurídica– el juez actuará en derecho en todas las situaciones, al establecer la

123 PÉREZ LUÑO. “La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia”, cit.

verdad en un conflicto por responsabilidad médica, por ejemplo.

VIII. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY Y EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Por regla general las leyes tienen un carácter temporal y adquieren efectos hacia el futuro, por lo general evitan afectar o regular situaciones o hechos dañosos ocurridos en el pasado. Esta premisa es esencial para la seguridad jurídica, porque permite que las actuaciones de las personas se juzguen con las leyes preexistentes al instante de la consumación, como muestra de la situación generadora de la responsabilidad contractual o extracontractual.

Por ende, el legislador es consciente de que, al sancionarse unas reglas determinadas, estas pueden afectar los derechos humanos de las personas o, en su defecto, las normas tienen la vocación de proteger estos derechos. Entonces, el legislador tiene la potestad de expedir la norma y exigir que esta sea aplicada, en primer lugar, hacia el futuro y, en segundo lugar, en su tenor literal¹²⁴.

Así las cosas, por el principio de protección de la norma es amparado el establecimiento de la irretroactividad de la regla jurídica cuando, por ejemplo, la conducta del sujeto activo del daño está relacionada con un bien jurídico tutelado por el Estado, a través del régimen subjetivo de responsabilidad y, en conse-

124 Ídem.

cuencia, está vedada la modificación retroactiva del citado título de imputación.

CAPÍTULO TERCERO
EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS
Germán Ortega Ruíz

**I. ANTECEDENTES DE LA DEFENSA DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN LA COMUNIDAD
INTERNACIONAL**

Después de culminada la Segunda Guerra Mundial¹²⁵ la comunidad internacional, en especial cada uno de los Estados afectados de forma directa e indirecta por el conflicto internacional, delibera acerca del impacto negativo generado por la confrontación. En consecuencia, las naciones deciden crear mecanismos para priorizar el amparo de los derechos humanos, que son vulnerados de forma recurrente por la intolerancia ocasionada por variadas teorías de carácter

125 1.º de septiembre de 1939-2 de septiembre de 1945.

étnico, religioso, cultural, político, racial, sexual, entre otros¹²⁶.

Para este propósito es importante destacar el protagonismo de las organizaciones no gubernamentales de rango nacional e internacional, quienes estudian y evalúan todo lo atinente a la vulneración de los derechos humanos en el desarrollo de la guerra. Así, son establecidos cuatro objetivos específicos iniciales para la defensa de las garantías del hombre: 1. Apoyar a los Estados a través de la educación centrada en el amparo de los derechos humanos; 2. Crear un desarrollo teórico y técnico que identifique el amparo de los derechos del hombre; 3. Identificar las dicotomías relacionadas con los conceptos y situaciones que estén íntimamente direccionados al amparo o vulneración de los derechos del ciudadano; y 4. La internacionalización del amparo de los derechos humanos a través de instituciones intergubernamentales y jurisdicciones que apliquen los diferentes regímenes de responsabilidad.

Por esta razón, en la actualidad se trata de amparar los derechos de las víctimas a través, por ejemplo, de la imposición del régimen de responsabilidad fundamentado en 1. La culpa o falla del servicio; y 2. En la actividad riesgosa o peligrosa; en el primer caso, según lo señala la Corte Suprema de Justicia colombiana¹²⁷ la imputación se realiza una vez sea atribuida a

126 SALVIOLI. "La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades", cit.

127 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente 1100131030262002-00358-01, M. P.: FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, 21 de enero de 2013.

un potencial victimario la conducta que genera la responsabilidad. Lo anterior, a partir del régimen subjetivo de responsabilidad, donde se establece el nexo de causalidad entre el daño generador de un perjuicio y la conducta positiva o negativa que lesiona un bien jurídico tutelado por el Estado, imputable por dolo o culpa del deudor de la obligación.

En el segundo caso, lo observado por el juez no es de modo necesario la culpa del causante del daño, es decir, la negligencia, impericia o inobservancia de los protocolos, sino la actividad riesgosa ejecutada por una persona natural o jurídica que se lucra con la acción. Sin embargo, el causante del daño en el ejercicio del derecho de acción en vía de contradicción tiene la posibilidad de argumentar que la causa del perjuicio extracontractual o el incumplimiento contractual se debió a la concurrencia de culpas, de actividades peligrosas o que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima.

El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado¹²⁸.

En lo atinente a la inobservancia de los protocolos en el ejercicio de la profesión médica es importante señalar que el médico tiene la obligación de cumplir

128 Ley 270 de 7 de marzo de 1996, Estatutaria de la administración de justicia, *Diario Oficial*, n.º 42.745, de 15 de marzo de 1996, disponible en [<http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1657238>].

con los contenidos señalados en los reglamentos, de lo contrario,

puede derivarse de su inobservancia una responsabilidad laboral, administrativa y penal. Las conductas antes mencionadas han girado en torno al verbo “prever”. Este debe ser analizado, diferenciando riesgos típicos o atípicos de las diferentes enfermedades sobre las cuales actúa el médico u otro profesional¹²⁹.

A. La protección de las garantías del ser humano a través de la Organización de las Naciones Unidas

El profesor FABIÁN SAVIOLI¹³⁰ manifiesta que la defensa de los derechos humanos en el contexto contemporáneo está internacionalizada, hecho que podría, según lo señala el citado autor, afectar la soberanía de cada uno de los Estados. Con este argumento algunas naciones justifican la vulneración de los derechos humanos que son protegidos, después de la Segunda Guerra Mundial, con la consolidación de la Organización de las Naciones Unidas en 1948, a través de 30 artículos que salvaguardan los derechos del hombre, estas garantías tienen un carácter individual, económico, social, cultural, civil y político.

129 DIEGO A. ARTILES GRANADA, IRENE BALMASEDA BATAILLE y AMANDA LAURA PRIETO VALDÉS. “Responsabilidad ante el error y la mala práctica del actuar médico”, *Revista Cubana de Ortopedia y Traumatología*, 2013, pp. 134 a 143.

130 SALVIOLI. “La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades”, cit.

Cabe advertir, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos concede únicamente a las personas naturales la defensa de las garantías fundamentales establecidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir, son excluidas del amparo las personas jurídicas porque, según lo señala la citada Corte, se trata de entes jurídicos sin presencia real o material y, por lo tanto, no pueden ser catalogadas como víctimas –pero sí victimarios– de la vulneración de los derechos humanos¹³¹.

Por consiguiente, se evidencia que los entes jurídicos pueden generar daños a las personas, por ejemplo, en el ejercicio de una actividad de peligro: la construcción, la fabricación y el transporte de armas de fuego, la conducción de vehículos, la explotación y carga de recursos naturales renovables y no renovables, entre otros, son ejemplos de actividades consideradas de peligro. Así lo dispone el artículo 2356 del Código Civil¹³² cuando establece que, en principio, el régimen aplicable al daño causado por una persona o cosa es el subjetivo. No obstante, señala la citada norma que es en especial obligada a esta reparación: 1. La persona que dispara de forma imprudente un arma de fuego; 2. El sujeto que remueve o construye losas destinadas a la adecuación de una acequia o cañería, sin la debida precaución para evitar los potenciales daños

131 MARÍN NUÑEZ. “La persona jurídica como sujeto de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit.

132 Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Código Civil* de los Estados Unidos de Colombia, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111>].

a las personas que transitan de día o de noche; y 3. La persona que cause daños con la construcción o reparación de un acueducto, fuente, camino, entre otros.

La norma en mención deslinda el régimen subjetivo fundamentado en la conducta del deudor de la obligación, del régimen objetivo donde lo observado por el juez que dirime la controversia es la actividad generadora de un peligro para la comunidad, este último régimen tiene una dimensión social porque propende por el amparo de las garantías del más débil y vulnerable.

B. La protección de las garantías del ser humano a través del Consejo de Europa

Con posterioridad a la ratificación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos los países europeos deciden someter su soberanía a un órgano internacional, motivados por el impacto negativo de la guerra. El órgano al que se hace alusión es el Consejo de Europa, creado a través del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹³³, suscrito el 4 de noviembre de 1950. Este convenio rige o entra en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953¹³⁴.

133 Roma, 4 de noviembre de 1950, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf].

134 SALVIOLI. "La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades", cit.

Entonces se colude que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Esenciales, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, pretenden que todos los Estados respeten los derechos y las libertades de las personas, consagradas en estos instrumentos. Por ende, de acuerdo a lo indicado por VIVIANA KRSTICEVIC¹³⁵ se debe permitir a todas las víctimas de un daño antijurídico hacer uso del ejercicio pleno de sus derechos consagrados en los tratados y convenios internacionales, cuando estos sean transgredidos, por un lado, en razón de la raza, sexo, color, idioma, opinión política, religión y situación social y, por el otro, en el ejercicio de actividades de peligro.

De acuerdo a lo señalado por el profesor FERNANDO HINESTROSA FORERO¹³⁶ las víctimas de un daño pueden demandar la indemnización cuando este es generado por un ferrocarril eléctrico, un automóvil y, en general, por los daños causados en las obras que representan el crecimiento y desarrollo de la población, de la producción agrícola e industrial y del intercambio de tipo comercial. Por consiguiente, la teoría del riesgo es instaurada con el propósito de proteger los derechos del más débil, que puede constituirse en

135 KRSTICEVIC. "Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos", cit.

136 FERNANDO HINESTROSA FORERO. "El Código Civil de Bello en Colombia", *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2006, pp. 22 y 23, disponible en [<http://190.7.110.123/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp10/revPrivado10.pdf>].

víctima del daño antijurídico y exige que el responsable del ejercicio de una actividad de peligro actúe con mayor previsión y cuidado.

De este modo, el demandado tiene la obligación de indemnizar a la víctima de un daño, al exteriorizarse el riesgo propio de la actividad de peligro, a menos que se pruebe que el siniestro fue consecuencia de una causa extraña: fuerza mayor, caso fortuito o por un hecho de la víctima o de un tercero. Lo planteado con anterioridad permite la humanización del derecho en beneficio de la protección del más débil, quien es salvaguardado, además, por sistemas como el Interamericano de Derechos Humanos, todo sin desconocer los derechos del potencial victimario que tiene la posibilidad de argumentar que el daño fue originado –se reitera– por una causa extraña.

La fuerza mayor o el caso fortuito son dos eventos que integran la causa extraña.

Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.¹³⁷.

Es decir, el productor del daño antijurídico tiene la posibilidad de argumentar que el evento dañino estuvo enmarcado en una serie de condiciones propias de “la imprevisibilidad e irresistibilidad que exoneran de responsabilidad a la administración, pues no ocu-

137 Artículo 64, Código Civil, cit.

rrió como consecuencia de una omisión que pueda atribuírsele”¹³⁸.

II. ANTECEDENTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es creado por la Organización de Estados Americanos –OEA– con sede en Washington D. C, tiene un carácter judicial e internacional. Con la celebración de la Primera Conferencia Internacional Americana¹³⁹ este sistema se fortalece en 1948, cuando los Estados miembros suscriben la denominada Carta de la OEA. Esta organización internacional americana está integrada por 35 Estados americanos y tiene unos objetivos principales: 1. Crear y sostener un ambiente general de paz; 2. Velar por el fortalecimiento de la justicia y la solidaridad; 3. Fortalecer la defensa de la soberanía e independencia de los Estados; y 4. Impulsar la defensa de los derechos humanos y el desarrollo económico y social de los países miembros¹⁴⁰.

138 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Radicación 170011233100020030131801, expediente 38.155, Actor: ELIANA MARÍA QUINTERO VARGAS y otros, Demandados: Nación, Ministerio de Transporte, Departamento de Caldas, Instituto nacional de Vías –INVIAS–, Acción: Reparación directa, C. P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO, 29 de agosto de 2016, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100019990321801.pdf>].

139 Washington, 2 de octubre de 1889-19 de abril de 1890.

140 ORGANIZACIÓN. DE LOS ESTADOS AMERICANOS –OEA–. “Nuestro

Así mismo, se trata de salvaguardar los derechos humanos de las víctimas de un daño a través de los fallos proferidos por el Consejo de Estado colombiano, en concreto por la Sección Tercera, donde es impuesto el régimen de la responsabilidad objetiva por actividades catalogadas como peligrosas. Lo anterior, puede ser verificado con el análisis de dos fallos emblemáticos una vez es promulgada la Constitución de 1991: 1. El fallo emitido el 29 de octubre¹⁴¹; y 2. La sentencia proferida por este mismo órgano judicial el 22 de noviembre de 1992¹⁴².

A partir de estas decisiones se ha fortalecido el régimen de responsabilidad objetivo por la acción y omisión de la autoridad pública. A su vez, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos se establecen las obligaciones de cada uno de los países miembros, las siguientes son algunas de ellas: 1. La resolución de todas las controversias a través de la utilización de los medios pacíficos y alternativos de solución de conflictos; 2. El fortalecimiento de la conciliación, la mediación, entre otros, con el propósito de evitar conflictos bélicos que afecten de forma directa los derechos humanos de las personas; 3. La

proposito", disponible en [<http://www.oas.org/es/acerca/proposito.asp>].

141 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Radicación 7036, Actor: JOSÉ JOAQUÍN CASTAÑO RAVE y otra, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, 26 de octubre de 1992.

142 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Radicación 6784, Actor: EMILIA GUIDO DE MAZENETT, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, 22 de noviembre de 1991.

protección de la infraestructura de los Estados y de la población en general, con fundamento en el derecho internacional; 4. La consolidación de la justicia y de la seguridad jurídica, instituidos como principios que tienen el objetivo de alcanzar una paz duradera; 5. El fortalecimiento de la igualdad formal y material en relación con las condiciones de vida de los ciudadanos y la erradicación de situaciones que impidan su desarrollo digno e integral; 6. El desarrollo sistémico de los ciudadanos que involucre los aspectos económico, social, cultural, educativo y científico; y 7. La prevención de conflictos internos que generan un impacto negativo en otros países que integran el organismo multilateral¹⁴³.

De este modo, la justicia, la igualdad y el desarrollo de los ciudadanos se ha fortalecido con la entrada en vigor de los convenios, los tratados internacionales y la promulgación, en el ámbito local, de la Constitución colombiana de 1991, donde lo preponderante no es el victimario sino la víctima a la que se le causa un daño antijurídico, es decir, lo relevante en un proceso contencioso en la jurisdicción local e internacional es la consecución de la verdad, de la justicia y de la reparación integral del perjuicio causado con el daño y no concretamente el castigo al causante de la lesión de

143 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS -OEA-. "Protocolo de modificaciones al Convenio Interamericano sobre el Permiso Internacional del Radioaficionado" (A-67), Santiago de Chile, 10 de junio de 2003, disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-67_permiso_radioaficionado.asp].

un bien jurídico tutelado por el Estado colombiano y a la vez por el órgano internacional.

III. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL AMPARO DE LOS MÁS DÉBILES

La Organización de Estados Americanos tiene un objetivo principal: el amparo de los derechos humanos, con énfasis en el de los más débiles y vulnerables, por esta razón, se expide la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica que, según lo señala el abogado FABIÁN SAVIOLI¹⁴⁴, encuentra su inspiración en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas ya citado. La aplicación plena de la Convención se restringe solo a los Estados miembros de la Organización americana y, por consiguiente, a toda su población. Los antecedentes de la expedición de la citada Convención son los siguientes:

En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos –OEA–, redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA. Colombia ratificó la Convención el 28 de mayo de 1973. Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el

144 SAVIOLI. “La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades”, cit.

continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros. Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D. C.¹⁴⁵.

La citada Convención trata de generar seguridad jurídica en temas relacionados, por ejemplo, con el inicio y fin de la vida, es decir, trata de definir conceptos complejos atinentes al derecho fundamental a la integridad física de la persona. En forma análoga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tratado de esclarecer este tipo de temas que involucran los principios del ser humano donde se incorporan las garantías civiles, políticas y colectivas del ciudadano, sumado al fortalecimiento de los derechos económicos y sociales que son desarrollados de forma simétrica por la Convención Americana de los Derechos Humanos¹⁴⁶.

145 CANCELLERÍA DE COLOMBIA. "Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 2018, disponible en [<http://www.cancilleria.gov.co/international/politics/right/interamerican>].

146 SAVIOLI. "La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades", cit.

Del mismo modo, el denominado “Pacto de San José” ya citado propende por el amparo de los derechos fundamentales y el establecimiento de obligaciones y prohibiciones: 1. El derecho a la afirmación que tiene todo ser humano de la personalidad jurídica (art. 3.^o); 2. El derecho de toda persona, sobre todo el más débil, a la integridad física o corporal (art. 5.^o); 3. La prohibición a todos los ciudadanos de la práctica relacionada con la esclavitud o la servidumbre (art. 6.^o); 4. El derecho a la libertad personal (art. 7.^o); 5. La garantía del ciudadano a las indemnidades judiciales (art. 8.^o); 6. La salvaguarda de los principios de legalidad y de retroactividad de la norma favorable (art. 9.^o); 7. El derecho a una indemnización integral de la víctima de un daño antijurídico causado, por ejemplo, por el Estado (art. 10.^o); 8. El amparo de la honra y la dignidad humanas instituidos como bienes inalienables del ser (art. 11); 9. La libertad de todas las personas: profesionales o no, a la conciencia y a la religión (art. 12); 10. La libertad de pensamiento individual o colectivo y el de expresión legítima (art. 13); 11. El derecho del ciudadano a la réplica (art. 14); 12. El derecho de reunión y asociación de las personas (arts. 15 y 16); 13. El derecho a la protección integral del núcleo familiar (art. 17); 14. El derecho al nombre consagrado como un atributo de la personalidad (art. 18); 15. Los derechos del niño, niña y adolescente (antes denominado “menor”, art. 19); 16. El derecho fundamental y colectivo a la nacionalidad (art. 20); 17. El derecho a la propiedad material e inmaterial (art. 21); 18. Los derechos de los ciudadanos a la libre circulación y residencia (art. 22); 19. Los derechos políticos, es decir,

a elegir y ser elegido (art. 23); 20. La garantía de la igualdad ante la ley (art. 24); y 21. El derecho humano a la defensa judicial, es decir, al derecho de acción y de contradicción o defensa (art. 25).

En el caso del último numeral, es evidente la diferencia que existe entre las posturas de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos, ya que para el primer órgano jurisdiccional el causante de un daño en su condición de demandado tiene la posibilidad de argumentar en la jurisdicción ordinaria civil que el daño fue ocasionado por una causa extraña, es decir, por fuerza mayor, caso fortuito o que el hecho dañoso o el incumplimiento contractual se originó por la responsabilidad de la víctima o por la intervención de un tercero. Sin embargo, el Consejo de Estado colombiano tiene una posición diferente: el caso fortuito no es considerado un eximente de responsabilidad, porque el hecho productor de un daño antijurídico puede ser irresistible pero no necesariamente imprevisible.

IV. LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos está conformado por dos órganos que están en íntima conexión: por un lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– quien tiene a su cargo, entre otros, la realización de las diferentes relatorías del sistema y, por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH– que tiene una función netamente jurisdiccional. La Comisión fue creada

con el propósito de impulsar la observancia y defensa de los derechos humanos, sin desconocer que se instituye en el órgano consejero de la OEA en materia de derechos humanos.

La Corte IDH, se reitera, es el miembro judicial del sistema y es la encargada de interpretar y aplicar la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de acuerdo a las disposiciones emitidas por la Carta Americana que protege las garantías del hombre¹⁴⁷. La citada Corte tiene la potestad de condenar a un Estado miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por los daños causados a las personas. En el contexto colombiano¹⁴⁸ expresa que la Carta Política ordena al Estado responder por todos los daños antijurídicos ocasionados por este, siempre que se cumplan dos requisitos esenciales: 1.º Que el daño antijurídico se exteriorice y genere perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales; y 2.º Que el daño generador de perjuicios sea imputable a la negligencia por acción u omisión de una autoridad pública, es decir, que el proveedor del servicio o del producto actúe con el esfuerzo necesario y “correcto” en favor de la

147 RENÉ FERNANDO URUEÑA HERNÁNDEZ, GEORGE RODRIGO BANDEIRA GALINDO y AIDA TORRES PÉREZ (coords.). “Manual protección multinivel de derechos humanos”, Bogotá, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, disponible en [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf].

148 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 de 1.º de agosto de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>].

sociedad y sin causar daño al extremo vulnerable de la comunidad¹⁴⁹.

Para concluir, es importante reiterar que el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia no restringe la presentación de la demanda a la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual, todo lo contrario, también es viable iniciar una acción judicial por el incumplimiento de todo tipo de obligaciones: civiles, naturales, penales, contractuales, positivas, negativas, alternativas, facultativas, entre otras.

A. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos –COIDH– es creada en 1959 por la Organización de Estados Americanos, para el desarrollo y protección de los derechos humanos en el contexto regional. Esta institución, tal como se indicó con anterioridad, tiene la calidad de órgano consejero de la OEA, está conformada por siete miembros que son elegidos por la Asamblea General de esta organización. En un principio –entre los años 1959 y 1967– la COIDH tiene la función de presentar informes, acerca de las condiciones de protección de los derechos humanos en los países miembros de la OEA¹⁵⁰.

149 MISERICORDIA CARLES LAVILA. “Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica”, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 17, n.º 6, 2003, pp. 494 a 503, disponible en [<http://www.scielo.br/pdf/gs/v17n6/revision.pdf>].

150 Así mismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene las siguientes obligaciones: 1. Comprobar si el denunciante

Dado lo hasta aquí dicho, una vez entra en vigor la Carta Americana de Derechos Humanos, las actividades de la Comisión Americana de Derechos Humanos se concretan en las siguientes funciones generales: 1. El monitoreo de las situaciones que lesionan los derechos humanos en los países miembros y no miembros de la OEA; 2. La enunciación de forma clara de las funciones de los Estados miembros de la OEA; 3. La atención de las consultas presentadas por los Estados miembros; y 4. La respuesta del Sistema Interamericano a las peticiones realizadas de forma individual.

De igual modo, se especifican algunas de las funciones particulares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el propósito de generar mayor claridad: El seguimiento que realiza la Comisión Americana acerca del estado de los derechos humanos de los países miembros de la OEA que es efectuado a través de tres informes específicos: El primer informe tiene un periodo anual y su objetivo principal es el de analizar de forma general la situación de los derechos humanos, en los Estados miembros de la Organización; el segundo informe tiene el propósito de describir el contexto de cada país en relación con la salvaguarda de los derechos humanos, las políticas

ha agotado los recursos jurídicos internos antes de acudir al organismo interamericano; 2. Verificar si la decisión interna es injustamente limitada o ilegítimamente retardada; y 3. La notificación al Gobierno involucrado de la denuncia, si esta es procedente, dentro de los 180 días siguientes al requerimiento de la víctima (FAÚNDEZ LEDESMA. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, cit.).

públicas pertinentes para su amparo y el desarrollo de las mismas; y el tercer y último informe es realizado de acuerdo a cada temática, en el que se presenta una situación específica de relevancia internacional que afecta a algunos países de forma concreta. Existen algunos derechos que ameritan una especial atención, por ejemplo, el amparo de las garantías de los sujetos de especial protección constitucional y convencional.

En general, los informes de la COIDH son relevantes porque se constituyen en herramientas educativas fundamentales para la comunidad internacional, en especial, para la población de cada uno de los países que se acogen al Sistema Interamericano. En consecuencia, los informes brindan las recomendaciones generales y específicas a los Estados, con el propósito de ejecutar todas las medidas y políticas a ser desarrolladas por las naciones, para el amparo de los derechos humanos¹⁵¹.

Estos informes, de acuerdo a lo señalado por el profesor RICARDO BARONA¹⁵² son el resultado de las peticiones individuales presentadas como quejas o denuncias, por personas naturales o jurídicas o, en su defecto, por uno o varios de los Estados miembros. Las peticiones deben estar fundamentadas en: 1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”; y 3. El

151 URUEÑA HERNÁNDEZ, BANDEIRA GALINDO y TORRES PÉREZ (coords.). “Manual protección multinivel de derechos humanos”, cit.

152 BARONA BETANCOURT. “Protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵³, en lo referente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”¹⁵⁴; todo, siempre que antes de presentar una queja o petición se haya agotado primero la vía interna.

B. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– es un órgano con carácter judicial autónomo, que tiene el propósito principal de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La CIDH actúa sobre los Estados que aceptaron su respectiva competencia, siempre que la denuncia sobre la vulneración de los derechos humanos se haya agotado ante la CIDH, órgano referenciado en el acápite anterior. Los requisitos de agotamiento están relacionados con la calidad y condición de la persona que es víctima del daño, la materia del litigio, el tiempo, el lugar de la ocurrencia de los hechos, entre otros¹⁵⁵.

153 Para lograr acceder al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos es necesario que los hechos que fundamentan la petición hayan ocurrido después de la ratificación de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, por parte del Estado donde se exterioricen los hechos dañosos, ídem.

154 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS –OEA–. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en [<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>].

155 BARONA BETANCOURT. “Protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit.

La citada Corte, se reitera, es el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin embargo, sus funciones comenzaron a ejecutarse a partir de 1978. La Corte ha sido fundamental para fortalecer el amparo de los derechos humanos en los países sobre los que esta corporación tiene competencia. El ente judicial cuenta con siete magistrados que están encargados de resolver los procesos interpuestos por las víctimas de un daño antijurídico, causado por un Estado parte del Sistema Interamericano.

Según lo indica el profesor RENÉ UREÑA¹⁵⁶ las funciones principales del nombrado órgano jurisdiccional son tres: 1. Estudiar e investigar los casos individuales y colectivos donde son vulnerados los derechos humanos de las personas, es decir, analizar las acciones u omisiones del Estado realizadas a través de un ente público o de un funcionario con cargo oficial, donde se perciba la presencia de un daño; 2. Aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos e imponer las compensaciones respectivas a las víctimas; y 3. Responder las consultas realizadas por los Estados que se acogen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La respuesta al Estado miembro de la OEA debe estar en concordancia con los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, por consiguiente, se requiere que exista afinidad

156 UREÑA HERNÁNDEZ, BANDEIRA GALINDO y TORRES PÉREZ (coords.). "Manual protección multinivel de derechos humanos", cit.

o correlación entre las normas internas y los tratados internacionales sobre derechos del ciudadano¹⁵⁷.

En opinión del profesor ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ¹⁵⁸ las compensaciones establecidas a nivel interno y ordenadas con fundamento en los tratados y convenciones internacionales, son aplicables cuando el Estado causa un daño, por ejemplo, en el ejercicio de una actividad peligrosa, sin embargo, también es viable la imposición de sanciones al causante del daño en eventos adversos ocasionados en la práctica médica, es decir, cuando se busca imputar un daño al Estado acudiendo al título de imputación subjetivo ligado a la falla del servicio. De este modo, solo en ausencia de la valoración de la conducta del sujeto es aplicada la responsabilidad objetiva, considerada subsidiaria y excepcional de la subjetiva que valora la omisión del médico. En este sentido, se ha señalado lo siguiente:

La omisión por parte del médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da como resultado cierto perjuicio a éste; o también cuando el médico a través de un acto propio de su actividad, y en relación causal y con culpa produce un daño determinado en la salud de un individuo. El accionar del médico produce daño no justificable¹⁵⁹.

157 Ídem.

158 ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. "Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado colombiano", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. IV, n.º 8, diciembre de 2001.

159 ÓSCAR VERA CARRASCO. "Aspectos éticos y legales en el acto médico", *Revista Médica La Paz*, vol. 19, n.º 2, diciembre de 2013, disponible en [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582013000200010].

En este sentido, el juzgador en el régimen subjetivo de responsabilidad observa la negligencia por acción o por omisión del médico, situación que genera perjuicios al paciente, como muestra, por la ausencia de comunicación entre el galeno y el enfermo, según lo indica el profesor SERGIO GARCÍA RAMÍREZ¹⁶⁰, esta situación está enmarcada en la negligencia y, por lo tanto, representa la falla en el servicio médico más frecuente donde se ocasiona la lesión o la muerte del usuario del servicio en salud¹⁶¹.

1. El activismo judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Uno de los rasgos más preponderantes que se observan en las sentencias proferidas por la CIDH es su marcado activismo judicial. Existen variados conceptos que hacen alusión al “activismo judicial”. Por ejemplo, el profesor EZEQUIEL MALARINO¹⁶² indica que el activismo judicial está relacionado con la posibilidad que tiene el juez al momento de proferir el fallo de interpretar los hechos y las normas de acuerdo a las necesidades sociales en un contexto determinado.

160 SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. Reseña bibliográfica a la obra de LUZ MARÍA REYNA CARRILLO FABELA. “La responsabilidad profesional del médico en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 40, n.º 120, septiembre-diciembre de 2007, disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300014].

161 Ídem.

162 MALARINO. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, cit.

Por consiguiente, es habitual que la CIDH haga referencia en sus fallos a tratados internacionales, a la costumbre internacional o extranjera, o a una norma admitida en los Estados que suscribieron el Pacto de San José. Por ejemplo, el precedente se ha exteriorizado en la materialización del concepto de “daño especial”, que se comienza a incorporar en la jurisprudencia colombiana a partir de 1947, pero con observancia del título de imputación subjetiva. Sin embargo, en la Constitución Política de Colombia de 1991 el daño especial se estructura desde el régimen objetivo, fundamentado en la actividad de peligro ocasionada por la Administración, en contravía de la protección de los derechos de la comunidad¹⁶³.

2. La imposición de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es catalogada como un acto jurídico plurilateral, es decir, un tratado internacional que establece los lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que propende por la protección de las ga-

163 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. 23 de mayo de 1973, C. P.: ALFONSO CASTILLA SAIZ, expediente 973, citada por RICHARD GALINDO SÁNCHEZ. “Los títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas”, tesis de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, disponible en [<https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-27.pdf>].

rantías de las personas, con énfasis en los más débiles. Los Estados miembros del Sistema Interamericano tienen la obligación de acatar los lineamientos y las decisiones de la CIDH, a quien le asiste el deber de someterse a lo dispuesto por el documento que contiene los lineamientos de la nombrada Convención, situación que genera seguridad jurídica en el contexto interamericano.

Por consiguiente, es válido señalar que el principio de seguridad jurídica es un medio para alcanzar algunos valores como la justicia, la igualdad, la equidad, el orden jurídico y el respeto por los derechos humanos del más débil. Estos valores se ven fortalecidos con la certeza y la legalidad de que las normas no serán cambiadas, sin la previa argumentación y discusión por parte de los interesados y de la autoridad correspondiente. Entonces, la seguridad jurídica –analizada en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos– permite a los ciudadanos en un Estado social de derecho que tengan la confianza y certeza de que el Estado actuará conforme a la norma o al régimen aplicable en una situación específica.

Un ejemplo de lo anterior se presenta cuando el daño antijurídico es proveniente del ejercicio de una actividad peligrosa ejecutada por la Administración, es ejercida de forma directa por la propia víctima o legitimada por activa en un proceso judicial, en este caso, según lo señala el Consejo de Estado¹⁶⁴, no re-

164 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. C. P. (E): GLADYS ORDOÑEZ AGUDELO, 26 de enero de 2011.

sulta aplicable el régimen de responsabilidad objetivo sino el título de imputación subjetivo estructurado en la falla probada del servicio. Esta interpretación se modifica cuando el daño que lesiona un bien jurídico tutelado por el Estado se ocasiona a un tercero: en este caso el régimen aplicable es el objetivo fundamentado, como se ha señalado a lo largo del presente escrito, en la actividad riesgosa exteriorizada en un daño generador de perjuicios a la víctima.

3. La correspondencia entre las normas internas y las normas que regulan el derecho internacional

Es preponderante la correspondencia o afinidad que debe imperar entre las normas internas y las reglas que regulan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el contexto del derecho global. Esta situación promueve el respeto y el amparo de los derechos humanos a través de los instrumentos establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de las siguientes acciones: a. Opiniones consultivas elevadas tanto a la Comisión Interamericana como a la CIDH; b. La resolución de los conflictos en la jurisdicción contenciosa de naturaleza local o internacional; y c. Los análisis pertinentes que permitan interpretar y conocer las necesidades de un ente gubernamental y de la sociedad, acerca de las ordenes de acatar las disposiciones que fortalecen los derechos humanos de los individuos¹⁶⁵.

165 URUEÑA HERNÁNDEZ, BANDEIRA GALINDO y TORRES PÉREZ (coords.). "Manual protección multinivel de derechos humanos", cit.

En virtud de lo anterior, se muestra uno de los aspectos más representativos en torno a la seguridad jurídica: la defensa de la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por Colombia, máxime, cuando estos propenden por la protección de las garantías de los seres humanos. Por ejemplo, es evidente el gran impacto del principio del debido proceso en un conflicto por responsabilidad contractual o extracontractual, donde el juez de la República o la CIDH tienen el deber de aproximarse a los hechos y a las actuaciones de las partes.

Lo anterior, le permite a los operadores jurídicos valorar las acciones y las omisiones de las partes involucradas en un proceso judicial, es decir, apreciar los hechos generadores de culpa y las excepciones a la misma, entre otras¹⁶⁶. Por ejemplo, una de las excepciones para no remitir la denuncia presentada ante la COIDH a la Corte conformada por jueces interamericanos, se evidencia cuando la víctima no agota todos los mecanismos procesales internos pertinentes que permiten, por ejemplo, el acceso a la seguridad social o la salud¹⁶⁷.

166 ZAVALA EGAS. "Teoría de la seguridad jurídica", cit.

167 BARONA BETANCOURT. "Protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", cit.

VII. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La seguridad social ha sido definida de diferentes formas. Por ejemplo, para el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social –CIESS–¹⁶⁸ esta representa un conjunto de postulados que el Estado facilita a los ciudadanos, con el propósito de prevenir la inestabilidad tanto económica como social de la persona, por la ocurrencia de un siniestro, es decir, la reducción o la pérdida de los ingresos como consecuencia de los siguientes eventos: 1. La enfermedad producida por causas derivadas de una profesión u oficio; 2. La maternidad, en la que son considerados tanto la mujer como el que está por nacer, ambos sujetos de especial protección constitucional y convencional; 3. El desempleo de la persona como consecuencia del despido con justa o sin justa causa, situación generadora de incumplimiento de las obligaciones a su cargo, entre otras; y 4. Los accidentes causados por la negligencia del empleador o de un tercero.

En este último caso, la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁹ ha señalado lo siguiente: es viable la aplicación de la responsabilidad por riesgo en las actividades realizadas por la parte débil del extremo contractual. Por esta razón, el legislador ha establecido un seguro de

168 Ver el portal del CIESS, disponible en [<http://www.cieess.org/presentacion/>].

169 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Sentencia de 17 de junio de 1938, M. P.: ELEUTERIO SERNA.

responsabilidad civil destinado a proteger el patrimonio del empleador, y a su vez, indemnizar los perjuicios ocasionados al trabajador, instituido en el beneficiario de la póliza.

Dado lo dicho, el asegurador paga la suma asegurada a la víctima del daño, en la denominada “sociedad de riesgo”. Sin embargo, según lo señala MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE¹⁷⁰, el empleador estará obligado a pagar el saldo insoluto de la indemnización ordenada por el juez de la causa, si el monto de la misma excede el valor asegurado, a menos que el daño haya sido ocasionado por una fuerza mayor o un caso fortuito.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño¹⁷¹.

170 MAXIMILIANO ALBERTO ARAMBURO CALLE. “Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, n.º 108, enero-junio de 2008, pp. 15 a 51, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/601/539>].

171 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-499 de 14 de septiembre de 2016, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU499-16.htm>].

Por esta razón es relevante que el operador de justicia tenga claridad acerca del régimen de responsabilidad aplicable, del título de imputación pertinente y de la carga de la prueba que será considerada en el proceso judicial.

CAPÍTULO CUATRO
EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE
EN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL:
EL SUBJETIVO Y EL OBJETIVO
Germán Ortega Ruíz

El profesor NAJMAN AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER¹⁷² señala que el cumplimiento de las normas relacionadas con el derecho internacional por parte de los Estados es un fenómeno, en primer lugar, en extremo complejo y, en segundo lugar, difícil de explicar en los contextos local, regional y global. Lo anterior, porque las normas reglas y principios internacionales son obedecidas en forma voluntaria por parte de los actores del derecho internacional, con la posibilidad de incurrir en conductas que involucran sanciones de tipo

172 NAJMAN ALEXANDER AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER. “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 3 a 23, disponible en [<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v12/v12a1.pdf>].

civil, comercial, penal o estatal, en este último caso, cuando son vulnerados los derechos humanos.

Por ende, se hace necesaria, en principio, la implementación de todos los mecanismos judiciales, constitucionales y de control, con el propósito de garantizar la eficacia y la eficiencia de las normas que amparan, por ejemplo, los derechos cardinales de los más débiles y vulnerables. En seguida, es ineludible la obligación de imponer mecanismos y procesos coercitivos con el objeto que los Estados cumplan con sus obligaciones positivas y negativas para evitar tensiones y disputas que lesionan las garantías de las personas. Esto se logra, por ejemplo, con la promoción de corrientes y fenómenos que permiten prevenir el daño antijurídico causado, entre otras, por el Estado miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El profesor RAMÓN PIZARRO¹⁷³ reconoce tres corrientes de gran relevancia en la explicación del fenómeno de la responsabilidad fundamentada en el riesgo: 1. La teoría del riesgo creado; 2. La doctrina del riesgo beneficio; y 3. La doctrina del acto anormal.

Estas corrientes permiten fortalecer las garantías del más débil, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, que modifica de forma relevante las categorías y los conceptos de las teorías de la responsabilidad y del Estado. En este último caso, porque Colombia pasa de ser considerado un Esta-

173 RAMÓN DANIEL PIZARRO. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa contractual y extracontractual*, Buenos Aires, La Ley, 1983, p. 707.

do de derecho a catalogarse como un Estado social y democrático de derecho, es decir, se trata de que el establecimiento de esta categoría permita fortalecer una Constitución nacional de carácter social, donde el hombre y la mujer sean la base cardinal del Estado constitucional y legal¹⁷⁴.

I. LA TEORÍA DEL RIESGO CREADO

El denominado Código de Napoleón¹⁷⁵ francés consagra en materia de responsabilidad civil que no existe ninguna responsabilidad sin culpa –*pas de responsabilité sans faute*–. Sin embargo, dos de los líderes de la reforma del citado Código respecto de la responsabilidad por las cosas (*responsabilité du fait des choses*, art. 1384 antiguo, hoy art. 1242), RAYMOND SALEILLES¹⁷⁶ y LOUIS JOSSE RAND¹⁷⁷, formulan un sistema de responsabilidad objetivo, en el que es sustituida la culpa por un nuevo factor de atribución de responsabilidad: la actividad peligrosa o riesgosa. Del mismo modo, se establece la teoría del riesgo creado en materia de da-

174 ANGÉLICA MARÍA ARMENTA ARIZA. “El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación”, en *Vía Juris*, n.º 6, enero-junio de 2009, pp. 88 a 112, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3293455>].

175 Código Civil francés, aprobado por Ley de 21 de marzo de 1804 (30 ventôse An XII), disponible en español en [<http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf>].

176 Beaune, Côte-d’Or, Francia, 14 de enero de 1855-Paris, 3 de marzo de 1912.

177 Lyon, 31 de enero de 1868-La Sauvetat, Francia, 8 de noviembre de 1941.

ños, cuando este es causado por cosas muebles inanimadas o por el médico en la prestación del servicio, quien puede argumentar que el daño antijurídico fue ocasionado por un caso fortuito.

En su libro *Responsabilidad profesional del médico*, OSVALDO ROMO describe concretamente el caso fortuito como aquél que se presenta cuando el agente actuó con prudencia y diligencia habitual y procedente en el hecho y circunstancias que motivan la controversia; sin embargo, el resultado no querido e imprevisto se produjo por razones absolutamente ajenas al agente. Lo considera no imputable del resultado perjudicial, estimando (citando a MARAÑÓN) que el caso fortuito se produce con motivo de ese mínimo porcentaje de riesgo que siempre existe en todo acto médico¹⁷⁸.

Por su parte, el profesor JORGE SANTOS BALLESTEROS¹⁷⁹ afirma que el juez debe valorar la siguiente aseveración: quien crea un riesgo o realiza una actividad riesgosa está obligado a responder por los resultados dañosos que esta situación origina a terceros víctimas del daño, esto, sin atender la culpa del deudor de la obligación a su cargo, tenga este el carácter de nacional o internacional. En este último caso, la denuncia es presentada para su revisión ante la CIDH y al resultar pertinente el análisis del asunto el conflicto es enviado y resuelto por la CIDH¹⁸⁰.

178 GYÖRGY SZÁNTÓ PONGRÁCZ. “Definiciones respecto al error en medicina”, *Revista Médica de Chile*, 2001, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0034-98872001001200016&script=sci_arttext&tlng=pt].

179 JORGE SANTOS BALLESTEROS. *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

180 URUEÑA HERNÁNDEZ, BANDEIRA GALINDO y TORRES PÉREZ (coords.). “Manual protección multinivel de derechos humanos”, cit.

II. LA DOCTRINA DEL RIESGO BENEFICIO

Los hechos jurídicos pueden ser de naturaleza lícita como el nacimiento y la muerte, e ilícita como la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional. El daño antijurídico causado por el Estado produce la vulneración de ciertos cánones y valores constitucionales del ser humano, es decir, la transgresión de derechos fundamentales singulares y colectivos de niños, niñas, adolescentes, mayores de edad, trabajadores, entre otros. El citado daño que ocasiona la responsabilidad patrimonial del Estado desconoce las doctrinas y modificaciones relevantes de tipo social realizadas por la Carta Magna¹⁸¹.

La Constitución Política vigente estableció en su artículo 90 un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de naturaleza contractual como extracontractual, fundamentado en la noción de daño antijurídico que es aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar, el cual incluye, además de la responsabilidad de la administración pública, la del Estado-juez, la del Estado-legislador, así como de los demás órganos autónomos e independientes que hacen parte de la estructura del Estado¹⁸².

181 ARMENTA ARIZA. "El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación", cit.

182 RICARDO HOYOS DUQUE, MARÍA VICTORIA ZAMBRANO y LUIS FERNANDO JARAMILLO BEDOYA. "Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 9, n.º 17, 2006, pp. 11 a 21, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5761437>].

Por ende, el daño antijurídico puede ser ocasionado en el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, que al exteriorizarse causa perjuicios patrimoniales o extra patrimoniales a las víctimas directas e indirectas.

En lo que concierne al riesgo excepcional como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados en enfrentamientos armados, habrá lugar a la aplicación del mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado¹⁸³.

De este modo, la doctrina del riesgo-beneficio determina que quien introduce al normal desarrollo de las actividades humanas una cosa riesgosa o realiza una actividad peligrosa para obtener un beneficio, debe soportar todas las consecuencias jurídicas dañosas que aquella actividad provoca. Se evidencia que el principio involucrado en esta doctrina intenta limitar la responsabilidad por riesgo creado, a la concepción de utilidad o provecho por parte de quien obtiene un beneficio, sin embargo, no necesariamente es requerido que exista una utilidad o ventaja patrimonial del agente causante del daño, sino tan solo que concurra un beneficio de naturaleza no pecuniario.

183 CONSEJO DE ESTADO. Radicación 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), cit.

III. LA DOCTRINA DEL ACTO ANORMAL

Los derechos humanos, afirma el abogado y jurista ecuatoriano JORGE ZAVALA EGAS¹⁸⁴, deben ser impulsados por la Corte o Tribunal Constitucional y no por la jurisdicción de lo contencioso administrativo o por la Corte Suprema de Justicia, como ocurre en algunos Estados. De esta forma, se asegura que los fallos de la Corte Constitucional tengan prevalencia sobre las decisiones emitidas por la citada Corte Suprema, circunstancia que evita las tensiones ocasionadas por los fallos atinentes a los denominados “casos difíciles” que crean precedentes. La unificación de la jurisprudencia a través del sistema de precedentes emitidos por la Corte Constitucional permite la salvaguarda de los derechos humanos de la víctima, por ejemplo, de un daño contractual o extracontractual causado por un acto anormal.

La doctrina del acto anormal es promovida por el profesor francés GEORGES RIPERT¹⁸⁵ y busca limitar los alcances establecidos en la teoría del riesgo creado, al que se hizo referencia con anterioridad. El doctrinante galo señala que cualquier persona que use su propiedad en condiciones anormales debe reparar el daño, es decir, señala la norma que es responsable la persona de modo directo o por intermedio de un tercero dependiente, quien al ejercer su derecho y liber-

184 ZAVALA EGAS. “Teoría de la seguridad jurídica”, cit.

185 La Ciotat, Francia, 22 de abril de 1880-Pris, 4 de julio de 1958. *La regla moral en las obligaciones civiles*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2016.

tad de forma anormal lesiona los derechos humanos de los individuos.

El artículo enjuiciado (2347) es uno de los que en el Código Civil regulan el tema de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno. Este tipo de responsabilidad civil es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –culpa in vigilando, *culpa in eligendo*– al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia. Mientras que, según otro sector de la doctrina, acogido en otros ordenamientos civiles en el derecho comparado, se funda en un criterio de imputación objetiva –la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio– conforme a la cual, quien se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de dicha actividad¹⁸⁶.

Es importante aclarar que no siempre la persona está obligada a responder por las consecuencias perjudiciales de todos los actos o hechos jurídicos dañosos, que sean derivados de los mismos, solo está llamado a responder el sujeto que cause daño en actividades que estén fuera de lo normal. Entonces, la tensión se presenta al momento de responder la siguiente pregunta: ¿Qué se entiende por acto normal o hecho anormal en el contexto actual?

186 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1253 de 5 de diciembre de 2005, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1253-05.htm>].

La respuesta es compleja porque lo que hoy es considerado anormal puede no serlo en el futuro, situación que genera controversia al momento de decidir, por ejemplo, un litigio por responsabilidad contractual o extracontractual.

A. La necesidad o no de establecer diferentes tipos de responsabilidad objetiva

En el contexto antes señalado, la teoría de la responsabilidad objetiva se encuentra ligada a la teoría de la culpa, donde solo era objeto de reparación el daño causado por un hecho comprobable y atribuible al comportamiento de un autor. Sin embargo, al ser fortalecida la teoría del riesgo se parte de la existencia del daño antijurídico, a partir del ejercicio de una actividad de peligro generadora de un perjuicio¹⁸⁷.

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado social de derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, 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 cul-

187 MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA. *Estudios de responsabilidad civil*, 2.^a ed., Bogotá, Externado, 2009, pp. 183 y ss.

posa 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. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública¹⁸⁸.

Por ende, el juzgador al proferir el fallo considera que el mismo ha sido generado por la acción y omisión del deudor de la obligación, en este caso, del Estado en su condición de social de derecho. Así, al analizar las dos teorías se percibe que estas son excluyentes: la subjetiva está fundamentada en la culpa del deudor y la otra, es decir, la teoría objetiva se soporta en la actividad riesgosa. Sumado a lo anterior, es importante señalar que los regímenes de responsabilidad aplicables en las jurisdicciones civil y de lo contencioso administrativa son diferentes.

188 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 de 1996, cit.

B. El régimen de responsabilidad objetivo en la jurisdicción ordinaria civil y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo

En principio es importante señalar que el presupuesto subjetivo de la seguridad jurídica en los procesos por responsabilidad del Estado o de los particulares se encuentra relacionada con la certeza, que supone el conocimiento de la ciudadanía acerca de la superioridad de la ley y el respeto de los tribunales por la norma, evitando una actitud ligera en su aplicación y calificación, además del reconocimiento de los dos elementos fundamentales que la gobiernan: el objetivo y el subjetivo.

El factor objetivo está relacionado con la garantía de no causar daño a las personas, a sus bienes y derechos a través de la aplicación de la ley que previene la exteriorización de riesgos, la presencia de daños y evita la inseguridad jurídica, es decir, este factor otorga la confianza requerida a todos los destinatarios de la norma¹⁸⁹. Por ejemplo, en los daños causados por la responsabilidad del Estado, la norma consagra lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la

189 ARRÁZOLA JARAMILLO. "El concepto de la seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho", cit.

conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste¹⁹⁰.

En forma análoga, la publicidad, la claridad, la irretroactividad de la norma, entre otros, pueden ser utilizados como instrumentos de certeza, eficacia y oposición a la arbitrariedad¹⁹¹. Los elementos anteriores pueden ser comprendidos bajo la demarcación de categorías como la *certeza jurídica*, que está circunscrita por la certeza de la ordenación, la certeza de la coexistencia, la certeza del saber legal, de la predecibilidad jurídica y por último, la solidez del derecho.

Para el tratadista WILLI GEIGER¹⁹², según nos dice GARRIDO GÓMEZ¹⁹³, el saber legal se aproxima a las normas jurídicas o a la cognoscibilidad de su interpretación, aspecto que permite a los ciudadanos saber lo que está regulado, impuesto y permitido por el Estado, ente público a quien le asiste el derecho a la defensa, con el argumento, por ejemplo, de que el daño fue generado por una fuerza mayor, con el propósito de evitar que los problemas jurídicos le sean imputados.

En sentido *lato*, la fuerza mayor ha sido definida como un hecho ajeno al obligado, previsto o imprevisto, pero inevitable o irresistible, que lo imposibilita para cumplir la obligación de que se trate. A fin de subrayar la estrecha

190 Artículo 90 Constitución del 91, cit.

191 GARRIDO GÓMEZ. "La predecibilidad de las decisiones judiciales", cit.

192 Neustadt an der Weinstraße, Alemania, 22 de mayo de 1909-Karlsruhe, Alemania, 19 de enero de 1994.

193 GARRIDO GÓMEZ. "La predecibilidad de las decisiones judiciales", cit.

interrelación entre la fuerza mayor y el grado de diligencia que se espera del obligado en toda relación jurídica específica, la fuerza mayor ha sido definida también de manera negativa o excluyente como un acontecimiento no atribuible a una “falta” (dolo o negligencia culpable) del obligado o que sucede con independencia de su voluntad y de manera que éste no puede controlar, impidiéndole cumplir con la obligación¹⁹⁴.

Todo lo expuesto en el punto anterior permite realizar la siguiente pregunta: ¿Deben existir diferentes regímenes de responsabilidad para una actividad peligrosa con el propósito de no generar conflictos en la decisión pertinente? Para responder la pregunta se requiere analizar los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, de la Corte Constitucional colombiana y de algunos referentes doctrinarios nacionales y foráneos.

Así, en Colombia la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha introducido elementos de la teoría de la responsabilidad objetiva en el estudio de sus casos sobre actividades peligrosas, que son utilizados por el Consejo de Estado colombiano, en concreto, en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencio-

194 COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. SECRETARÍA. “La ‘fuerza mayor’ y el ‘caso fortuito’ como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina”, Documento A/CN.4/315, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, primera parte, 27 de junio de 1977, disponible en [http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_315.pdf].

so Administrativo. Esta situación permite inferir que se constituye en un régimen de responsabilidad re-pensado, en algunos casos aparente y, en otros, oculto en la jurisprudencia de esta Corporación.

IV. LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS EN LAS JURISDICCIONES: CIVIL, DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIONAL

Es importante analizar la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad objetiva, las actividades peligrosas en el derecho civil, en el derecho administrativo y en el derecho constitucional. El profesor WILSON RUIZ OREJUELA¹⁹⁵ establece conceptos jurídicos fundamentales para comprender el tema relacionado con la responsabilidad generada por actividades peligrosas, que son instituidos a partir del daño especial y del riesgo excepcional. Es esencial resaltar que

... bajo los presupuestos de la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas, la exoneración solo puede sobrevenir, si el demandado demuestra que el daño se produjo, por fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima, situaciones que no fueron alegadas ni probadas¹⁹⁶.

195 WILSON RUIZ OREJUELA. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2010.

196 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente 5000131030011999-04421-01, 3 de mayo de 2005, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

A. El caso Jand'heur vs. Galeries Belfortaises y la responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas

Un caso emblemático relacionado con la responsabilidad por el hecho de una cosa inanimada es el caso *Jand'heur vs. Galeries Belfortaises*, donde el Tribunal de Belfort considera que el automóvil causante del daño es una cosa riesgosa, sin que sea requerida necesariamente la existencia de la prueba del vicio del vehículo. Sin embargo, la Corte de Besançon modifica el fallo, con la exigencia de que sea requerida en la demanda la prueba de la culpa o comportamiento del conductor del automóvil. De igual modo, el 21 de febrero de 1927 la Cámara Civil de la Corte de Casación del país europeo expresa que el Código Civil francés no hace ningún tipo de distinción en torno a que la cosa causante del daño sea o no accionada por el ser humano.

Es decir, se señala que es suficiente que se trate de una cosa sometida a la guarda del propietario o del mero tenedor, por el riesgo o peligro que la misma genera. Al ser revisado este caso en la Corte de Apelaciones de la ciudad de Lyon en Francia, se resuelve con los mismos argumentos de la Corte de Besançon, hecho que genera la necesidad de reunir a las Cámaras para la decisión final. El 13 de febrero de 1930 las Cámaras francesas reunidas en pleno unificaron el criterio de asignar la responsabilidad con la culpa del deudor en la guarda de la cosa.

Por consiguiente, este tipo de disposiciones tienen un propósito principal: prevenir los errores y comportamientos negligentes del médico, por ejemplo,

con el objetivo de minimizar los costos de la conducta negligente y compensar las pérdidas ocasionadas a los pacientes que son víctimas de un daño¹⁹⁷.

B. El daño especial

Para la defensa de los derechos humanos se hace necesaria la creación de varias instituciones jurídicas, que, si bien llegan de forma tardía a América Latina, se reconocen en la mayoría de los Estados. Algunas de estas instituciones son las siguientes: el derecho de daños, la tutela, el *habeas corpus*, el *habeas data*, el derecho de petición, la acción popular, la acción de grupo, la acción de cumplimiento y el recurso de protección o de amparo. Su uso es frecuente y encuentran su soporte en la Constitución Política de cada uno de los Estados. Así mismo, son herramientas útiles para el auxilio de las garantías legales y constitucionales las sentencias de unificación de la Corte Constitucional colombiana que es la encargada de la protección de la Carta Política, los tratados internacionales que reconocen los derechos fundamentales y otorgan los lineamientos de su amparo¹⁹⁸.

197 CARLES LAVILA. "Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica", cit.

198 ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA. "El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIX, n.º 2, diciembre de 2006, pp. 205 a 228, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200010].

Se percibe entonces la importancia de los conceptos de seguridad jurídica, de falla en el servicio, de daño especial o de riesgo excepcional, a partir de la consolidación de un bloque jurisprudencial y convencional que interprete el derecho y el alcance del mismo, con el propósito de evitar los criterios *equivocistas*. Estos criterios se encuentran cada vez más presentes en la modernidad, por la ausencia de la incorporación de valores y principios en la hermenéutica o interpretación de la norma o situación fáctica¹⁹⁹. Así las cosas,

Para que surja la responsabilidad del Estado por daño especial, es necesario que concurren tres factores: primero, que la administración despliegue una actividad legítima; segundo, que se produzca, en cabeza de un particular, la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas; y tercero, que entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad, exista un nexo de causalidad²⁰⁰.

Por ejemplo, el daño especial es un principio básico del derecho moderno que afirma lo siguiente: debe haber igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, por ende, si un ciudadano soporta las mismas cargas que los demás, no puede reclamar al Estado el pago de una indemnización. Lo anterior, porque los requerimientos de la vida colectiva exigen que cada individuo soporte –sin indemnización– los da-

199 BEUCHOT. *Tratado de hermenéutica analógica: Hacia un nuevo modelo de interpretación*, cit.

200 SANTIAGO DIAZGRANADOS MESA. “Responsabilidad del Estado por daño especial”, trabajo de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2011, disponible en [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis46.pdf>].

ños resultantes del ejercicio legal y regular del poder público.

A su vez, si la persona es obligada a soportar una carga especial, surge a cargo del Estado el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados con el daño antijurídico. Se trata entonces de un principio del derecho fundamentado en una dimensión social y en el pensamiento del colectivo, donde se establece que si el daño es producido por la Administración, no hay lugar a ningún tipo de reparación, el caso es contrario cuando el daño es anormal, relevante y de carácter personal.

Como lo señala el profesor FAÚNDEZ LEDESMA²⁰¹ igual situación se presenta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde le corresponde a la CIDH salvaguardar las garantías del individuo frente a todas las acciones arbitrarias del poder público. Este es el propósito fundamental del amparo nacional e internacional de los derechos humanos, a través de la imposición de límites al ejercicio del poder estatal. Así las cosas, los derechos humanos pueden ser definidos como una serie de prerrogativas que tiene el individuo de acuerdo a lo establecido por el derecho internacional humanitario, frente a los órganos del poder, esto, para resguardar su dignidad como ser humano a través de la supresión de la interferencia negativa del Estado. Es importante reiterar lo siguiente:

201 FAÚNDEZ LEDESMA. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, cit.

El sistema interamericano de derechos humanos está compuesto por dos órganos principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959, con sede en Washington D. C.; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979, con sede en San José Costa Rica. Mientras que la Comisión Interamericana está encargada de recibir las peticiones individuales, darles el procesamiento inicial y eventualmente transmitirlos a la Corte, la Corte Interamericana está encargada de resolver el caso de fondo, practicar pruebas y emitir decisiones finales sobre los casos. Estas decisiones son obligatorias para los Estados²⁰².

De la misma manera, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un mecanismo para amparar los derechos de los individuos, sobre todo, el respeto de las garantías de los más débiles a la verdad, justicia y reparación integral en todo el continente americano.

C. El riesgo excepcional

La responsabilidad objetiva por riesgo excepcional ha sido decantada por la jurisprudencia colombiana en los eventos donde se involucran las denominadas actividades peligrosas: el uso de armas de dotación oficial, el manejo de vehículos, la conducción y construcción de redes de energía eléctrica, los atentados

202 DIANA GUARNIZO PERALTA. *El sistema interamericano como herramienta para garantizar el acceso a los cuidados paliativos y el alivio del dolor*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017, disponible en [http://www.academia.edu/35814866/El_sistema_interamericano_como_herramienta_para_garantizar_el_acceso_a_los_cuidados_paliativos_y_el_alivio_del_dolor].

ejecutados por terroristas a sectores públicos ubicados cerca de sujetos particulares y bienes o los daños causados por la ejecución de determinadas obras públicas, son algunos ejemplos de actividades que generan peligro (Ruíz, 2010). Además, la jurisprudencia colombiana ha señalado que para la aplicación de la prueba de los elementos de la responsabilidad –trátándose de la responsabilidad objetiva fundamentada en la teoría del riesgo excepcional– debe tenerse en cuenta lo siguiente: 1. Al demandante en su condición de víctima del daño le basta demostrar la ocurrencia del hecho que está ligado al ejercicio de la actividad peligrosa, sin que le asista la obligación de probar la calificación de la conducta o el comportamiento subjetivo del demandado, este último caso es propio del régimen de responsabilidad por culpa probada del servicio a cargo del Estado. A su vez, al dañador no le es viable exculparse demostrando la debida diligencia y cuidado; 2. El demandante tiene que demostrar en el proceso la ocurrencia de un daño antijurídico que debe tener las siguientes características: anormal, particular, cierto y que recaiga sobre un hecho o acto protegido jurídicamente y, además, donde el Estado garantice la confianza legítima; y 3. El dañado, igualmente, debe demostrar el nexo de causalidad adecuado entre el daño antijurídico ocasionado a la víctima y la conducta generada de un riesgo imputado al victimario; todo, a través de la prueba directa o indirecta, esto, porque la ley no ha señalado de forma real y concreta –en materia de relación causal– lo siguiente: a. Las presunciones legales respecto de las que una vez se ha probado un hecho, el legislador infiere su cau-

salidad adecuada; b. Que el juez tenga conocimientos acerca de la realidad o dimensión social, que lo autoricen para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante.

De la misma forma, es importante señalar que la prueba del nexo causal entre el hecho y el daño antijurídico ocasionado por el Estado puede presentarse de forma directa e indirecta: 1. Directa, a través de los medios probatorios pertinentes: confesión, declaración de parte, inspección judicial, entre otros; y/o 2. Indirecta, mediante el medio de prueba denominado “indicio” –hecho indicador y hecho indicado–; este medio probatorio permite la convicción lógica de forma indirecta y requiere, por consiguiente, demostrar los hechos indicadores que señalen de manera concreta el hecho indicado.

De este modo, por un lado, es evidente que la función del Estado colombiano es la de solucionar las necesidades básicas del individuo y de la colectividad, a través de la prestación de servicios estatales con calidad e idoneidad. Por ende, el Estado debe cumplir con las exigencias esenciales del ser humano y abstenerse de generar riesgos y daños antijurídicos que lesionen las garantías del ciudadano²⁰³. Por otro lado, es un deber del Estado colombiano investigar, perseguir y castigar las graves violaciones a los derechos humanos, porque al incumplir con este deber es la CIDH la encargada de salvaguardar estas garantías²⁰⁴.

203 FAÚNDEZ LEDESMA. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, cit.

204 MALARINO. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización.

D. Las tensiones ocasionadas en la interpretación del daño especial y el riesgo excepcional

En el texto de la profesora ANA MARÍA LOURIDO RICO²⁰⁵ atinente a la articulación de las relaciones existentes entre la seguridad jurídica y la justicia, se hace alusión a la cosa juzgada y a algunos de los mecanismos procesales que permiten desconocerla o transgredirla. La citada profesora indica que en un primer momento es la seguridad jurídica la que necesita de la justicia, pues sin esta no existiría la primera, sin embargo, debe existir reciprocidad, es decir, la seguridad jurídica puede ser un medio para permitir la justicia.

En forma análoga, se pueden encontrar dos estadios: un primer momento caracterizado por la creación de cada una de las leyes que orientan el ordenamiento jurídico, con el criterio utópico de que las normas siempre están encaminadas al ideal de justicia, y un segundo momento en el que la seguridad jurídica permite la corrección de fallos que desconocen la justicia, por ejemplo, cuando el debido proceso es transgredido o se evidencia un error no corregido por el juez de primera o segunda instancia.

Entonces, se han generado numerosas tensiones cuando la jurisprudencia y la doctrina colombianas han tratado de definir los conceptos de daño especial

Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, cit.

205 LOURIDO RICO. “La articulación de las relaciones entre la seguridad jurídica y la justicia: la cosa juzgada y algunos de los mecanismos procesales que permiten desconocerla”, cit.

y de riesgo excepcional, donde los dos regímenes se complementan en el principio del equilibrio o desequilibrio de las personas naturales y jurídicas frente a las cargas públicas. De igual manera, porque han invocado para su existencia solo razones de equidad, sin detenerse a reflexionar acerca de que la actividad legítima del Estado causante del daño puede ser catalogada como riesgosa o no.

Es decir, en el título de imputación denominado “riesgo excepcional”, al Estado le es endilgado el daño antijurídico porque este surge de una actividad riesgosa. En cambio, en el título de imputación establecido como “daño especial” es valorada de forma directa la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, de tal manera que la antijuridicidad del daño depende en forma exclusiva de aquel desequilibrio, con dos características esenciales: la anormalidad y la especialidad.

Lo anterior revela que el Estado expone a un riesgo a unos asociados más que a otras personas en su legítima actuación: el habitar contiguo o junto a instalaciones oficiales como una Estación de Policía, un Batallón del Ejército Nacional, o un Comando de Acción Inmediata –CAI–, son ejemplos de situaciones de riesgo para la comunidad, por efecto de las acciones delictivas perpetradas de forma permanente por la delincuencia común u organizada, que lesiona los derechos humanos.

Por ende, los derechos humanos contienen elementos formales de gran relevancia, porque involucran prerrogativas que el individuo tiene frente al poder del Estado y, por lo tanto, restringen el ejerci-

cio de este último cuando es potencial causante de un daño antijurídico. Es así como el juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ de la CIDH, citado por FAÚNDEZ LEDESMA²⁰⁶, señala que los derechos humanos son el lindero preciso y demarcado entre la acción legítima del Estado, en este caso, miembro del Sistema Interamericano, y la conducta ilícita de sus propios agentes.

V. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA POR FALLA EN EL SERVICIO Y LA ATRIBUCIÓN APLICABLE AL DAÑO ANTIJURÍDICO

El profesor ENRIQUE GIL BOTERO²⁰⁷ considera que de acuerdo a lo indicado en el artículo 90 de la Constitución Política, los elementos de la responsabilidad de la administración pública son reducidos a dos aspectos fundamentales: a la comprobación de un daño antijurídico y a la imputación o régimen aplicado en un proceso en contra de una entidad o autoridad estatal. Por ende, en el régimen subjetivo de responsabilidad –fundamentado en la falla en el servicio– el juez para proferir el fallo pertinente observa y valora el comportamiento o la conducta del servidor público. En cambio, en el título de imputación objetiva lo observado por el juzgador es el riesgo creado por el Estado y la vulneración a la igualdad frente a las cargas públicas.

206 FAÚNDEZ LEDESMA. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, cit.

207 ENRIQUE GIL BOTERO. *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2010.

Así, la imputación o atribución subjetiva del daño antijurídico se instituye en un proceso dirigido a establecer: 1. El régimen aplicable en un proceso; 2. Los medios de prueba pertinentes; y 3. La responsabilidad del causante de la afectación patrimonial o inmaterial.

En este orden de ideas, tal como lo señala GIL BOTERO²⁰⁸, la imputación subjetiva va mucho más allá de la simple causalidad, porque el origen del daño antijurídico presupone o admite la existencia del daño que lesiona un bien jurídico tutelado por el Estado, como una entidad material y atribuible a ciertos fenómenos. De igual manera, la imputación fáctica o cierta de los hechos tiene el propósito de establecer si en el plano material y no precisamente causal, el daño antijurídico es imputable o no a un sujeto pasivo de la relación contractual o extracontractual de derecho por parte de la víctima.

Por consiguiente, en la imputación subjetiva fundamentada en la falla en el servicio lo observado por el juez es la negligencia, relacionada con el descuido grave e injustificado del agente que causa el daño, así como su imprudencia e impericia.

La imprudencia alude a la comprobación de que, si bien un sujeto no estaba capacitado para evitar una conducta que satisface la descripción típica, sí estaba capacitado para evitar tal situación de incapacidad. Para ello, le resultaba exigible adoptar medidas de precaución contextualmente pertinentes con el objeto de asegurar su capacidad de seguimiento futuro de la norma²⁰⁹.

208 Ídem.

209 ÍTALO REYES ROMERO. "Una aproximación a la imputación a título

A su vez, la profesora MIGUEZ y NORMAYDA²¹⁰ hace alusión a la impericia como otro de los elementos generadores de falla en el servicio por parte del Estado, de la siguiente manera:

La impericia o incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica puede ser total cuando el que la comete carece de la condición profesional que se requiere, o groseara cuando a pesar de estar capacitado para el desempeño de la profesión, emplea deficientemente o no emplea los conocimientos científicos y técnicos requeridos en el procedimiento que ejecuta, causando la lesión o la muerte del paciente, resultados estos que en su producción están unidos en relación causal con la acción u omisión referidos²¹¹.

Es decir, es imprescindible en primer término, establecer y analizar de forma pertinente la imputación jurídica aplicable, en segundo término, identificar el hecho o generador de falla y la normatividad aplicable a la obligación incumplida que produce la responsabilidad para por último, probar que el daño fue ocasionado por determinada entidad estatal. Por consiguiente, por un lado la imputación fáctica y objetiva del daño está relacionada con el estudio retrospectivo y hermenéutico que recae sobre todas las acciones y omisiones del sujeto activo del daño antijurídico, por otro lado, la im-

de imprudencia en el Código Penal chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XLVII, 2.º semestre de 2016, disponible en [<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n47/art08.pdf>].

210 MIGUEZ y NORMAYDA. “La responsabilidad médica: una preocupación de todos”, cit.

211 Ídem.

putación jurídica presume la ejecución de un análisis prospectivo –en un tiempo futuro– y puramente normativo, que está dirigido a comprobar la obligación de resarcir el perjuicio material e inmaterial²¹².

VI. LA IMPUTACIÓN FÁCTICA EN EL RÉGIMEN OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD

Uno de los problemas jurídicos actuales es el desconocimiento acerca de la manera de aplicar la imputación fáctica subjetiva u objetiva debido a la permanente expedición de normas de carácter legislativo o reglamentario por parte de los ciudadanos, y en menor grado de los operadores jurídicos. Para los efectos de la responsabilidad penal, civil y administrativa existe la máxima que indica que el desconocimiento de la norma no permite su incumplimiento y mucho menos la posibilidad de dejar de acatar la sanción. Según lo indica el profesor PÉREZ LUÑO²¹³ esta disposición no soluciona el problema del desconocimiento de la norma y de las siguientes implicaciones que la citada situación genera: 1. Incertidumbre sobre el alcance de las obligaciones y los derechos; 2. Una duda generalizada entre lo verdadero y lo falso; 3. La facilidad de la manipulación de la norma; y 4. El abuso del poder por parte de funcionarios de entidades gubernamentales y no gubernamentales, entre otros.

212 CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, SECCIÓN TERCERA. Sentencia n.º 05001-23-24-000-1996-00329 01(21928), C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO, 5 de julio de 2012.

213 PÉREZ LUÑO. “La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia”, cit.

Lo anterior, puede ser solucionado a través de la seguridad jurídica aplicada al derecho de daños, porque uno de los beneficios de este principio es el establecimiento de parámetros generales y claros que inciden en todas las áreas del derecho. En consecuencia, es relevante tener claro que la imputación fáctica tiene un contenido eminentemente material, situación que permite valorar la responsabilidad o su ausencia, del sujeto activo del daño, esta imputación incorpora conceptos y construcciones normativas que permiten identificar el régimen de responsabilidad, que será objetivo o subjetivo del daño antijurídico.

En el primero, se reitera, el juez observa las características de la actividad que genera el daño, mientras que, en el segundo, es decir, en el régimen subjetivo, el elemento fundamental es la falla o culpa, la conducta o el comportamiento del agente productor del siniestro. Por consiguiente,

La falla en el servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, en donde la administración responde generalmente por cumplir con sus obligaciones de forma tardía, incompleta, defectuosa, por omisión, además de por extralimitación en el cumplimiento de las funciones que tiene a cargo. En cuanto a la falla por omisión que es el tipo de falla que nos resulta útil resulta preciso “los casos de omisión de la administración, lo que se revela es una absoluta ausencia de acción o de funcionamiento de las agencias o entidades del Estado del cumplimiento de sus funciones legalmente encomendadas y en detrimento de los asociados”²¹⁴.

214 DAVID GUILLERMO DUARTE MAHECHA. “Responsabilidad extracontractual del Estado en ataques a la fuerza pública

Así mismo, se dispone por parte del profesor PEDRO PIERRY²¹⁵ lo siguiente:

La falta de servicio así considerada la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y lo que debe ser su comportamiento normal. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración deberá indemnizarlo. Es claro sí que todo daño causado por mala organización o mal funcionamiento de los organismos públicos, en último término, sólo puede provenir de la acción u omisión de una persona humana, de tal modo que el Estado se verá, en definitiva, condenado a indemnizar daños causados por el hecho ajeno, en este caso, de un agente o agentes públicos²¹⁶.

Lo mismo ocurre en los fallos proferidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que propende por impulsar una verdadera política de amparo de las garantías del ser humano, a través de la generación de antecedentes jurisprudenciales, entre otros²¹⁷.

en cascos urbanos con víctimas civiles”, tesis de grado, Universidad Militar Nueva Granda, 2016, disponible en [<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14707/5/DuarteMahechaDavidGuillermo2016.pdf>].

215 PEDRO PIERRY ARRAU. *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, Chile, Consejo de Defensa del Estado, 2018.

216 Ídem.

217 KRSTICEVIC. “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos”, cit.

VII. EL RÉGIMEN SUBJETIVO Y OBJETIVO EN LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL

Por un lado, la objetividad de la seguridad jurídica en el derecho de la responsabilidad está justificada por la jerarquía de la ley y por el respeto de la estructura del ordenamiento jurídico y de las instituciones establecidas por el Estado. Por otro lado, el operador del derecho interpreta de forma subjetiva tanto los hechos como la norma aplicable de forma imparcial, es decir, su aplicación no puede variar dependiendo del sujeto activo o pasivo de un daño. Sin embargo, la aplicación e interpretación de la norma debe ser más efectiva en los siguientes eventos: 1. Cuando una de las partes es considerada un sujeto de especial protección constitucional y convencional; 2. En el evento en que la víctima se encuentre en una relación de subordinación con el causante del daño; y 3. Al existir una diferencia marcada de poder que permita la vulneración de los derechos²¹⁸.

Lo anterior, permite evidenciar la importancia de la seguridad jurídica en los procesos de responsabilidad civil o estatal, cuando se exige que las decisiones judiciales estén en concordancia con las normas y también con la Carta Política. Esto hace visible la garantía de la equidad e igualdad ante la ley, situación que genera un precedente vinculante mantenido en el tiempo y enfocado en la garantía de los derechos humanos del vulnerable con la aplicación, por ejemplo,

218 ZAVALA EGAS. "Teoría de la seguridad jurídica", cit.

del daño especial como título de imputación objetivo de responsabilidad.

Para que surja la responsabilidad del Estado por daño especial, es necesario que concurren tres factores: primero, que la administración despliegue una actividad legítima; segundo, que se produzca, en cabeza de un particular, la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas; y tercero, que entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad, exista un nexo de causalidad²¹⁹.

De la misma manera, MARINON²²⁰ manifiesta que el juez está obligado a acatar los fallos de otros órganos judiciales tanto de la misma jerarquía como de una superior, es decir, de decisiones proferidas en la jurisdicción nacional o supranacional en las que se haya aplicado la teoría del título de imputación. En consecuencia, en la responsabilidad subjetiva el juez observa el comportamiento del sujeto que ocasiona el daño antijurídico, por consiguiente, en este título de imputación se presentan dos grados de culpa: 1.^º La culpa probada donde le corresponde al acreedor de la obligación demostrar la negligencia y el descuido en la actuación del Estado o un agente suyo, para que su actuación o comportamiento sea cuestionado por el juez, es decir, la víctima tiene la obligación de probar que el daño antijurídico fue causado por el médico, quien no contó con las debidas precauciones ni evaluó las consecuencias

219 DIAZGRANADOS MESA. "Responsabilidad del Estado por daño especial", cit.

220 MARINON. "El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica", cit.

de su actuación²²¹; y 2.º La culpa presunta del ente que ocasiona el daño antijurídico en la que no basta con demostrar o probar la diligencia y prudencia del dañador, sino que es necesario demostrar que el hecho generador de perjuicios fue ocasionado por una causa extraña que involucra la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima o la culpa de un tercero.

Vale decir, es pertinente que las cargas probatorias se trasladen al demandante o al demandado de acuerdo al régimen de responsabilidad aplicable a cada caso, escenario que el juez está en la obligación de sopesar. Sin embargo, es frecuente que exista confusión al imputar la presunción de culpa o falla con la presunción de responsabilidad, es decir, resulta anti-técnico valorar el comportamiento en el régimen objetivo, así como apreciar y calificar la actividad en el régimen subjetivo. Por ejemplo,

... en casos en que se discute la responsabilidad del Estado por los daños que sufren los civiles durante un enfrentamiento armado entre la Fuerza Pública y grupos al margen de la ley, la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en el título jurídico del daño especial, ha declarado la responsabilidad del Estado, bajo el entendido de que dicha situación “excede en lo normal la afectación que están obligados a soportar los miembros de la sociedad civil” y si bien el enfrentamiento entre la Fuerza Pública y grupos al margen de la ley puede resultar legítimo, las víctimas no están obligadas a soportar los perjuicios sufridos, independientemente de quien los haya causado²²².

221 VERA CARRASCO. “Aspectos éticos y legales en el acto médico”, cit.

222 CONSEJO DE ESTADO. Radicación 19001233100020020021601, cit.

Por consiguiente, se aleja de la idoneidad propia del litigante, juzgador, conciliador en derecho, entre otros, hacer alusión a la concurrencia de culpas en el régimen donde lo observado es la actividad de peligro²²³. Así mismo, es impertinente imputar el régimen objetivo al acto médico-sanitario, porque lo observado es

La falta de habilidad, sabiduría o experiencia en una ciencia o arte. Esta incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica, puede ser *total*, cuando el que la comete carece de la condición profesional requerida; o *grosera* cuando a pesar de estar capacitado, emplea deficientemente, o no emplea, los conocimientos científicos y técnicos requeridos, causando una lesión o la muerte al paciente o víctima del daño antijurídico²²⁴.

Entonces, el título de imputación subjetivo y objetivo están destinados a aplicarse al causante del daño. Por ejemplo, en la responsabilidad internacional el Estado miembro del Sistema Interamericano de Derechos

223 De la misma forma, está alejado de la idoneidad el hecho de presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos las quejas o peticiones en una segunda oportunidad, por ejemplo, cuando un Estado miembro del Sistema haya supuestamente lesionado los derechos humanos de una persona o de una colectividad de víctimas (BARONA BETANCOURT. "Protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", cit.).

224 DIEGO A. ARTILES GRANADA, IRENE BALMASEDA BATAILLE y AMANDA LAURA PRIETO VALDÉS. "Responsabilidad ante el error y la mala práctica del actuar médico", *Revista Cubana de Ortopedia y Traumatología*, vol. 27, n.º 1, enero-junio de 2013, pp. 134 a 143, disponible en [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-215X2013000100013].

Humanos es el responsable del daño antijurídico, por la negligencia por acción u omisión de cualquiera de los órganos o agentes estatales que ocasionaron el perjuicio, en suma, con la aplicación del principio de unidad estatal cuando un daño antijurídico es causado por parte de los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial, entre otros, la Nación responde de forma directa por el daño ocasionado por un tercero a la víctima²²⁵.

Por ejemplo, una víctima puede ser un paciente a quien se le causa un daño por el “hecho inesperado que involucra la muerte o daño físico o psicológico grave y que no está relacionado con la historia natural de la enfermedad”²²⁶.

225 KRSTICEVIC. “Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos”, cit.

226 SOCIEDAD ARGENTINA DE PEDIATRÍA. “Seguridad del paciente: glosario”, cit.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHURY SALDAÑA, DIANA *et ál.* “Estudio de eventos adversos, factores y periodicidad en pacientes hospitalizados en unidades de cuidado intensivo”, en *Enfermería Global*, vol. 15, n.º 42, abril de 2016, disponible en [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1695-61412016000200011].
- ACOSTA LÓPEZ, JUANA INÉS y ANA MARÍA DUQUE VALLEJO. “Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de *ius cogens*?”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 12, enero-junio de 2008, pp. 13 a 34, disponible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562008000100002&lng=en&nrm=iso&tlng=es].
- ACOSTA LOPÉZ, JUANA INÉS y MARTHA CECILIA MAYA CALLE. “El derecho de petición individual en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su relación con las obligaciones que surgen de las medidas interinas y provisionales”, en *Estudios de Derecho*, vol. 66, n.º 148, 2010, pp. 13 a 40, disponible en [http://www.academia.edu/511772/El_derecho_de_peticion_individual_en_el_Sistema_Interamericano_de_Derechos_Humanos_y_su_relacion_con_las_obligaciones_que_surgen_de_las_medidas_interinas_y_provisionales].

AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, NAJMAN ALEXANDER. "La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 3 a 23, disponible en [<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v12/v12a1.pdf>].

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, ÓSCAR JOSÉ AMEAL y ROBERTO MANUEL LÓPEZ CABANA. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

ALVEAR TÉLLEZ, JULIO. "La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la 'Declaración' francesa de 1789", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso*, n.º XLV, 2.º semestre de 2015, pp. 341 a 371, disponible en [<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n45/a13.pdf>].

ANÓNIMO. Código de Hamurabi, Madrid, Luarna Ediciones, s. f., disponible en [<http://www.ataun.net/bibliotecagratis/Clásicos%20en%20Español/Anónimo/Código%20de%20Hammurabi.pdf>].

AMORES AGULLA, TANIA y JOSÉ ÁNGEL MARRERO QUESADA. "Mala praxis en el quirófano", *Revista Cubana de Cirugía*, vol. 54, n.º 2, abril-junio de 2015, disponible en [<http://www.revcirugia.sld.cu/index.php/cir/article/view/210/129>].

APARISI MIRALLES, MARÍA ÁNGELES. "La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre", *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, n.º 70, octubre-diciembre de 1990, pp. 209 a 223, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27087.pdf>].

ARAMBURO CALLE, MAXIMILIANO ALBERTO. "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, n.º 108, enero-junio de 2008, pp. 15 a 51, disponible en [<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/601/539>].

- ARCOS RAMÍREZ, FEDERICO. “La seguridad jurídica en la aplicación del derecho de la previsibilidad a la argumentación”, en *Anuario de Filosofía de Derechos*, n.º 19, 2002, pp. 191 a 218, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/756887.pdf>].
- ARMENTA ARIZA, ANGÉLICA MARÍA. “El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación”, en *Vía Juris*, n.º 6, enero-junio de 2009, pp. 88 a 112, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3293455>].
- ARRÁZOLA JARAMILLO, FERNANDO. “El concepto de la seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho”, *Revista de Derecho Público*, n.º 32, 2014, pp. 1 a 27, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4760108>].
- ARTILES GRANADA, DIEGO A.; IRENE BALMASADA BATAILLE y AMANDA LAURA PRIETO VALDÉS. “Responsabilidad ante el error y la mala práctica del actuar médico”, *Revista Cubana de Ortopedia y Traumatología*, vol. 27, n.º 1, enero-junio de 2013, pp. 134 a 143, disponible en [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-215X2013000100013].
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217A (III), 10 de diciembre de 1948, disponible en [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf].
- BARBOZA, JULIO. “La responsabilidad internacional”, en *Organization of American States*, 2006, disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiii_curso_derecho_internacional_2006_julio_barboza.pdf].
- BARONA BETANCOURT, RICARDO. “Protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Páginas de Seguridad Social*, vol. 1, n.º 1, enero-junio de 2017,

pp. 31 a 59, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/4845>].

BARREIRO, JULIETA. "Dignidad en la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 y su fundamentación desde Kant y Habermas: Antecedentes filosóficos en el campo de la salud mental", en *Anuario de Investigaciones*, vol. 21, n.º 2, 2014, pp. 211 a 216.

BEUCHOT, MAURICIO. *Tratado de hermenéutica analógica: Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 2.ª ed., México D. F., Editorial Itaca y Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, 2000.

BOLÁS ALFONSO, JUAN (dir.). *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Madrid, Civitas, 1993.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS. "El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIX, n.º 2, diciembre de 2006, pp. 205 a 228, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200010].

BURGOS PORTILLO, ROXANA BERNARDET. "La responsabilidad médica", *Revista Médica La Paz*, vol. 20, n.º 2, julio-diciembre de 2014, disponible en [http://www.scielo.org.bo/pdf/rmcmlp/v20n2/v20n2_a01.pdf].

CANCILLERÍA DE COLOMBIA. "Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 2018, disponible en [<http://www.cancilleria.gov.co/international/politics/right/interamerican>].

CARPIZO AGUILAR, ENRIQUE. *Derechos fundamentales y la interpretación. La corte y los derechos*, México D. F., Porrúa, 2009.

CARPIZO MAC GREGOR, JORGE. "Los derechos humanos: Naturaleza, dominación y características", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 25, julio-diciembre de 2011, pp. 3 a 29, disponible en [<https://>

revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965/7906].

CARLES LAVILA, MISERICORDIA. “Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica”, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 17, n.º 6, 2003, pp. 494 a 503, disponible en [<http://www.scielo.br/pdf/gs/v17n6/revision.pdf>].

CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. “Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Colombia y la mirada de la justicia internacional”, en *Prolegomenos. Derechos y Valores*, vol. XVII, n.º 35, enero-junio de 2015, [<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v18n35/v18n35a06.pdf>].

CHARTIER, ROGER. *Espacio, público, crítica y desacralización en el siglo XVIII: Los orígenes culturales de la Revolución Francesa*, Barcelona, Gedisa, 1995.

CHERNICK, MARC. *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2008.

Código Civil francés, aprobado por Ley de 21 de marzo de 1804 (30 ventôse An XII), disponible en español en [<http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf>].

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. SECRETARÍA. “La ‘fuerza mayor’ y el ‘caso fortuito’ como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina”, Documento A/CN.4/315, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, primera parte, 27 de junio de 1977, disponible en [http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_315.pdf].

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Radicación 6784, Actor: EMILIA GUIDO DE MAZENETT, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, 22 de noviembre de 1991.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Radicación 7036, Actor: JOSÉ JOAQUÍN CASTAÑO RAVE y otra, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, 26 de octubre de 1992.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Radicación 19001233100020020021601, expediente 29.299, C. P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, 2016.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. C. P. (E): GLADYS ORDOÑEZ AGUDELO, 26 de enero de 2011.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Radicación 88001233100020080003501 (38.252), Actores: LEONARDO ANTONIO FORBES TAITAS y otros, Demandado: Nación, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación, Asunto: Reparación directa, C. P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. 26 de agosto de 2015, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/88001233100020080003501.pdf>].

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Radicación 050012331000199903218-01, Expediente 31182, Actor: CARLOS ANDRÉS ROJAS LONDOÑO y otros, Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro, Naturaleza: Acción de reparación directa, C. P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO, 13 de noviembre de 2014, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100019990321801.pdf>].

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Radicación 170011233100020030131801, expediente 38.155, Actor: ELIANA MARÍA QUINTERO VARGAS y otros, Demandados: Nación, Ministerio de Transporte, Departamento de Caldas, Instituto nacional de Vías –INVIAS–, Acción: Reparación directa, C. P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO, 29 de agosto de 2016, disponible en [<http://consejodeestado.gov>].

co/documentos/sentencias/05001233100019990321801.pdf].

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Radicación 05001233100020020348701 (32912), Actor: DARÍO DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO y otros, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, Asunto: Acción de reparación directa, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 28 de enero de 2015, disponible en [<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020020348701.pdf>].

SALA PLENA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, SECCIÓN TERCERA. Sentencia n.º 05001-23-24-000-1996-00329 01(21928), C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO, 5 de julio de 2012.

Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787, disponible en [https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf].

Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, disponible en [<http://aaic.com.ar/home/wp-content/uploads/2016/07/Constitución-Francesa-de-1791.pdf>].

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C- 333 de 1.º de agosto de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>].

Sentencia C-1253 de 5 de diciembre de 2005, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1253-05.htm>].

Sentencia SU-499 de 14 de septiembre de 2016, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU499-16.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS –COIDH–. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA:

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente 5000131030011999-04421-01, 3 de mayo de 2005, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 18 de diciembre de 2012, M. P.: ARIEL RAMÍREZ SALAZAR.

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente 1100131030262002-00358-01, M. P.: GIRALDO GUTIÉRREZ FERNANDO, 21 de enero de 2013.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Sentencia de 17 de junio de 1938, M. P.: ELEUTERIO SERNA.

Declaración de la Independencia de Estados Unidos de América de 4 de julio de 1776, disponible en [<http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclaraUSA.pdf>].

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Disponible en [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf].

DIAZGRANADOS MESA, SANTIAGO. “Responsabilidad del Estado por daño especial”, trabajo de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2011, disponible en [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis46.pdf>].

DUARTE MAHECHA, DAVID GUILLERMO. “Responsabilidad extracontractual del Estado en ataques a la fuerza pública en casos urbanos con víctimas civiles”, tesis de grado, Universidad Militar Nueva Granada, 2016, disponible en [<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14707/5/Duarte-MahechaDavidGuillermo2016.pdf>].

ECHAVARRÍA ZUNO, SANTIAGO *et ál.* “Eventos adversos en cirugías”, en *Cirujano General*, vol. 33, n.º 3, julio-septiembre de 2011, disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-00992011000300005].

EISNER, GISELA; KAI AMBOS y EZEQUIEL MALARINO (coords.). *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, vol. 1 Berlín y Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25 a 62, disponible en [https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=8d5b99f2-d031-e97a-23a4-8ffeb5d0564c&groupId=252038].

ESCUDERO GUTIÉRREZ, ANTONIO. “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano”, en *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía y Letras* vol. 7, n.º 13, primer semestre de 2005, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28261313>].

FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3.ª ed., San José de Costa Rica, Instituto Interame-

ricano de Derechos Humanos, 2004, disponible en [https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf].

FERNÁNDEZ MUÑOZ, MÓNICA LUCÍA. “La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, n.º 1, enero-junio de 2003, disponible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100007].

GAITÁN DUARTE, HERNANDO GUILLERMO. “Los eventos adversos en la atención en salud”, *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, vol. 59, n.º 4, 2008, disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v59n4/v59n4a01.pdf>].

GALINDO SÁNCHEZ, WILLIAM RICHARD. “Los títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas”, tesis de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, disponible en [<https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-27.pdf>].

GALLEGO MARÍN, CARLOS ARTURO. “El concepto de la seguridad jurídica en el Estado social”, *Revista Jurídica*, vol. 9, n.º 2, julio-diciembre de 2012, pp. 70 a 90, disponible en [[http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf)].

GARCÍA MANRIQUE, RICARDO. *El valor de la seguridad jurídica*, Madrid, *Iustel*, 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. Reseña bibliográfica a la obra de LUZ MARÍA REYNA CARRILLO FABELA. “La responsabilidad profesional del médico en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 40, n.º 120, septiembre-diciembre de 2007, disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300014].

GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”, en *Ius et Praxis*, vol. 15, n.º 1, 2009, pp. 55 a

72, disponible en [<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/197/190>].

GIL BOTERO, ENRIQUE. *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2010.

GONZÁLEZ DELUCA, MARÍA ELENA. "Estados Unidos frente al mundo: Entre paradojas y desafíos", en *Cuadernos del Cendes*, vol. 51, n.º 51, septiembre de 2002, pp. 131 a 158, disponible en [http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082002000300008].

GONZÁLEZ QUINTERO, RODRIGO. "Estados, federación y soberanía en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema Americana", en *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 1, 2013, pp. 89 a 142, disponible en [<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art04.pdf>].

GUARNIZO PERALTA, DIANA. *El sistema interamericano como herramienta para garantizar el acceso a los cuidados paliativos y el alivio del dolor*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017, disponible en [http://www.academia.edu/35814866/El_sistema_interamericano_como_herramienta_para_garantizar_el_acceso_a_los_cuidados_paliativos_y_el_alivio_del_dolor].

HABERMAS, JÜRGEN. *El discurso filosófico de la modernidad*, Buenos Aires y Madrid, Katz Editoriales, 2008.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, ALIER EDUARDO. "Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado colombiano", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. IV, n.º 8, diciembre de 2001.

HINESTROSA FORERO, FERNANDO. "El Código Civil de Bello en Colombia", *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2006, pp. 22 y 23, disponible en [<http://190.7.110.123/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp10/revPrivado10.pdf>].

HOYOS DUQUE, RICARDO; MARÍA VICTORIA ZAMBRANO y LUIS FERNANDO JARAMILLO BEDOYA. "Responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 9, n.º 17, 2006, pp. 11 a 21, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5761437>].

JELLINEK, GEORG. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, ADOLFO POSADA (trad.), México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–, 2000, disponible en [https://www.didoos.org/libros/Georg_Jellinek.pdf].

KANT, IMMANUEL. *Crítica de la razón práctica*, JOSEP ROVIRA I ARMENGOL (trad.), Buenos Aires, La Página, 2003, disponible en [http://www.manuellosses.cl/VU/kant%20Immanuel_Critica%20de%20la%20razon%20practica.pdf].

KANT, IMMANUEL. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, MANUEL GARCÍA MORENTE (trad.), San Juan de Puerto Rico, Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, disponible en [https://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf].

KANT, IMMANUEL. *La crítica de la razón pura*, MARIO CAIMI (trad.), Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2009.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. "La seguridad jurídica", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.º 203, Buenos Aires, De Palma, 1998.

KRSTICEVIC, VIVIANA. "Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos", Buenos Aires, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional –CEJIL–, 2009, disponible en [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/implementacion_aportes_para_los_procesos_legislativos_2.pdf].

LAUROBA LACASA, MARÍA ELENA. "El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho", en *Louisiana Law Review*, vol. 63, n.º 4, Summer 2003, pp. 1245 a 1275, disponible

en [<https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6010&context=lalrev>].

Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Código Civil* de los Estados Unidos de Colombia, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111>].

Ley 270 de 7 de marzo de 1996, Estatutaria de la administración de justicia, *Diario Oficial*, n.º 42.745, de 15 de marzo de 1996, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1657238>].

LOURIDO RICO, ANA MARÍA. “La articulación de las relaciones entre la seguridad jurídica y la justicia: la cosa juzgada y algunos de los mecanismos procesales que permiten desconocerla”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 7, 2003, pp. 493 a 510, disponible en [<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2241/AD-7-25.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

MALARINO, EZEQUIEL. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en GISELA EISNER, KAI AMBOS y EZEQUIEL MALARINO (coords.). *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, vol. 1 Berlín y Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25 a 62, disponible en [https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=8d5b99f2-d031-e97a-23a4-8ffeb5d0564c&groupId=252038].

MARÍN NÚÑEZ, RAUL FERNANDO. “La persona jurídica como sujeto de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Perspectivas Internacionales*, vol. 6, n.º 1, enero-diciembre de 2010, disponible en [<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/perspectivasinternacionales/article/view/822/1348>].

MARINON, LUIZ GUILHERME. "El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica", en *Ius et Praxis*, vol. 18, n.º 1, 2012, pp. 249 a 266, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100008].

MENA, PATRICIA. "Error médico y eventos adversos", *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 79, n.º 3, junio de 2008, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062008000300012].

MICHELINI, DORANDO J. "Dignidad humana en Kant y Habermas", en *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, vol. 12, n.º 1, 2010, pp. 41 a 49, disponible en [<http://www.scielo.org.ar/img/revistas/efphi/v12n1/html/v12n1a03.htm>].

MIGUEZ, JORGE y ANGELA NORMAYDA. "La responsabilidad médica: una preocupación de todos", en *MediSur*, vol. 8, n.º 1, enero-febrero de 2010, disponible en [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-897X2010000100001].

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS –OEA–. "Nuestro propósito", disponible en [<http://www.oas.org/es/acerca/proposito.asp>].

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS –OEA–. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en [<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>].

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS –OEA–. "Protocolo de modificaciones al Convenio Interamericano sobre el Permiso Internacional del Radioaficionado" (A-67), Santiago de Chile, 10 de junio de 2003, disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-67_permiso_radioaficionado.asp].

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS –ONU–. "La Declaración Universal de los Derechos Humanos", Resolución 217 A (III), de

10 de diciembre de 1948, disponible en [<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (xxi), de 16 de diciembre de 1966, disponible en [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>].

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (xxi), de 16 de diciembre de 1966, disponible en [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>].

PARRA FERNÁNDEZ, ELEONORA. “Los derechos humanos y la tolerancia. La tolerancia elemento clave en los derechos humanos”, en *Razón y Palabra*, vol. 17, n.º 81, 2012, pp. 4 a 15, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/1995/199524700004.pdf>].

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. “La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 15, 2000, pp. 25 a 38, disponible en [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575/PDF>].

PIERRY ARRAU, PEDRO. *La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*, Chile, Consejo de Defensa del Estado, 2018, disponible en [https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES].

PIZARRO, RAMÓN DANIEL. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa contractual y extracontractual*, Buenos Aires, La Ley, 1983.

Proclamación de Teherán, Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, disponible en [<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290.pdf>].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., octubre de 2014, disponible en [<http://dle.rae.es/>].

REYES ROMERO, ÍTALO. “Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código Penal chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XLVII, 2.º semestre de 2016, disponible en [<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n47/art08.pdf>].

RIPERT, GEORGES. *La regla moral en las obligaciones civiles*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2016.

RUIZ OREJUELA, WILSON. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2010.

SALVIOLI, FABIÁN OMAR. “La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades”, *Revista de Relaciones Internacionales*, vol. 2, n.º 4, 1993, disponible en [http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/revista%204/R4-EFAB.html].

SANTOS BALLESTEROS, JORGE. *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

SARMIENTO GARCÍA, MANUEL GUILLERMO. *Estudios de responsabilidad civil*, 2.ª ed., Bogotá, Externado, 2009.

SOCIEDAD ARGENTINA DE PEDIATRÍA. “Seguridad del paciente: glosario”, en *Archivo Argentino de Pediatría*, vol. 113, n.º 5, 2015, pp. 469 a 472.

SZÁNTHÓ PONGRÁCZ, GYÖRGY. “Definiciones respecto al error en medicina”, *Revista Médica de Chile*, 2001, disponi-

ble en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0034-98872001001200016&script=sci_arttext&lng=pt].

URUEÑA HERNÁNDEZ, RENÉ FERNANDO; GEORGE RODRIGO BANDEIRA GALINDO y AIDA TORRES PÉREZ (coords.). "Manual protección multinivel de derechos humanos", Bogotá, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, disponible en [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf].

VERA CARRASCO, ÓSCAR. "Aspectos éticos y legales en el acto médico", *Revista Médica La Paz*, vol. 19, n.º 2, diciembre de 2013, disponible en [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582013000200010].

ZAVALA EGAS, JORGE. "Teoría de la seguridad jurídica", *Revista Iuris Dicto*, año 12, vol. 14, 2011, disponible en [<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/709/781>].

LOS AUTORES

JOSÉ LÓPEZ OLIVA. Abogado, profesor universitario e investigador. Doctor en Bioética, con énfasis en responsabilidad médica y daño indemnizable de la Universidad Militar Nueva Granada, con estancia de investigación doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes; especializado en Derecho Comercial en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín y en Derecho Penal de la Universidad del Rosario; Candidato a doctor en Derecho en la Universidad de Salamanca (España) y candidato a posdoctor en Derecho de la Universidad de Bolonia (Italia). Profesor titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de San Buenaventura, Bogotá.

GERMÁN ORTEGA RUÍZ. Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, profesor universitario e investigador. Magíster en Derecho Público de la Universidad de Konstanz (Alemania) y de la Universidad

Santo Tomás de Bogotá. Especialista en Alta Dirección del Estado de la Escuela de Alto Gobierno, en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario y en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Estudiante regular de los cursos válidos para el programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En la actualidad es senatorial del Congreso de la República de Colombia. Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de San Buenaventura, Bogotá.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en noviembre de 2018

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 ptos.

Bogotá, Colombia

