

De la irresponsabilidad del Estado en Colombia a la apertura al derecho internacional

Ramiro Pazos Guerrero

A. Introducción

Colombia, siguiendo el modelo francés hace más de cien años¹, en desarrollo del Acto Legislativo 03 de 1910, consolidó una jurisdicción especializada de control jurisdiccional de legalidad del Estado al expedirse la Ley 130 de 1913 que estableció la jurisdicción contencioso-administrativa, vigente hasta nuestros días, y que ha significado una institución republicana muy importante para la garantía efectiva de los derechos y libertades ciudadanas².

En 1964, cincuenta años después, se produjo otra importante consolidación de la justicia administrativa al pasar en forma permanente y definitiva la competencia general para conocer procesos de responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado (Decreto Extraordinario 528 de 1964), la cual fue ratificada por la Ley 1437 de 2011, por la cual se adopta un nuevo “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en cuyo artículo 140 se contempla la “reparación directa” como un medio de control que puede ejercer la víctima frente a los daños antijurídicos causados por el Estado³.

Sin lugar a duda, el instituto de la responsabilidad estatal por daños antijurídicos es uno de los efectos jurídicos más importantes del Estado constitucional en su función reparadora, el cual abarca el universo de la conducta del poder público en todas sus manifestaciones. Lo anterior es consecuencia

¹ Un análisis crítico de la formación de la dualidad de jurisdicciones en Francia y Colombia, en: *Sarmiento Erazo*, Surgimiento de la dualidad de jurisdicciones en Colombia. Entre la Regeneración, la Dictadura y la Unión Republicana, 2012.

² Si bien el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo, fue suprimido en 1905 durante el quinquenio del General Rafael Reyes, revivió a través del Acto Legislativo del 10 de septiembre de 1914 y su desarrollo normativo de la Ley 60 de 1914.

³ El Decreto 528 de 1964, mediante el cual se expidieron normas de organización judicial y competencia, prescribió en su artículo 20: “La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2° y 3° del artículo 73 de la Ley 167 de 1941.”

necesaria del carácter estructural del Estado constitucional contemporáneo en su triple dimensión: de derecho, democrático y social; (i) es Estado de derecho, por cuanto está instituido, regido y disciplinado por un orden jurídico integrado por valores, principios, derechos y reglas; (ii) es Estado democrático, en cuanto constituye un sistema y un método “para adoptar decisiones colectivas con el máximo de consenso y el mínimo de imposición”⁴, y con límites sustanciales y formales; y (iii) es Estado social, al existir un mandato de configuración de un orden social orientado al establecimiento y garantía de la justicia social real y efectiva (el reconocimiento y eficacia de los derechos sociales y colectivos son su máxima expresión).

De tal manera que todo abuso o desbordamiento arbitrario del poder público que vulnere los derechos de los asociados y se materialice en daños o que, aun obrando legítimamente, produzca a alguien un sacrificio mayor que no esté en la obligación jurídica de soportar, genera para el Estado un deber de restituir, restaurar, rehabilitar, satisfacer, garantizar su no repetición e indemnizar, según el caso, esto es reparar en forma integral a las víctimas. Estas consecuencias son la respuesta natural y obvia de un Estado auto limitado y controlado jurídicamente, y de esta forma se constituyen en presupuestos básicos para la construcción, existencia y fortalecimiento de una sociedad y de un Estado democrático constitucional.

Desde esta perspectiva, ya no es posible tolerar manifestaciones del poder público ni incluso del constituyente primario, que atenten contra los derechos y libertades de los asociados y produzcan daños que no estén obligados jurídicamente a soportarlos. La lucha contra todas las inmunidades del poder es una de las manifestaciones más relevantes del derecho contemporáneo⁵.

⁴ Salazar Ugarte, La democracia constitucional. Una radiografía teórica, 2006, p. 48.

⁵ Al respecto ver el ensayo clásico: *García de Enterría*, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 159-208. Sin embargo, existe un espacio complejo, polémico y problemático de inmunidad estatal, es decir, de irresponsabilidad del Estado, en relación con los daños que podrían producir las acciones o las omisiones del poder constituyente. En Colombia, la respuesta de la justicia contencioso administrativa ha sido la de inhibirse de conocer y resolver los conflictos de responsabilidad patrimonial y extracontractual que se han formulado contra el Estado por el hecho del constituyente. Se afirma que no es posible que un poder constituido como el judicial, asuma una competencia no asignada por el propio constituyente, cuyo poder es una manifestación clara y directa de la soberanía popular, que por esencia no tiene límites ni controles. Sobre un análisis crítico de esta posición ver: *Pazos Guerrero y otros*, La responsabilidad del Estado por la función constituyente: el caso colombiano, 2013. https://issuu.com/gestiondeproyectos/docs/-la_responsabilidad_del_estado_por_1.

El presente escrito tiene por objeto analizar situaciones específicas del fascinante y no menos tortuoso proceso de surgimiento y desarrollo del instituto de responsabilidad estatal por daños en Colombia, a la luz de los actuales desarrollos del derecho contemporáneo y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde el punto de vista metodológico e histórico, es preciso reconocer tres grandes etapas de desarrollo del instituto de la responsabilidad estatal:

(i) En primer lugar, la etapa pretoriana, aquella anterior a la Constitución de 1991 que se caracterizó por una labor principalmente jurisprudencial de construcción del derecho de daños, puesto que no existía un referente constitucional expreso en la Carta de 1886; esfuerzo inicialmente realizado por la justicia ordinaria, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, y luego, a partir de 1964 por la jurisdicción contencioso administrativa, en cabeza del Consejo de Estado, en la cual se consolida la responsabilidad directa y subjetiva estatal, con fundamento en la teoría de la falla del servicio, y la responsabilidad objetiva bajo la vertiente del daño especial y del riesgo excepcional.

(ii) En segundo lugar, la etapa de constitucionalización de la responsabilidad estatal que comienza con el actual estatuto constitucional de 1991 que reconoce por primera vez un principio general de responsabilidad patrimonial público con fundamento en el daño antijurídico y su imputación al Estado.

Y finalmente, (iii) el último y más reciente momento de apertura y diálogo con derecho internacional público, en especial el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y con los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales internacionales, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esta última etapa, en construcción, implica importantes desafíos teóricos y prácticos, puesto que el derecho a la reparación integral de las víctimas viene adquiriendo una fundamentación no solo constitucional y legal, sino también de rango convencional. Consecuentemente se organiza la presente contribución así: Primero se analizara en el desarrollo del instituto de responsabilidad estatal por daños en Colombia desde la irresponsabilidad del poder público a la ilustración y las revoluciones burguesas (B). A continuación, se estudia el principio de irresponsabilidad en las primeras Constituciones republicanas de Colombia (C) y se examina una posición paradójica, en la cual el Estado es juzgado como un particular (D). Posteriormente se analiza una visión privatista de la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno (E) y seguidamente, se examina la tesis de la denominada Corte de Oro: la responsabilidad estatal directa y subjetiva (F).

Luego se hace una remisión al año 1964: emblemático y problemático (autonomía del derecho público) (G) así como se resalta la era de la constitucionalización: en el cual por fin se establece una cláusula general de responsabilidad pública (H). Concordantemente, se detalla la apertura y diálogo con el Derecho Internacional (I), finalizando con una sección de conclusiones (J).

B. De la irresponsabilidad del poder público a la ilustración y las revoluciones burguesas

Desde la aparición del homo sapiens hace aproximadamente 315.000 años en África⁶ y su expansión por el resto del mundo y el surgimiento de las primeras sociedades primitivas en todos los continentes, y luego la formación de las grandes culturas y civilizaciones de la antigüedad hasta el surgimiento y desarrollo del Estado liberal clásico, un elemento común caracterizó las relaciones entre el poder público y las agrupaciones humanas: el principio de inmunidad de quien ejercía el poder frente a los daños o perjuicios producidos. En general, quien sufría una afectación a su integridad física, incluso en su vida, su núcleo familiar, sus bienes materiales o inmateriales producidos por la arbitrariedad del poder, estaba llamado a soportarla. No existía ninguna posibilidad jurídica para que la víctima pudiese formular con éxito alguna reclamación reparadora. A esta milenaria época se la conoce como el periodo de la irresponsabilidad del poder público.

⁶ Callaway, Oldest Homo sapiens fossil claim rewrites our species' history, 2017. <https://www.nature.com/news/oldest-homo-sapiens-fossil-claim-rewrites-our-species-history-1.22114>.

Ya en el siglo XVI la tesis de la soberanía absoluta del Estado fue clara en afirmar que el ejercicio del poder público es ilimitado, intemporal e irresponsable, pues de lo contrario dejaría de ser soberano⁷. En el modelo del Estado absolutista el monarca poseía el control total del Estado y la soberanía recaía en él⁸.

Las ideas contractualistas de Locke, Montesquieu y Rousseau, la ideología liberal y el fenómeno de la ilustración fueron el fundamento para los grandes cambios políticos, sociales y económicos que se producirán contra los regímenes absolutistas⁹.

Movimientos sociales y políticos como la llamada revolución gloriosa (1688) en Inglaterra, la revolución francesa (1789), la independencia de Norteamérica (1776) y los procesos de independencia latinoamericanos desde 1810, marcarán transformaciones significativas en las relaciones Estado y sociedad, con el liberalismo económico que propugna por una autorregulación económica sin interferencia del Estado, el surgimiento del constitucionalismo en donde el ejercicio del poder público está limitado por el respeto de los denominados

⁷ Según Bodin: “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la República (...). La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo (...). es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles (...). Dado que, después de Dios, nada hay mayor sobre la tierra que los príncipes soberanos, instituidos por Él como sus lugartenientes para mandar a los demás hombres, es preciso prestar atención a su condición para, así, respetar y reverenciar su majestad con la sumisión debida, y pensar y hablar de ellos dignamente, ya que quien menosprecia a su príncipe soberano menosprecia a Dios, del cual es su imagen sobre la tierra.” Bodin, Los seis libros de la República, 1997, pp. 47-50. Al respecto Torres del Moral comenta: “El soberano (en referencia a las tesis de Hobbes), como hemos expuesto, es absoluto; vale decir que no está sometido ni ligado a las leyes que dicta. Él decide lo justo y lo injusto. Hasta la propiedad es creación suya. Nadie puede objetarle agravio alguno porque los actos del soberano son, mediante el mecanismo de la representación, actos de cada uno de los súbditos. El poder soberano es irrevocable e irresistible”. *Del Moral, Torres*, “La teoría política de Hobbes: un temprano intento de síntesis metódica”, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 1, 1992, pp. 237-266.

⁸ Aún, actualmente, algunas Constituciones establecen el principio de la irresponsabilidad del Rey: La Constitución de Bélgica prescribe: “La persona del Rey es inviolable, sus ministros son responsables” (art. 63); la Constitución del Reino Unido de Dinamarca prescribe: “El Rey es irresponsable, su persona es sagrada. Los ministros son responsables de la conducta del gobierno” (art. 13); la Constitución de Marruecos prescribe: “La persona del Rey es inviolable y sagrada” (art. 23).

⁹ “La Ilustración, que va gestándose desde el siglo XVI pero que se consolida en el siglo XVIII y que tiene una impronta profundamente iusnaturalista, será junto al liberalismo económico el principal fundamento teórico y filosófico del Estado que se conformaría a finales del siglo XVIII, que pervivió durante el siglo XIX, y que hoy llamamos Estado liberal”. *Cárdenas Gracia*, *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal*, 2017, p. 34.

“derechos naturales individuales” y el establecimiento de nuevos conceptos políticos y jurídicos como la soberanía popular, la república presidencialista o parlamentaria, la división de poderes, el principio de legalidad, etc.

Son relevantes los artículos 2 y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la revolución francesa de 1789:

Artículo 2. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 17. **Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado**, nadie podrá ser privado de ella a no ser que lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente acreditada, y a condición de una **justa previa indemnización**. (Se destaca).

Si bien la declaración de 1789 constituyó un documento fundamentalmente político en el cual los revolucionarios franceses plasmaron las razones que justificaron para acabar con el antiguo régimen e instaurar uno nuevo sobre bases distintas, sus efectos posteriores trascendieron al derecho y a sus instituciones.

Puede sorprender que el único derecho natural que fue considerado inviolable y sagrado, y cuya privación debía conllevar una justa indemnización sea la propiedad; que ni quiera la vida, la autonomía individual o de la libertad se consideraron límites infranqueables para el poder público con el carácter de sagrados, y cuya afectación conlleve una reparación pecuniaria. Sin embargo, esta protección fuerte a la propiedad y a la posesión de bienes materiales estaba en perfecta consonancia con los intereses de la nueva clase en ascenso, la burguesía, que reclamaba seguridad política y jurídica acordes con la consolidación del sistema capitalista, promovido por el liberalismo económico¹⁰.

Lo cierto es que el instituto de la responsabilidad civil por daños imputables al Estado tuvo un origen en un interés pragmático y materialista, la protección a la propiedad, y no en razones de mayor calado humanista o de amparo de la dignidad humana.

¹⁰ Cfr. *Díaz*, Estado de derecho y sociedad democrática, 1972, p. 29.

C. El principio de irresponsabilidad en las primeras Constituciones republicanas de Colombia

Ninguna de las Constituciones políticas producidas durante el siglo XIX, luego de la emancipación de los territorios que constituyen hoy Colombia, consagraron un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por daños¹¹. Nuestro país no fue ajeno al fenómeno político jurídico de la época que eximía de responsabilidad al poder público por la afectación ilegítima de los derechos de los asociados. En general, fenómenos como la confiscación de bienes, la ocupación temporal de inmuebles por los ejércitos en acciones bélicas o la famosa “desamortización de manos muertas”¹², entre otras acciones o medidas, se ejecutaron sin indemnización.

Lo anterior no impidió que durante la segunda parte del siglo XIX se formularan muchas demandas de justicia por quienes se consideraban afectados. Sin embargo, las respuestas iniciales de los jueces civiles eran la de inhibirse de conocer esas demandas, por cuanto no encontraban una regla de competencia expresa que les permitiera llamar a estrados a la administración pública y definir los pleitos. Tan solo estaban expresamente habilitados para conocer procesos de responsabilidad patrimonial extracontractual entre particulares con fundamento en el Código Civil (Ley 57 de 1887).

¹¹ Vale precisar que la Constitución de 1886 estableció algunos casos muy puntuales de responsabilidad de carácter objetivo para proteger la propiedad, en casos de expropiación con indemnización (arts. 31, 32, y 33).

¹² “En el caso de Colombia, el proceso de desamortización fue civil, los bienes amortizados pasaron a ser nacionales, y se vendieron en pública subasta; hay que precisar que los bienes vinculados a las manos muertas, según la legislación canónica, quedaban espiritualizados y, por lo tanto, no se podían comprar ni vender; además estaban exentos de impuestos. (...) Motivado tanto por las dificultades fiscales del gobierno, como por razones ideológicas (deseo de reducir la influencia de la Iglesia en la economía, la sociedad y la política, así como por la percepción de que era necesario para mejorar la circulación de la propiedad raíz y la eficiencia en su asignación) el gobierno del general Tomás Cipriano de Mosquera dictó el decreto del 9 de septiembre de 1861 de desamortización.” Solo será en 1887, con la firma del Concordato con la Santa Sede, que “el Gobierno Nacional se comprometió a indemnizarla por los bienes expropiados”. *Jaramillo/ Meisel Roca*, “Más allá de la retórica de la reacción, análisis económico de la desamortización en Colombia, 1861-1888”, Cuadernos de Historia Económica y Empresarial, núm. 22, 2008, pp. 4-11.

D. Una posición paradójica: el Estado es juzgado como un particular

Desde el punto de vista institucional, el Estado moderno, a diferencia del Estado-premoderno, se caracteriza principalmente: (i) es un Estado nación cuyo poder político se ejerce o pretende ejercerse sobre determinado territorio y sobre una comunidad sin intromisión de ningún otro; (ii) se rige por un ordenamiento jurídico y una Constitución; (iii) en general, la fórmula política es la democracia representativa; (iv) está dotado de una organización gubernamental o administrativa compleja y especializada; (v) reclama para sí tres grandes atributos: ser reconocido como el representante legítimo de la sociedad, el monopolio de la fuerza y la exigencia de obediencia, y el monopolio de la producción jurídica.

Por lo anterior, teniendo el Estado moderno esas características de superioridad o prevalencia sobre la sociedad, es sorprendente que en Colombia las reclamaciones judiciales sobre daños materiales causados por sus agentes hayan sido definidas a través del derecho privado. Sin duda, el Estado es el sujeto de derecho público más importante de la sociedad política que no puede ser asimilado a un particular, por su origen, características y funciones.

En efecto, ante la insistente demanda de justicia realizada por los particulares contra el Estado por daños a sus bienes, la Corte Suprema de Justicia en sus salas de Casación Civil y de Negocios Generales¹³, consideró que ya no era posible a los jueces continuar con su respuesta inhibitoria, toda vez que pueden incurrir en responsabilidad por denegación de justicia, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 153 de 1887¹⁴ y, en consecuencia, habría que acudir al principio de analogía y aplicar el Código Civil que regula la responsabilidad extracontractual entre particulares, en atención al artículo 8° de la referida ley¹⁵.

¹³ La Constitución de 1886 en su artículo 151, numeral 3°, atribuyó a la Corte Suprema de Justicia competencia para conocer: “De los negocios contenciosos en que tuviera parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más departamentos”. (sic).

¹⁴ El artículo 48 de la Ley 153 de 1887 prescribe: “Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.” Por su parte, el artículo 48 de la misma ley prescribe: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.”

¹⁵ Cfr. *Hernández Enríquez/Franco Gómez*, Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, 2007, pp. 2-3.

Fue una solución jurisprudencial inteligente y osada de un problema que parecía irresoluble ante la carencia normativa, puesto que implicaba admitir la posibilidad de que el Estado sí puede ser responsable por los daños causados por sus agentes, pero que al hacerlo implicaba tratarlo como un simple particular.

E. Se abre una puerta: una visión privatista de la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno

La solución de acudir al derecho privado para solucionar las demandas de justicia indemnizatoria por daños imputados al Estado abrió una primera y muy importante etapa de la responsabilidad extracontractual pública, cuya primera respuesta fue la aplicación de la institución jurídica de la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno.

Al respecto, es muy significativa la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1896¹⁶, en la cual se consideró que, si bien las personas jurídicas públicas no son responsables penalmente, sí pueden serlo patrimonialmente por los daños derivados de un delito imputable a sus funcionarios públicos que no los haya resarcido, en razón o con fundamento en el acto de elección del agente o de la vigilancia debida sobre él¹⁷.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 22 de octubre de 1896, Gaceta Judicial, t. II, p. 357. Citada por: *Rodríguez*, Derecho Administrativo, 2005, p. 566.

¹⁷ Cfr. *Saavedra Becerra*, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, 2003, p. 96.

En tal sentido, se aplicó una importante institución consagrada en el Código Civil en sus artículos 2347 y 2349¹⁸, que a su vez fue tomada del Código Civil de Napoleón de 1804 (artículo 1384), de la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno. Su fundamento es una especie de presunción de culpa por el acto de elección o culpa en la vigilancia de sus agentes, esto es, un reproche a la conducta negligente o descuidada de la administración pública en haber designado como sus agentes a los más incompetentes o que no tenían los requisitos legales para ejercer el cargo (*culpa in eligendo*) o un reproche a la conducta permisiva, tolerante o negligente frente a los agentes bajo su cuidado o dependencia, o lo que hoy en día se denomina una posición de garante (*culpa in vigilando*)¹⁹.

Frente a la radical e histórica tesis de la irresponsabilidad del Estado, el considerar que al menos lo puede ser en forma indirecta por la conducta de sus agentes, fue un avance muy importante que allanó el camino para el posterior reconocimiento de la responsabilidad directa.

¹⁸ Código Civil, artículo 2347: <Responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo>. “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado.

“Así, el padre, y a falta de este la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.” (Este inciso fue modificado por el artículo 65 del Decreto 2820 de 1974: “Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.”).

Código Civil, artículo 2349. <Daños causados por los trabajadores>. “Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes.” La Corte Constitucional en sentencia C-1235 de 2005 declaró inexecutable las expresiones “amos”, “criados” y “sirvientes” y ordenó que en adelante deberá utilizarse en reemplazo de la expresión amo el vocablo “empleador” y en reemplazo de las expresiones “criados” y “sirvientes”, el término “trabajadores”.

¹⁹ En sentencia de 20 de octubre de 1898 dijo la Corte Suprema de Justicia: “[e]n materia delictual y cuasidelictual establece [la ley] que es mala elección o falta de vigilancia en el empresario o patrón, la causa que se presume mientras no se pruebe ausencia de culpa. Ahora bien; en materia de delitos y culpas civiles, la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aún por la mala elección que de ellos se haga. (...) El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra, y en ese sentido se han resuelto por la Corte cuestiones análogas a la presente, y no había razón alguna para cambiar los precedentes establecidos en punto que asume excepcional gravedad”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 20 de octubre de 1898, Gaceta Judicial, año XIV, núm. 685-686, pp. 54-57.

F. La Corte de Oro: la responsabilidad estatal es directa y subjetiva

Luego de la llamada Hegemonía Conservadora en cuyo periodo se promulgó la Constitución de 1886 y con la cual cambió la fórmula política del Estado al pasar de un sistema federal a uno centralista, con marcado poder presidencial y autoritarismo, llegó el partido liberal al poder, con lo cual se introdujeron importantes reformas en las instituciones públicas y en lo económico y social, destinadas a modernizar al país, acorde con los desarrollos y exigencias de un sistema capitalista más avanzado, promover el desarrollo industrial en un país con notable crecimiento urbano y responder al creciente inconformismo de sectores sociales menos favorecidos, entre otros. Se trató de un gran avance hacia una nueva concepción de Estado que interviene y regula las relaciones económico-sociales y propende por la protección de los trabajadores.

Es relevante el periodo denominado de “la Revolución en Marcha” (1934 a 1938), liderado por el presidente Alfonso López Pumarejo²⁰, en el cual se realizó una importante reforma constitucional, entre otras materias, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter objetivo para proteger la propiedad y los bienes privados²¹. Un significativo paso hacia el reconocimiento de la responsabilidad estatal a nivel constitucional.

²⁰ Cfr. *Ardila Duarte*, “Alfonso López Pumarejo y la revolución en marcha”, *Credencial Historia*, núm. 192, 2005. <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-192/alfonso-lopez-pumarejo-y-la-revolucion-en-marcha> (26/01/2020).

²¹ El Acto Legislativo N° 1 de 1936 introdujo importantes reformas sobre la función social de la propiedad y sobre la responsabilidad patrimonial pública al ser derogados los artículos 31 y 32 de la Constitución de 1886 y establecer: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. // Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. // Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la Mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.” (art. 10).

Durante esta época se produjo un movimiento jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia (1935 a 1940) conocido como el período de la “Corte de Oro”²², liderado por juristas de ideología marcadamente liberal²³, quienes impulsaron una visión de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho menos formalista, la cual se tradujo en cambios significativos en la interpretación de algunos preceptos del Código Civil y en el reconocimiento de principios de derecho muy importantes, los cuales se encuentran vigentes hasta nuestros días²⁴.

Es en ese contexto que se produjo un salto cualitativo en la visión de la responsabilidad pública por daños a los asociados. Siguiendo los avances doctrinales de la época, se recogió la tesis según la cual el Estado no era directo responsable, sino que solamente lo era de manera indirecta por la conducta de sus agentes, y se reconoció, con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil, que el grado de responsabilidad es directo y subjetivo. Fue así como en 1939 la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

Esta teoría de la responsabilidad por otro, para justificar la del Estado cuando causa daños como Gerente de los Servicios Públicos derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un

²² *Hinestrosa*, al referirse a este periodo señala: “[l]a adopción y el desarrollo por la Sala de Casación Civil de principios y figuras (...) ampliaron el radio de acción de la normatividad y le infundieron calor humano, sentimiento de justicia, sentido común y estética.” *Hinestrosa*, Reflexiones de un librepensador, 2001, p. 133.

²³ La denominada la “Corte de Oro” estuvo conformada por los juristas *Hinestrosa Daza, Tapias Pilonietta, Zuleta Ángel, Rocha Alvira, Mujica, Escallón y Moreno Jaramillo* (este último de ideología conservadora).

²⁴ Algunas de las principales construcciones jurisprudenciales más importantes, siendo a Valencia Zea, son las siguientes: 1) La doctrina de abuso de los derechos (sentencias de 6 de septiembre de 1935, 5 de agosto de 1937 y 21 de febrero de 1938); 2) Doctrina sobre enriquecimiento sin causa (sentencias de 30 de octubre de 1935, 5 de agosto de 1937 y 21 de febrero de 1938); 3) Doctrina sobre la imprevisión en los contratos (sentencia de casación civil de 29 de octubre de 1936 y de sala plena de del mismo año; 4) Sobre la teoría de apariencia de los derechos y sobre el principio de buena fe, especialmente sobre la buena fe exenta de culpa –*error communis facit jus*– (sentencia de 20 de mayo de 1936); 5) Doctrina sobre el fraude a la ley (sentencia de 24 de marzo de 1939); 6) Sobre posesión, servidumbres, régimen de aguas, entre otras (sentencia de 11 de junio de 1935); 7) Sobre el error de derecho (sentencias del 29 de septiembre de 1935 y 12 de noviembre de 1936); 8) Sobre la simulación de los negocios jurídicos (sentencia 27 de julio de 1935); 9) Responsabilidad civil sobre daños causados en explotaciones peligrosas (sentencia de 14 de marzo de 1938). Cfr. *Valencia Zea*, Derecho Civil, T. 1, 10ª ed., 1984, pp. 53-54. Igualmente ver: *Padilla/Rueda, /Zafra Sierra*, “Labor creadora de la jurisprudencia de la “corte de oro”. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas”, Revista de Derecho Privado, núm. 26, 2014, pp.105-156.

concepto objetivo principalmente, equivalente al **deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos**, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados ilegalmente de poner en actividad esos servicios²⁵. (Se destaca).

Sin embargo, este cambio no estuvo exento de dificultades y discusiones teóricas sobre el fundamento de la responsabilidad, ya por la aplicación de la teoría organicista²⁶ o por la teoría de la falla del servicio público, que fue la que se impuso finalmente²⁷. Como señala la doctrina nacional, “[l]a teoría de la falla del servicio se erige así en fundamento novedoso de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas, aunque justificándose en el Código Civil, como se deduce del fallo del 30 de junio de 1962, mejor conocido como el fallo “Tinjacá” en el que el Estado es condenado porque varias personas resultaron heridas por un carro de bomberos que se desplazaba en contravía.”²⁸

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de agosto de 1939, G.J., t. XLVIII, N° 1947.

²⁶ La denominada teoría organicista se aplicó por la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos: sentencias del 15 de mayo de 1944, 27 de octubre de 1947, 16 de abril de 1955, 6 de diciembre de 1959, y 30 de junio de 1962, entre otras. En esta última providencia se señaló: “a) *En toda entidad jurídica, privada o pública, hay agentes representativos, depositarios de la voluntad de la persona moral y agentes auxiliares, no representativos ni depositarios de esa voluntad; b) Sólo la culpa de los primeros repercute directamente sobre la entidad moral, dado el carácter representativo que ostentan; en tanto que la culpa de los agentes auxiliares, por carecer de dicho carácter no genera sino una responsabilidad del ente colectivo.*” (se subraya). Si bien fue un avance aceptar que el Estado, al menos, era responsable por daños cometidos por sus representantes jurídicos, en la práctica produjo muchas dificultades definir qué clase de responsabilidad generaba, si directa o indirecta, por los daños producidos por agentes que si bien no ostentaban el más alto carácter jerárquico y por, ende, eran subordinados, al tiempo tenían competencias propias en el ámbito de sus funciones que les conferían poder jerárquico sobre otros funcionarios.

²⁷ La teoría de la falla del servicio público, de origen francés, superó las dificultades teóricas y prácticas que tenía la tesis del órgano y se consolidó su aplicación en Colombia en la sentencia del 30 de junio de 1962, en donde la Corte Suprema de Justicia la identificó con las siguientes características: “a) *Se sustituye la noción de culpa individual del agente por la de la falla del servicio o culpa de la administración; por lo tanto, desaparece la necesidad de probar la acción u omisión del agente, porque se aplica un concepto de culpa anónima; b) se presume la culpa de la persona jurídica, no por el deber de elegir y vigilar a sus agentes, sino por el deber primario que le corresponde de prestar los servicios públicos.*” Hernández Enriquez/Franco Gómez op. cit., p. 5.

²⁸ Quintero Navas, “La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia: entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica”, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, núm. 9, 2014. <https://ec.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=46&idediccion=401> (21/01/2020).

G. 1964: un año emblemático y problemático (autonomía del derecho público)

Si bien la Ley 167 de 1941 atribuyó competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer litigios contra el Estado por daños causados por hechos u operaciones administrativas²⁹, la justicia ordinaria continuó en su labor de asumir competencia, no sin conflictos, en materia de responsabilidad estatal. Esta situación problemática por antitécnica se resolvió con la expedición del Decreto 528 de 1964³⁰ que asignó a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia general y definitiva para conocer procesos de responsabilidad del Estado, la cual fue ratificada tanto por el Decreto 01 de 1984 como por la Ley 1437 de 2011³¹.

Esa asignación general de competencias marcó un hito en la historia de la responsabilidad estatal, toda vez que se abandonó el fundamento exclusivo en el derecho privado y se inició un tránsito complejo y novedoso hacia el derecho público. Ya desde inicios de la década del 60 el Consejo de Estado comenzó a preguntarse cómo enfrentar el problema de la inexistencia de fuentes normativas generales que reconocieran la responsabilidad pública, dificultad que en su momento asumió la Corte Suprema de Justicia. La pregunta central fue si era posible seguir acudiendo al derecho privado para resolver dichos conflictos cuando se juzgaba la conducta del Estado que tiene diferencias sustanciales con

²⁹ La Ley 167 de 1941, “sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”, prescribió en su artículo 67: *“La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho.”* A su vez, el artículo 68 dispuso: *“También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes.”* (Se subraya).

³⁰ Decreto 528 de 1964, sobre normas de organización judicial y competencia, artículo 20 prescribió: *“La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941.”* Estos numerales se refieren a decisiones en juicios de policía penales o civiles, sentencias por fraude a las rentas y correcciones disciplinarias.

³¹ La Ley 1437 de 2011, por la cual se adopta un nuevo “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, contempla en su artículo 140 la “reparación directa” como un medio de control que puede ejercer la víctima frente a los daños antijurídicos causados por el Estado.

los sujetos privados, toda vez que el primero persigue la satisfacción de necesidades colectivas y no intereses particulares, como supremo gestor de los servicios públicos, y, por tanto, actúa generalmente como persona de derecho público, toma decisiones unilaterales como poder público, crea situaciones jurídicas de derecho público, utiliza procedimientos de derecho público y está sometido a una jurisdicción especial de derecho público y, por ende, no se encuentran en la misma posición jerárquica. En consecuencia, había que construir un sistema autónomo basado en principios de derecho público y abandonar la fundamentación en el derecho privado³².

Se produjo un importante esfuerzo hermenéutico al deducir principios jurídicos de las cláusulas de la Constitución de 1886, que de manera expresa no reconocían un principio de responsabilidad estatal, y, de esta manera, resolver los conflictos por daños con fundamento en el derecho público³³. Fue así como a partir del artículo 2° Superior, que consagra un principio medular que define y caracteriza al Estado de derecho, según el cual los poderes públicos “*se ejercerán en los términos que esta Constitución establece*”, se dedujeron los principios de legalidad y de autolimitación del poder público. De esta manera, si las autoridades transgreden o desbordan estos principios, la consecuencia lógica o la contrapartida necesaria tiene que ser un principio de responsabilidad³⁴.

Igualmente, del artículo 16 Superior³⁵ que define el objeto y el fin de las autoridades públicas de protección a los asociados en sus derechos y bienes, se dedujo un principio de responsabilidad:

³² “La responsabilidad del Estado no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados.” Consejo de Estado, sentencia de 30 de septiembre de 1960.

³³ Cfr. *Hernández Enriquez y/Franco Gómez*, op. cit., pp. 5-12.

³⁴ El artículo 2° de la Constitución de 1886 prescribía: “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece.” Hoy, la Constitución de 1991 prescribe en el artículo 3°: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.”

³⁵ El artículo 16 de la Constitución de 1886, con la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 1 de 1936, prescribía: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” Hoy, la Carta de 1991 prescribe en su artículo 2°, inciso 2: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Se estructura así la típica relación de derecho público que la Constitución desarrolla en los artículos siguientes. El deber de la administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y hechos de las propias autoridades. Si la lesión ocasionada por un tercero implica la indemnización del daño, la que es causado por el mismo protector de ese derecho, ha de determinar, por lo menos, idénticas consecuencias jurídicas. La violación del derecho por parte de la administración pública encargada de la misión concreta y específica de ampararlo conlleva una mayor responsabilidad porque ella debe actuar, por mandato expreso de la Carta, dentro de los límites de la legalidad. Si el Estado hiere el derecho particular y ocasiona daño, necesariamente ha de responder de su acto.³⁶

Mientras se producían estas importantes transformaciones en el derecho público por parte de la jurisprudencia, el contexto social y político del año 1964 fue muy conflictivo y problemático. Desde la fundación de la República, Colombia no ha vivido una paz estable y duradera. Durante el siglo XIX se produjeron diversos alzamientos armados, muchos de los cuales ganaron la guerra e impulsaron una nueva Constitución como sucedió con el último –La Regeneración– que cambió radicalmente la fórmula política del Estado al pasar de un sistema federal a uno centralista y unitario, el cual se materializó en la Carta de 1886. Luego siguió un periodo de hegemonía conservadora durante 40 años, un conflicto armado conocido como la “guerra de los mil días” y la separación de Panamá, como hechos sobresalientes. Le sucedió la llegada al poder del partido liberal en una época de gran agitación política y descontento social que llevó al periodo denominado de la “La violencia”, caracterizado por el enfrentamiento armado entre liberales y conservadores, el cual se extendió hasta finales de la década de los años cincuenta. Guerrillas liberales y sectores campesinos, que reclamaban reformas agrarias y sociales, se radicalizaron ideológicamente y se alzaron en armas contra el Estado. En 1964 nacieron las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP), como organización guerrillera insurgente de ideología comunista, que se

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de noviembre de 1960, exp. 298. El caso se refiere a una misión evangélica establecida desde 1943 en las poblaciones de Yopal y El Morro (Casanare), en donde sus fundadores construyeron unas edificaciones que tuvieron que abandonar por la ola de violencia que azotaba a los Llanos Orientales en 1950. Esas propiedades fueron ocupadas por el Ejército Nacional y luego destruidas. El Consejo de Estado condenó al Estado a una indemnización de perjuicios. En esta decisión se reprocha a la jurisprudencia y a la doctrina nacionales de no percatarse de la sustancial transformación de derecho público en el mundo y seguir aplicando “un agudo criterio civilista” y “un sistema inadaptable a nuestro derecho positivo.”

enfrentó al Estado hasta su desmovilización en 2017, luego de los Acuerdos de Paz³⁷. Así mismo, en 1964 nació el Ejército de Liberación Nacional -ELN-, a iniciativa de estudiantes universitarios, como una organización guerrillera insurgente de izquierda, vigente hasta nuestros días³⁸.

El conflicto armado colombiano, el terrorismo como estrategia de guerra tanto por los alzados en armas como por las organizaciones delincuenciales del narcotráfico, el uso de armas no convencionales y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, el ejercicio arbitrario de la fuerza pública y las graves violaciones a los derechos humanos por parte de actores estatales, y los crímenes de grupos paramilitares en contra la población civil, entre otros, plantearon desde entonces grandes retos a la justicia administrativa en materia de responsabilidad del Estado, la cual ha generado hasta el presente líneas jurisprudenciales importantes destinadas a garantizar derechos y a reparar a las víctimas³⁹.

H. La era de la constitucionalización: por fin una cláusula general de responsabilidad pública

Una de las grandes paradojas de la compleja historia constitucional de Colombia, es que a través de un decreto de Estado de Sitio (Decreto 1926 de 1990) que convocó al pueblo a la elección de una asamblea constituyente, con el propósito inicial de reformar la Constitución de 1886, se produjo un fenómeno político jurídico sin precedentes que condujo a la derogatoria de la Constitución y a la expedición de una nueva Carta, la cual, en forma tardía (en relación con el constitucionalismo contemporáneo) rediseñaría la estructura del poder público bajo el modelo del Estado constitucional, social y democrático de derecho.

³⁷ Cfr. *Villamizar Herrera*, Las guerrillas en Colombia. Una historia desde los orígenes hasta los confines, 2017.

³⁸ Cfr. *Medina Gallego*, Ejército de Liberación Nacional (ELN). Historia de las ideas políticas (1958-2018), 2019.

³⁹ Sobre la historia de la responsabilidad del Estado en Colombia y los fenómenos de la guerra interna y la violencia política y común, ver casos jurisprudenciales: Consejo de Estado, Graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, Jurisprudencia básica del Consejo de Estado desde 1916, *Pazos Guerrero/Sánchez Luque* (eds.), 2017. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/6575727/Graves+VIOLACIONES+a+los+Derechos+Humanos.pdf/cb8dd714-c7cf-4c35-872d-6ca5f51df858?version=1.0>.

Dicho modelo está edificado sobre dos pilares básicos: la Constitución como norma jurídica plena⁴⁰ y el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos y libertades de los seres humanos y demás bienes tutelados.

Según el primero, la interpretación y aplicación, y, en últimas, la validez del ordenamiento jurídico no solo depende del cumplimiento de formas y procedimientos, si no de su concordancia con el texto constitucional (el cual positiviza principios y valores éticos) y el derecho internacional. En efecto, si la actividad estatal –efecto vertical– o incluso los particulares –efecto horizontal– desconocen este conjunto normativo, el control, visto como un elemento inseparable del texto constitucional, opera con el fin de hacer respetar el carácter inmune y preservar la eficacia de las normas constitucionales, especialmente las de carácter iusfundamental.

El segundo define la razón de ser de los poderes públicos que no es otro que la protección y garantía de los derechos reconocidos a la persona humana en su dimensión individual como colectiva, así como también de los demás bienes tutelados, como el medio ambiente y la naturaleza.

Dentro de este contexto, el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado cumple una función muy importante al ser, por una parte, un mecanismo de control constitucional de los poderes públicos y, por otra parte, un instrumento de protección de los bienes jurídicos tutelados cuando han sido lesionados por la conducta estatal⁴¹.

⁴⁰ Ferrajoli sostiene que el Estado constitucional cambia en relación con el clásico Estado de derecho en los siguientes aspectos: (i) Las condiciones de validez de las leyes, las cuales no solo dependen del cumplimiento a procedimientos sino también de su respeto a contenidos materiales. (ii) La función jurisdiccional y, en efecto, la relación entre los poderes legislativo y judicial, habida cuenta que en el Estado constitucional el juez ya no es la “boca muda de la ley”, sino que es crítico de la legislación cuando quiera que esta incurra en vicios por omisión (lagunas) o por comisión (antinomias), estando en el deber de denunciar las normas infraconstitucionales u omisiones inconstitucionales que no se adecuen a la normativa superior. (iii) El papel de la ciencia jurídica, ya que su función no solamente es descriptiva sino crítica frente a antinomias que violentan las normas superiores y proyectual frente a las lagunas, en orden a diseñar nuevas técnicas de garantía con el propósito de rebasar, a su vez, los problemas inherentes a las antinomias y lagunas. (iv) La naturaleza misma de la democracia, en tanto ya no sólo importa quién (órgano competente) y cómo (procedimientos y formas de tomar de decisiones) se toman las principales decisiones de la sociedad, sino también el contenido mismo de sus decisiones, es decir el qué pueden decidir y el qué no pueden dejar de decidir. Cfr. Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 2008, pp. 31 y 32.

⁴¹ “[H]ablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución (...) si se pretende que la Constitución se realice (...) o, dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente programático (...) solo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplazar su fuerza normativa y sólo si el

I. Los antecedentes fundadores

Una de las tareas muy importantes que asumió el constituyente de 1991 fue resolver el problema de los fundamentos normativos a nivel superior de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, no se encontró con una “hoja en blanco”, sino con una rica e interesante ruta trazada por la jurisprudencia desde finales del siglo XIX.

En efecto, ante la ausencia de principios constitucionales o legales generales que fundamentaran la resolución de conflictos que los asociados formulaban insistentemente ante los jueces por los daños producidos por la conducta de los poderes públicos, (i) fue primero la jurisdicción ordinaria, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, la que abrió las puertas para que se reconociera, inicialmente, la responsabilidad indirecta del Estado con fundamento en la institución de derecho privado denominada responsabilidad por el hecho ajeno y, luego, el reconocimiento de que la administración es civilmente responsable de manera directa y subjetiva; (ii) posteriormente, fue la jurisdicción contencioso administrativa, en cabeza del Consejo de Estado, la que fundamentó la responsabilidad en principios de derecho público, al realizar un gran esfuerzo hermenéutico para deducir, apelando a la lógica de lo razonable, una fundamentación extraída de la Constitución decimonónica que hubiere sorprendido a los delegatarios del movimiento de la regeneración.

Además, otro avance importante fue haber esclarecido que el instituto de la responsabilidad extracontractual público tiene dos grandes dimensiones: (i) la responsabilidad directa y *subjetiva* del Estado y (ii) la responsabilidad directa y *objetiva* del mismo.

La primera, se fundamenta en la idea de que la conducta de la administración pública (el mundo del ser) debe y puede ser contrastada con el derecho (mundo del deber ser) y, así, concluir que existe o no algún juicio de reproche; de existir es por el incumplimiento de sus obligaciones jurídicas que produjeron efectos dañosos y, por ende, tiene el deber de responder. De esta manera, el Estado, representante legítimo de la sociedad política, es juzgado por ser una persona jurídica con plena capacidad para autodeterminarse y ejercer derechos y asumir obligaciones dentro de los ámbitos del derecho. Como su conducta se materializa o se exterioriza a través de sus agentes, lo que estos hagan o dejen de hacer, en ejercicio o con ocasión del servicio público, se transmite al ente público que representan y lo comprometen; de allí que se hable de la culpa anónima de la

control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida esta como norma.” Aragón Reyes, Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control, 1999, p. 15.

administración cuando su conducta fue contraria al mundo jurídico y, en tal sentido, genera responsabilidad subjetiva bajo la modalidad de la teoría de la falla o falta del servicio (omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio público).

La segunda dimensión de la responsabilidad, esto es, la responsabilidad directa y objetiva, la cual, a diferencia de la anterior, no se fundamenta en algún juicio de reproche a la conducta estatal, sino que, por el contrario, se parte de la base que su actuación es legítima y lícita, pero produjo un daño personal, concreto y anormal cuya víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Dos importantes modalidades de responsabilidad objetiva construidas y reconocidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia son el daño especial (i) y el riesgo excepcional (ii).

El denominado daño especial se presenta en aquellos casos en los cuales el obrar de la administración pública, en beneficio de la comunidad, produce un perjuicio superior al que normalmente deben soportar los asociados “en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado”⁴².

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de octubre de 1976. En la historia de la responsabilidad extracontractual en Colombia es muy importante este fallo, porque explica de manera detallada diversos pronunciamientos jurisprudenciales desde el siglo XIX y los rescató del inclemente olvido. La tesis del daño especial se aplicó por primera vez en Colombia en la sentencia del Consejo de Estado del 29 de julio de 1947, *Consejo de Estados*, Anales del Consejo de Estado, Año XIX, Tomo LVI, No 357-361. Es el antecedente primigenio de aplicación de la teoría del daño especial en Colombia, en el cual se declaró responsable al Estado por los daños ocasionados al periódico El Siglo. Con ocasión de la declaratoria de estado de sitio por grave alteración del orden público a raíz del intento de golpe de estado al presidente Alfonso López Pumarejo el 10 de julio de 1944 en Pasto, el gobierno expidió un decreto con fuerza de ley que ordenó la suspensión temporal del periódico de la oposición y un acordonamiento de sus instalaciones por la policía nacional. El Consejo de Estado, con fundamento en el título de imputación de daño especial, declaró la responsabilidad del Estado y lo condenó a reparar los perjuicios sufridos por dicho medio de comunicación que estuvo cerrado entre el 11 de julio y el 6 de agosto de 1944. Muchos años después, la tesis del daño especial será retomada cuando se declaró la responsabilidad del Estado por la destrucción de una vivienda en la cual se había atrincherado el denominado bandolero Efraín Gonzales y su grupo y, como consecuencia, del enfrentamiento con la fuerza pública el inmueble quedó destruido, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de mayo de 1973. Ya en la década de los años 80 del siglo anterior, la tesis del daño especial se consolidó a raíz de los casos de desvalorización de propiedades inmobiliarias particulares y de otras circunstancias, como consecuencia de la construcción de una obra pública (puente vial elevado de la intersección de la calle 53 con carrera 30 de Bogotá) en los cuales el Distrito Capital fue condenado a la reparación de los daños. Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de enero de 1987.

La teoría del riesgo excepcional o riesgo creado se aplica en aquellos casos en los cuales la administración pública de manera consciente y deliberada, pero dentro del mundo jurídico, desarrolla conductas, obras o actuaciones que pueden calificarse como peligrosas y si estas se materializan en daños, desde luego no deseados, genera responsabilidad patrimonial pública. En estos casos, igualmente, se ha considerado que tales perjuicios rompen el principio de igualdad de las cargas públicas que normalmente deben soportar los asociados y, por ende, se debe propender por su restauración⁴³.

A pesar de los significativos desarrollos jurisprudenciales producidos con anterioridad de la Constitución de 1991, la responsabilidad patrimonial del Estado tuvo tres grandes limitaciones o insuficiencias: (i) si bien el derecho a la vida y a la integridad personal fueron reparados por afectaciones arbitrarias de los agentes públicos, fue en esencia la propiedad y demás bienes materiales los bienes jurídicos tutelados, por lo cual no existió una mayor protección a otros derechos esenciales de los asociados⁴⁴; (ii) los daños indemnizados provenían de la conducta o de las actuaciones de las autoridades públicas en función administrativa y, en consecuencia, no hubo desarrollos significativos en relación con afectaciones a los derechos y libertades que podían provenir del Estado en función jurisdicción o legislativa⁴⁵; y (iii) la única respuesta reparadora fue la indemnización pecuniaria o compensación económica, tanto de daños mate-

⁴³ La primera vez que se aplicó la tesis del riesgo excepcional fue en un caso en el cual se declaró la responsabilidad patrimonial del Municipio de Quimbaya (Quindío) por los daños que sufrió el propietario de una finca ganadera, cuando redes de conducción de energía eléctrica que pasan por la finca cayeron y produjeron la muerte de unos semovientes. Dijo el Consejo de Estado que la tesis del riesgo excepcional “[t]iene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a “un riesgo de naturaleza excepcional” (Laubadere) el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de febrero de 1984. Posteriormente, la jurisprudencia calificó a otras actividades como esencial y naturalmente peligrosas como el uso de armas de fuego, el uso de aeronaves y de vehículos automotores, el transporte de gas o de petróleo, entre otras.

⁴⁴ Al parecer, no se produjeron reclamaciones indemnizatorias significativas por daños provenientes de afectaciones a otra clase de derechos y libertades públicas. Sin embargo, es un campo que amerita investigación.

⁴⁵ “[N]o comprendían los daños causados por la totalidad de las actividades a través de las cuales se expresan las funciones estatales, pues se habían diseñado (los regímenes de responsabilidad), tal vez no exclusiva pero sí fundamentalmente, para la función administrativa. Quedan por fuera la casi totalidad de los daños causados por la actividad jurisdiccional y por la legislativa que, en principio, carecían de indemnización”. Hernández Enriquez/Franco Gómez, *op. cit.*, p. 23.

riales (daño emergente y lucro cesante) como daños inmateriales (daños morales esencialmente)⁴⁶.

En consecuencia, el constituyente de 1991 tuvo en frente una amplia e importante historia jurisprudencial y doctrinaria que sentó las bases para consolidar el instituto de responsabilidad por daños bajo la idea de que esta es directa en sus grandes dimensiones de subjetiva y objetiva. De igual manera, las limitaciones o insuficiencias de la tradición colombiana en la materia fueron motivos claros para buscar consolidar y avanzar en el diseño de un instituto que respondiera a la necesidad de fortalecer la protección integral de los derechos y libertades frente al Estado, y en concordancia con los desarrollos del derecho público contemporáneo.

II. La mirada del Constituyente: de la antijuridicidad de la conducta a la antijuridicidad del daño

No fue una mera casualidad la redefinición de los fundamentos conceptuales de la responsabilidad patrimonial del Estado, sino una decisión intencional y deliberada de la Asamblea Nacional Constituyente⁴⁷:

[L]o que nosotros proponemos es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño, de manera que con esto se amplía muchísimo la responsabilidad y no queda cobijado el ente público, solamente cuando con su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando la ha infringido alguno a un particular que no tenga por qué soportar ese daño, (...) en el mundo está tratando la jurisprudencia de suplir aquellos eventos en los cuales está demostrado que la noción de la falla del servicio es insuficiente como causal de responsabilidad, como elemento que configure la responsabilidad⁴⁸.

⁴⁶ Por excepción, se registra un caso de reparación en especie o *in natura* (compensación del perjuicio por un beneficio diferente del dinero), el cual se produjo a raíz de lo que se consideró una afrenta a un viudo producida por los empleados del Cementerio Nuevo Oriental, al haber extraído ilícitamente los restos de su esposa que estaban depositados en una bóveda de su propiedad, por lo cual se condenó a levantar un monumento a la viuda. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, sentencia de 21 de julio de 1922.

⁴⁷ Cfr. *Esguerra Portocarrero*, La Protección Constitucional del Ciudadano, 2004, p. 301; *Serrano Escobar/Tejada Ruiz*, La Responsabilidad Patrimonial del Estado, 2ª edición, 2017, p. 414.

⁴⁸ Exposición del constituyente *Esguerra Portocarrero*, Informe de la Sesión de la Comisión Primera de 6 de mayo de 1991, Asamblea Nacional Constituyente, p. 42 y 43. <http://babel.banrepcultural.org/cdm/ref/collection/p17054coll28/id/234> (4/04/2020).

Los constituyentes Esguerra Portocarrero y Arias López, ponentes de la iniciativa, fueron muy explícitos al señalar:⁴⁹

En otras palabras, se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

Fue así como la Asamblea Nacional Constituyente aprobó la siguiente disposición que hoy es el artículo 90 Superior:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Esta cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial pública es general por cuatro motivos básicos: (i) es un mecanismo de control de los poderes públicos que abarca la totalidad de funciones estatales: ejecutiva o administrativa, jurisdiccional y legislativa, es decir, no existe inmunidad de control de alguna autoridad o manifestación estatal, ya sea permanente o temporal⁵⁰; (ii) está destinada a amparar a todos los derechos y libertades y demás bienes jurídicos reconocidos y protegidos, tanto por el derecho doméstico como internacional;

⁴⁹ Informe de ponencia para primer debate en plenaria, "Mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del orden jurídico", Gaceta Constitucional núm. 77, 20 de mayo de 1991.

⁵⁰ Existe un importante debate muy actual sobre si el Estado es responsable por el ejercicio de la función constituyente, que es la fuente de las demás funciones públicas. En Colombia hasta ahora la jurisprudencia administrativa ni constitucional no ha admitido abiertamente la existencia de responsabilidad patrimonial; sin embargo, se han planteado interrogantes y posiciones doctrinales que la sustentan. Al respecto, ver: *Pazos Guerrero y otros*, La responsabilidad del Estado por la función constituyente: el caso colombiano, 2013. https://issuu.com/gestiondeproyectos/docs/la_responsabilidad_del_estado_por_1.

(iii) integra tanto la responsabilidad nacida de los contratos y convenciones, en las cuales sea parte una entidad pública, como la responsabilidad extracontractual de naturaleza patrimonial del Estado⁵¹; y (iv) comprende las dos dimensiones de la responsabilidad directa: la subjetiva, con fundamento en la teoría de la falla del servicio, y la responsabilidad objetiva tanto legislada como jurisprudencial.

Con gran economía de recursos lingüístico-jurídicos, el instituto de la responsabilidad patrimonial pública se construyó con dos elementos esenciales: la existencia de un daño antijurídico (i) y la imputación del mismo al Estado, por acción u omisión (ii).

1. Todo gira a partir de un fenómeno dañoso calificado

El péndulo del fundamento de la responsabilidad fluctuó radicalmente: la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico se trasladó de la antijuridicidad de la conducta a la antijuridicidad del daño⁵²; dicho de otro modo, esta transición implicó un cambio en la obligación resarcitoria, antes fundamentada de manera predominante en la calificación civil de la *antijuridicidad de la conducta del agente público*, como requisito indispensable para reparar los daños; ahora, desde una perspectiva del derecho público, en la *antijuridicidad del daño*⁵³, entendido como un ejercicio de verificación de si la víctima de la lesión se encontraba en el deber jurídico de soportar la afectación irrogada a un derecho, bien o interés legítimo, independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta del agente estatal.

⁵¹ Un importante análisis crítico y propositivo de la responsabilidad estatal en: *Zapata García*, Fundamentos y Límites de la Responsabilidad del Estado. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual, 2019.

⁵² A nivel de la doctrina se precisó que el instituto de la responsabilidad debía ser abordado desde la concepción del daño: *De Cupis*, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, 1966, p. 71.

⁵³ En la doctrina española a propósito de la importancia de la antijuridicidad del daño precisa: “Ese giro en la fundamentación de la obligación de responder patrimonialmente, que pasa a ser contemplado desde la perspectiva del dañado y no desde el agente causal, es a lo que convencionalmente se le ha llamado ‘objetivización de la responsabilidad patrimonial de la administración, introduciendo un cierto equívoco innecesariamente, pues no quiere decir, obviamente, que cualquier perjuicio económico que pueda resultar de los servicios administrativos tenga causa jurídica (si falta ese elemento de la ilicitud del resultado desde la perspectiva del perjudicado) para pretender legítimamente una reparación” *García De Enterría/Fernández*, Curso de Derecho Administrativo, 9ª ed., 2004, p. 376.

A propósito del daño antijurídico, la Corte Constitucional en un primer pronunciamiento al respecto⁵⁴, luego de revisar los debates en la Asamblea Nacional Constituyente, concluyó que la fuente de inspiración fue el paradigma de la lesión patrimonial del derecho español, el cual definió no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el menoscabo que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura que ya había planteado el Consejo de Estado⁵⁵.

Así las cosas, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño, calificado de antijurídico, no porque en todos los casos la conducta del autor sea contraria al ordenamiento jurídico, sino porque la víctima que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo y, por tanto, debe ser objeto de reparación⁵⁶.

El daño, desde el punto de vista físico o natural, es una lesión o afectación que padece una persona como consecuencia de una conducta suya o de un tercero, y también proveniente de fenómenos naturales. No obstante, el instituto de la responsabilidad se enfoca no en el sentido físico o natural del daño, sino jurídico, en el que el daño objeto de reparación, el daño resarcible, no es aquel cuyo efectos se limitan a constatar una alteración o cambio del universo ontológico o del ser, en la medida en que muchas de sus manifestaciones no interesan al universo del derecho, *ad exemplum*, las medidas de confinamiento a causa de la pandemia del Coronavirus COVID-19 soportadas por todos los habitantes en Colombia, si bien se trata de una afectación, no supone, en principio, un daño particular resarcible en sentido jurídico⁵⁷.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

⁵⁵ El Consejo de Estado desde 1993 definió el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual ha concluido que “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo”. Por consiguiente, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993.

⁵⁶ “No se trata de saber si hubo o no una falla en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular, aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un ‘daño antijurídico’, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar”. Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁵⁷ Según *De Cupis*, el daño trata de “una reacción que el derecho facilita para lograr la represión del daño”. *De Cupis*, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, 1966, p. 82. Según *Zapata* “desde esta posición se está enfatizando en un tipo de naturaleza dual del daño, una que coincide con el mundo físico y otra con el mundo jurídico; sin embargo (...), el daño del que nos interesa ocuparnos no es otro que el daño reparable, el daño resarcible, es ese daño que concierne al jurista a efectos del análisis de la responsabilidad patrimonial, lo cual permite ver ya un factor de limitación. No es entonces el mero concepto de daño el que nos atañe, sino el daño en sentido

El daño que amerita la extensión de la cláusula de salvaguarda de responsabilidad no es en sí misma la conducta que vulnera un derecho o un interés jurídicamente protegido, por cuanto puede haber violaciones a bienes jurídicos tutelados sin que se produzcan necesariamente daños⁵⁸. El daño, objeto de reparación, debe ser entendido como la consecuencia de efectos negativos y adversos perjudiciales padecidos por una víctima derivados de la lesión a sus derechos o a sus intereses legítimos⁵⁹.

Por lo demás, para que un daño sea objeto de reparación, es indispensable verificar *ex ante* la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto, actual, real, determinado o determinable, anormal, protegido jurídicamente y, desde luego, antijurídico. Es decir, se trata de una lesión injusta que debe ser indemnizada⁶⁰.

Para establecer si un daño es o no antijurídico se debe verificar, caso a caso, las circunstancias en las que se causó el mismo, en especial, la existencia de razones de justificación que admitan que la persona, en virtud de normas legales u otros factores, tiene el deber de soportar el daño que se le infringió⁶¹.

jurídico”. ZAPATA, *op. cit.*, p. 174. Igualmente, la doctrina nacional ha dicho: “[E]l daño resarcible se distingue del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico o natural, pues no todo daño en sentido físico es indemnizable y ocupa el derecho (...). El daño en sentido jurídico ha sido definido tradicionalmente como la lesión a un derecho o a un interés protegido. Concepto en el que se identifica el daño con el evento de la lesión del interés o del derecho, sin tener en cuenta las consecuencias del mismo (...) el daño debe ser entendido como la pérdida sufrida por una persona como consecuencia de la lesión a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de la víctima”. Serrano Escobar/Tejada Ruíz, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁸ Por ejemplo, cuando la entidad estatal no contesta un derecho de petición, de la violación de dicho derecho fundamental no se sigue necesariamente la producción de efectos negativos y adversos para el titular del derecho.

⁵⁹ Según Zavala, “el daño resarcible, que interesa civilmente, no apunta a la lesión de los derechos o al interés, sino a las consecuencias o efectos que ella produce”. Zavala De González, Resarcimiento de daños. Daños a la persona, vol. II, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 19. En sentido similar, Lorenzetti afirma que, “[e]n realidad, es cierto que el daño es una consecuencia puesto que no es la lesión misma lo que se resarce.” Lorenzetti, “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, núm. 1, 1995, p. 104. Y Pizarro sostiene “cuando se define el daño en general o en sentido amplio, se alude al interés como ingrediente conceptual, y solo a la hora de definir el daño resarcible se echa mano a [sic] los efectos o consecuencias.” Pizarro, “Reflexiones en torno al daño moral y su reparación”, en Jurisprudencia Argentina, 1986-III-901.

⁶⁰ Cfr., entre otras, las sentencias C-333 de 1996 y C-832 de 2001 de la Corte Constitucional.

⁶¹ “[C]uando el daño no reviste el carácter de antijurídico, en razón a que recae sobre un interés que no goza de la tutela del derecho o que el sujeto pasivo tiene el deber jurídico de soportar en detrimento de su patrimonio, no se configura la responsabilidad del Estado y éste no se obliga a pagar una indemnización”. Corte Constitucional, sentencia C-965 de 2003.

2. El juicio de atribución: razones de imputación al Estado

Según el orden constitucional derivado del artículo 90 Superior, si bien el daño antijurídico es un elemento *sine qua non* de la responsabilidad patrimonial del Estado, no es el único requisito para que se produzca la obligación de reparación. Se debe acreditar la imputación o atribución del daño a la entidad estatal, pues de lo contrario no habrá lugar a la reparación por parte de este.

En consecuencia, la base de la responsabilidad estatal se encuentra en la imputación que se materializa en las razones, fundamentos, criterios o títulos de naturaleza jurídica para atribuir un daño a una entidad pública. Si bien la cláusula constitucional exige que el daño antijurídico debe ser “causado” por la acción u omisión de las autoridades⁶², para que se estructure un juicio de responsabilidad deben existir razones jurídicas en esencia que permitan atribuirle dicho daño al Estado⁶³.

Como lo ha señalado tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, el art. 90 permite incorporar como títulos de atribución aquellas teorías o criterios desarrollados tradicionalmente por fuente pretoriana como la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional, como tanto otros derivados del derecho contemporáneo, por lo cual no puede existir una lista acabada⁶⁴.

⁶² “Ahora bien, la responsabilidad de las entidades estatales está regulada hoy, de manera general, en el artículo 90 de la Constitución Política (...). Esta norma incluye en su supuesto de hecho, con claridad, los siguientes elementos estructurales de la responsabilidad: un daño –que se califica de antijurídico–, una acción u omisión –que en este caso deber ser de las autoridades públicas– y una relación de causalidad entre esta y aquel; se exige, además, que dicho daño resulte imputable al Estado”. *M’Causland Sánchez*, Equidad judicial y responsabilidad extracontractual, 2019, pp. 337-338.

⁶³ A nivel doctrinal y jurisprudencial existe un importante debate sobre la causalidad como fenómeno fáctico o natural y la omisión como valoración normativa, en donde se pone en cuestión que exista una relación causal en la omisión, como impropriamente se infiere del artículo 90 Constitucional. Cfr. *Serrano Escobar/Tejada Ruiz op. cit.*, p. 443 y ss. A nivel jurisprudencial ver, entre otros, los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010 y sentencia el 31 de agosto de 2017.

⁶⁴ Por ejemplo, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece tres modalidades que pueden generar responsabilidad estatal: el error judicial, la privación injusta de la libertad y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. A nivel doctrinal y jurisprudencial se habla como criterios de imputación el desequilibrio de las cargas públicas, la vulneración a la confianza legítima, el no enriquecimiento sin causa, la violación a los principios de justicia y equidad, etc.

I. Apertura y diálogo con el Derecho Internacional

La última y más reciente etapa de desarrollo del instituto de responsabilidad extracontractual del Estado es la que se puede denominar como la apertura y diálogo con el derecho internacional público, en especial con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (D.I.D.H.) y el Derecho Internacional Humanitario (D.I.H.), de manera especial en aquellos asuntos que tienen que ver con graves violaciones a los derechos y libertades públicas.

I. Hacia la comprensión de un sistema y sus consecuencias

Colombia al aprobar, mediante Ley 74 de 1972, la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José”⁶⁵, se convirtió en Estado Parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Esta decisión político-jurídica genera efectos y compromisos importantes a nivel interno, entre ellas la vinculación de los jueces nacionales al derecho convencional y el reconocimiento de la Corte IDH como juez límite de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos. Esta competencia solo se activa cuando las víctimas, luego de agotar los recursos internos, no obtuvieron las debidas garantías y protección judiciales⁶⁶. Esto significa que el sistema regional opera bajo el *principio de complementariedad*, toda vez que la primera respuesta corresponde siempre a los jueces nacionales⁶⁷.

En ese sentido la Corte IDH ha afirmado, en su condición de intérprete auténtico de la Convención, sobre la existencia de un “control de convencionalidad” que los jueces internos están llamados a ejercer *ex officio*:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus dispo-

⁶⁵ Firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

⁶⁶ Según el art. 46 de la Convención Americana, para que una denuncia o queja de violación de la Convención por un Estado pueda ser admitida (por la Comisión Interamericana), se requiere, entre otros requisitos, que el peticionario: “a) que haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

⁶⁷ “Este da la primera opción de enjuiciamiento al Estado en que se cometieron los hechos, en un claro código de respeto y de confianza hacia la nación sub lite, pero de inmediato apoyo en caso de mermarse su posibilidad de sustanciación interna (...)” *Moraga Mejías*, Jurisdicción Internacional: teoría general, tribunales internacionales y tribunales de integración, 2018, p. 61.

siciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁶⁸.

Por lo anterior, desde el punto de vista funcional, los jueces nacionales colombianos forman parte del sistema interamericano de derechos humanos y constituyen la primera respuesta de justicia, en aplicación del derecho interno y del derecho internacional, a los cuales están vinculados de manera directa. Esto lleva a interrogar si, igualmente, están vinculados a los desarrollos jurisprudenciales y estándares de la justicia internacional en materia de protección de los derechos humanos. La justicia administrativa emitirá una respuesta.

II. En busca de la reparación integral⁶⁹

En 1998 se produjo una importante reforma a los procedimientos judiciales con el objeto de armonizarlos con el espíritu de la Constitución de 1991, encaminada al logro de una justicia material y efectiva, con la expedición de la Ley 446. En ella se introdujeron unos principios y reglas muy importantes en materia de reparación de daños:

ARTICULO 16. VALORACIÓN DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

⁶⁹ “Sobre el contenido del núcleo esencial de la reparación integral se podría decir que está integrado, de un lado, por el derecho que tiene toda persona a no sufrir un daño injusto en sus intereses personales o patrimoniales y, de otro lado, por el derecho a obtener la indemnización y/o compensación que cubra en toda su dimensión los efectos causados por el daño, lo que consiste, efectivamente, no solo en el reproche jurídico sino en la constatación práctica y suficiente de la reparación de todos los perjuicios que estén en relación causal directa con el actuar del responsable.” *Sandoval Garrido*, “Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 25, 2013, p. 272.

Sorprende que esta disposición que introdujo el principio de reparación integral no tuvo aplicación inmediata, al menos en los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado. La respuesta clásica y única en materia de reparación de daños antijurídicos atribuidos a los entes públicos fue la indemnización o compensación pecuniaria, tanto para perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, la situación comenzó a cambiar, al menos, a partir de 2008 en la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se presentaron cambios significativos en la fundamentación del juicio de responsabilidad y en los mecanismos de reparación.

Era lógico esperar que ello se produjera por cuanto la nueva Constitución incorporó de manera clara el derecho internacional en materia de derechos humanos, con carácter prevalente sobre el derecho interno⁷⁰. En este contexto, a nivel del sistema universal de protección de los derechos humanos en 2005 se produjo un importante instrumento: la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas que tendrá importantes efectos en la jurisprudencia y en la legislación colombiana.

1. De la superación del estricto marco del derecho privado en materia de reparación de daños

Con ocasión de la conmemoración de los 50 años de la expedición de la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, Naciones Unidas expidió la Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005, denominada “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

La importancia que tiene este instrumento internacional para el caso que nos ocupa, es que por primera vez de manera explícita se supera el estricto marco pecuniario indemnizatorio como único mecanismo de reparación de daños atribuibles al Estado y se avanza a otros mecanismos que en muchos casos

⁷⁰ “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. (Se subraya).

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” (Se subraya).

“Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (Se subraya).

pueden ser más efectivos, más respetuosos y más adecuados para la dignidad de las víctimas. En efecto, el derecho a la reparación de violaciones a los derechos humanos se concretiza en cinco importantes mecanismos, a saber⁷¹:

Restitución

Esta medida busca, en la medida de lo posible, borrar los efectos de las conductas ilegales y restablecer plenamente la situación que probablemente existiría si no se hubiesen cometido (*restitutio in integrum*)⁷². Para que sea efectiva pretende incidir en las causas estructurales de la violación, como bien puede ser la restitución jurídica⁷³.

Compensación

Se trata de la clásica indemnización pecuniaria y opera siempre y cuando el daño es susceptible de ser evaluado económicamente y de conformidad con lo que resulte probado; además, debe existir proporcionalidad entre la gravedad de la violación y las circunstancias del caso concreto.

⁷¹ Para la presentación de esta tipología sigo la importante y reciente publicación, en donde se presenta un amplio y documentado estudio analítico: *García García/Fierro Ferrández/Lisitsyna*, Guía en materia de reparaciones por violaciones de derechos humanos, relacionadas con la integridad física. Obligaciones internacionales y prácticas jurisdiccionales, 2019.

⁷² Según la Corte IDH la medida de restitución es la primera que debe adoptarse y si esto no es posible acudir a otros mecanismos de reparación integral. Cfr. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, “Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de octubre de 2015”, Serie C No. 305, párr. 255; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, “Fondo. sentencia de 29 de julio de 1988”, párr. 26; Caso López Lone y otros vs. Honduras, “Excepción Preliminar fondo, reparaciones y costas. sentencia de 5 de octubre de 2015”, párr. 222 y 287; Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de noviembre de 2014”, Serie C No. 287, párr. 543.

⁷³ “La expresión «restitución jurídica» se utiliza a veces en los casos en que la restitución requiere o implica la modificación de una situación jurídica, bien en el marco del ordenamiento jurídico del Estado responsable, bien en el marco de sus relaciones jurídicas con el Estado lesionado. Estos casos comprenden la revocación, la anulación o la enmienda de una disposición constitucional o legislativa promulgada en violación de una norma de derecho internacional, la anulación o revisión de un acto administrativo o de una resolución judicial ilícitamente adoptados con respecto a la persona o a los bienes de un extranjero o la exigencia de que se adopten disposiciones (en la medida en que el derecho internacional lo autorice) para dar por terminado un tratado.” *Ibidem*, p. 65.

“De acuerdo con los Principios y directrices de las Naciones Unidas, la compensación puede otorgarse por los siguientes daños: el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.”⁷⁴

Satisfacción

Posee un alto valor simbólico y de impacto en la psicología individual o social de las víctimas, como las disculpas públicas, el reconocimiento por parte del Estado de haberse incurrido en una violación a los derechos humanos (que en sí misma puede significar una forma de reparación), el enjuiciamiento de los autores responsables a través de las acciones penales o disciplinarias o la reapertura de dichas investigaciones, la garantía del derecho a la verdad en general, la reforma legislativa o de prácticas discriminatorias o ilegales, la formación en derechos humanos de agentes estatales y demás medidas de impacto cultural y colectivo, monumentos o evento conmemorativos de las víctimas o de los hechos, etc.⁷⁵

*Rehabilitación*⁷⁶

Esta medida de reparación tiene por objeto que las víctimas tengan la oportunidad de alcanzar, en la medida de lo posible, “el máximo de autonomía y de funciones y puede entrañar ajustes en su entorno físico y social. La rehabilitación de las víctimas debe centrarse en el restablecimiento, en toda la medida de lo posible, de su independencia física, mental, social y profesional y en la inclusión y participación plenas en la sociedad.”⁷⁷

⁷⁴ Ibid, p. 71.

⁷⁵ La Corte IDH ha ordenado las siguientes medidas de satisfacción, entre otras: La creación de centros educativos a nombre de las víctimas; la designación de un día de conmemoración en honor a las víctimas; la creación de una base de datos sobre desaparecidos; la creación de sistemas de información genética para identificar a desaparecidos forzados; mejoramiento de las condiciones de vivienda e infraestructura; implementación de programas de vivienda en beneficio de sobrevivientes de las regiones afectadas por la violencia sistémica; el mantenimiento y mejoramiento de sistemas de carreteras, alcantarillado y agua potable, el establecimiento de centros de salud; la publicación de la verdad de los hechos ocurridos, la historia de vida de la víctima. Ibid, p. 85.

⁷⁶ La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, fue el primer instrumento de Naciones Unidas que habla de rehabilitación como una medida muy importante de reparación integral. Ibid, p. 89.

⁷⁷ Comité contra la Tortura (CAT). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Observación general núm. 3 de 13 de diciembre de 2012, párr. 11.

La Corte IDH ha prestado especial atención a las medidas de rehabilitación y desde 2001 ha ordenado a los Estados que brinden servicios educativos, médicos o servicios similares o becas a sobrevivientes y familiares afectados por violaciones de derechos humanos.⁷⁸ Entre las medidas de rehabilitación que ha ordenado se encuentran las de atención médica, psicológica o psiquiátrica y psicosocial a las víctimas.⁷⁹ Las medidas psicosociales han sido ordenadas en casos en los que “se ha constatado que los daños sufridos por las víctimas se refieren no sólo a partes de su identidad individual sino a la pérdida de sus raíces y vínculos comunitarios.”⁸⁰

La Corte IDH no se ha limitado a la orden de prestar rehabilitación sino que ha sentado las características que esta rehabilitación debe tener. La rehabilitación debe tener el carácter de permanente y los programas deben tener un enfoque “multidisciplinario a cargo de expertos en la materia, sensibilizados y capacitados en la atención de víctimas de violaciones a los derechos humanos, así como un enfoque de atención colectiva.”⁸¹ Esta rehabilitación, debe ser gratuita y prestada a través de las instituciones públicas especializadas respectivas más cercanas a las víctimas, de forma adecuada y efectiva.⁸²

Medidas de no repetición

Constituyen medidas de carácter general, esenciales, necesarias, preventivas y con efectos futuros, a partir de los hechos violadores de los derechos humanos, con el objeto de que no se repitan. Así lo establece la Resolución 60/147 de Naciones Unidas:

Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de

⁷⁸ Corte IDH. Caso del Caracazo Vs. Venezuela. “Fondo, sentencia de 11 de noviembre de 1999”.

⁷⁹ *Ibidem*, párrs. 352 y 353.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 352.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *García García/Fierro Ferrández/Lisitsyna*, op. cit., p. 91.

los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.⁸³

Igualmente, es preciso tener en cuenta que en 2005 Naciones Unidas expidió una declaración de *soft law* denominada “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, en la cual se definió el alcance de la garantía de no repetición.⁸⁴

⁸³ Naciones Unidas, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005, Artículo 23.

⁸⁴ Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005: “Principio 35. Principios Generales: El Estado deberá adoptar medidas adecuadas para que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones de sus derechos. Con ese fin, los Estados deben emprender reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto del imperio de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos humanos, y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales. (...)”

2. Un pronunciamiento pionero de la justicia administrativa y sus efectos transformadores

En 2008, el Consejo de Estado al resolver un caso de una desaparición forzada y ejecución extrajudicial de dos hermanos por parte de la Policía Nacional, fortaleció su sistema clásico de responsabilidad estatal de falla en el servicio al fundamentarlo en normas supranacionales de derecho internacional público y estimó, por primera vez, que era preciso romper los parámetros de la indemnización pecuniaria como única fórmula de reparación de daños y avanzar, aún de oficio, en otras medidas de reparación integral. Tuvo como referente las decisiones adoptadas por la Corte IDH en las cuales había hecho un uso amplio de otras medidas restaurativas. Dijo la providencia:

[L]a reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el juez de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para lograr el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), mediante la adopción de medidas o disposiciones de otra naturaleza (...).

Así las cosas, con el fin de proteger y restablecer los derechos humanos, las autoridades oficiales en Colombia y, concretamente, las pertenecientes a la Rama Judicial del poder público, cuentan con amplias facultades otorgadas por el propio ordenamiento jurídico, de manera principal, por la Constitución Política, toda vez que es un imperativo categórico adoptar todas las medidas posibles dirigidas a la satisfacción de las garantías básicas del ser humano, en especial las de naturaleza fundamental (primera generación), como quiera que el propio texto constitucional reconoce que son de aplicación inmediata (art. 85 C.P.), sin que sea necesaria ningún tipo de regulación y reglamentación para que sean adoptadas las medidas para su protección y promoción (...)⁸⁵.

Además, se planteó como propósito que haya una verdadera justicia reparadora y así evitar el desplazamiento de la justicia interna hacia los tribunales internacionales.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008 (caso de los hermanos Carmona Castañeda).

En dicha decisión se ordenaron como medidas de reparación integral, además de una indemnización pecuniaria, (i) excusas públicas por parte del director de la Policía Nacional; (ii) el diseño e implementación por dicha entidad de un sistema pedagógico de promoción y respeto de los derechos humanos dirigido a la comunidad; y (iii) la publicación de la parte resolutoria de la sentencia en el Comando de Policía, por el término de seis meses.

En 2012 se produjo otro importante pronunciamiento jurisprudencial el cual, por primera vez, fundamentó medidas de reparación integral en la Resolución 60/147 de Naciones Unidas, así⁸⁶:

Ahora bien ¿en qué consiste dejar indemne a la víctima? La reparación integral tiene que ver, de un lado, con lograr que las víctimas puedan mejorar la situación en la que las sumergió el daño, superar el miedo, la zozobra y la desesperanza así como recuperar su dignidad y autoestima de modo que les sea factible ejercer a cabalidad sus derechos y, de otro, con mostrar que el Estado se encuentra atento al restablecimiento de la confianza institucional resquebrajada frente a las víctimas directas e indirectas y la comunidad política que no entendería que causado el daño y habiéndole sido atribuido a su autoridades no se tenga que indemnizar plenamente⁸⁷.

En pocas palabras, la reparación, hace relación a un grupo de medidas que se encaminan a “lograr que las víctimas reciban una respuesta o reparación integral y a establecer [un conjunto] de medidas para garantizar el fin de las atrocidades y prevenir o evitar que estas se vuelvan a cometer.”⁸⁸

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de junio de 2012.

⁸⁷ Cfr. *Beristain*, Diálogo sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos, tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos –IIDH–, 2008, p. 11.

⁸⁸ Comisión Colombiana de Juristas Verdad, Justicia y Reparación. Algunas preguntas y respuestas, Bogotá, 2006 (consultado en la red el día 18 de abril de 2012).

Para efectos de determinar los alcances de la reparación integral en el asunto de la referencia, la Sala tendrá en cuenta la Resolución 60/147 del 21 de marzo de 2006, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este documento –que ha sido acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁹ y se ha proyectado asimismo sobre la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional⁹⁰ y por esta Corporación⁹¹–, contiene los principios y directrices básicos en la materia.

Siguieron diversos pronunciamientos como la sentencia de 2013⁹², en la cual se reconoció que la justicia interna “está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos” y, en tal sentido, “ejercerá un control de convencionalidad a la conducta omisiva del Estado”.

⁸⁹ Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 119 (...).

⁹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-578 de 2002; C-872 de 2003; T-025 de 2004; C-979 de 2005; T-188 de 2007; T-821 de 2007; T-458 de 2010, entre otras muchas.

⁹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección C”, sentencia de 7 de febrero de 2011, Rad. No. 66001-23-31-000-2004-00587-01; sentencia de 26 de mayo de 2011, Rad. No. 52001-23-31-000-1998-00515-01(18747); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, Rad. No.: 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996); sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29.273; sentencia del 19 de julio de 2000, exp.11842; sentencia de 25 de septiembre de 1997, Exp. 10.241.

⁹² “En ese orden, se advierte que la omisión del Estado colombiano configuró un desconocimiento de la posición de garante frente a los derechos de las víctimas de la desaparición forzada, pues se encontraba en el rol de reforzar la protección de los afectados, la cual no llevó a cabo, lo que significó la violación de los contenidos obligacionales del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; así como también de lo dispuesto en artículo 1 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, reiterando con ello un reproche a este actuar negativo y permitiendo así una imputación del daño antijurídico.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de noviembre de 2013, exp. 29764. Igualmente ver, entre otras, providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia de 3 de mayo de 2013, exp. 32274; sentencia de 12 de marzo de 2014, exp. 28224; sentencia de 9 de octubre de 2014, exp. 29033; sentencia de 26 de febrero de 2015, exp. 28666; sentencia de 29 de abril de 2015, exp. 32014; sentencia de 28 de mayo de 2015, exp. 26958; sentencia de 28 de octubre de 2015, exp. 34507; sentencia de 11 de abril de 2016, exp. 36079; sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 43422; sentencia de 9 de junio de 2017, exp. 53704; sentencia de 12 de junio de 2017, exp. 41226; sentencia de 19 de julio de 2018 exp. 57934; auto de 20 de febrero de 2020, exp. 58780.

Bajo este escenario de oxigenación del instituto de la reparación de daño imputables al Estado, al abrirse a la fundamentación y aplicación directa de normas de derecho internacional público y acoger los nuevos estándares y modalidades de reparación, se produjo la sentencia de unificación de 2014, en la cual se reconoció que las afectaciones graves a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados deben ser reconocidas como una *tercera categoría* de daños inmateriales, bajo las siguientes características⁹³:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

Además, acogió en su integridad las medidas de reparación integral previstas en la Resolución 60/147 de Naciones Unidas, al considerar que tienen plena consonancia con las obligaciones estipuladas por el artículo 63.1 de la Convención Americana.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 28 de agosto de expediente No. 32988.

Sobre este proceso todavía en construcción y que puede estar expuesto a críticas, avances, perfeccionamientos conceptuales y prácticos o, aún, a retrocesos, la doctrina ha señalado⁹⁴:

[L]a jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha progresado en cuanto a reparaciones a graves violaciones de derechos humanos, dando aplicación al control de convencionalidad. En efecto, se pasó de un mero resarcimiento económico por los daños materiales y morales causados a las víctimas, a la adopción de medidas que pretenden repararlas de manera integral, disponiendo para ello, la realización de actos no pecuniarios a cargo del Estado con el objetivo de preservar la memoria tanto individual como colectiva y de tratar de restituir los derechos transgredidos. Adicionalmente, al acuñar el concepto de reparación transformadora se da un paso más allá del entendimiento de la justicia como algo meramente retributivo y se avanza por la senda de un cambio sustancial en las condiciones sociales que fueron causa de la transgresión de los derechos de las víctimas. No obstante, aquella corporación judicial debe afrontar el desafío de ordenar medidas concretas de tales reparaciones transformadoras, con el fin de superar las condiciones de pobreza, exclusión y vulnerabilidad de las víctimas al momento de la violación de sus derechos.⁹⁵

Merece un estudio especial, que desborda el objeto del presente escrito, la visión todavía tímida, pero no menos importante, que la jurisprudencia administrativa le ha otorgado al instituto de responsabilidad estatal en su dimensión transformadora de la realidad⁹⁶. Si bien su solo planteamiento puede

⁹⁴ Pérez Niño/Zambrano Salazar/Cepeda Rodríguez, “El impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en la reparación a víctimas de graves violaciones a derechos humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, octubre 2015- marzo 2016, p. 175.

⁹⁵ Sobre el debate y concepto de las reparaciones transformadoras ver: *Uprimmy Yepes/Saffón Sanín*, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en *Díaz Gómez/Camilo Sánchez/Uprimmy Yepes (eds.)*, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, 2009, pp. 31-70.

⁹⁶ Entre algunos pronunciamientos en esa dirección, es oportuno citar el siguiente en el cual se justifica la realización de una obra de arte en homenaje a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos por parte del Estado: “...estima la Sala que las medidas de satisfacción, rehabilitación y no repetición que se adopten frente a casos como el presente, deben ir más allá de buscar una reivindicación volcada hacia la pretérita época en la que ocurrieron las lesiones a los derechos de las víctimas, y deben propender, antes bien y además, por una modificación de las condiciones estructurales que dieron lugar a la victimización, de tal forma que se trate de una reparación verdaderamente transformadora que tienda a impedir el surgimiento de hechos similares en el futuro.(...). En este género de medidas de reparación integral, en clave de transformación de las condiciones estructurales que dieron lugar a la victimización, además de

sorprender a los defensores clásicos del derecho privado que son estrictos en considerar que se debe reparar única y exclusivamente los efectos dañosos causados a través de una indemnización o compensación económica, toda vez que ir más puede generar un enriquecimiento sin justa causa, lo cual constituye un argumento muy sólido, lo cierto es que en la responsabilidad del Estado la problemática en sí misma desborda un conflicto civil entre sujetos privados y adquiere características y efectos de interés público, toda vez que se enjuicia la conducta de quien está llamado a respetar, garantizar y proteger los derechos y libertades, y en un momento desafortunado se convierte en el mayor transgresor.

De allí la necesidad de reconocer que si bien en la responsabilidad civil por daños entre sujetos privados y la responsabilidad estatal por daños antijurídicos existen importantes vasos comunicantes en cuanto a su fundamentación, regulación jurídica y soluciones prácticas a casos concretos, como lo demuestra la historia de la reparación extracontractual a lo largo de más de cien años en Colombia, también lo es que se trata de problemáticas situadas en planos esencialmente diferentes en cuanto a su regulación jurídica (derecho público interno e internacional), al sujeto imputado (el Estado autodenominado de derecho, social y democrático) y a los efectos que produce una conducta dañosa en la conciencia colectiva, más allá de las víctimas directas que no merecían esta condición.

J. Conclusiones

El agitado, intrincado y no menos polémico proceso histórico de desarrollo del instituto de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, muestra cómo ha cumplido a lo largo de su existencia una importante función de fortalecimiento del Estado de derecho en su dimensión de garantía y reparación de los daños antijurídicos a los derechos y libertades de los ciudadanos, que nunca debieron ser vulnerados por las autoridades públicas.

las políticas generales que puedan implementarse en el marco de la relación vertical que existe entre el Estado y las víctimas a propósito de la legislación vigente sobre la reparación de aquellas, también debe tenerse como insumo el componente simbólico que pueda ser aportado por los sujetos pasivos de las acciones vulneradoras, elemento este que sólo puede ser aprehendido por el obligado a llevar a cabo la reparación cuando a los afectados se los empodera para liderar los procesos de redefinición de imaginarios que se lleven a cabo en el marco de la rehabilitación.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 12 de octubre de 2017, rad. 05001-23-31-000-2010-01922-01 (49416). Igualmente, ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B., sentencia de 16 de agosto de 2018, exp. 37719.

Si bien en los juicios de responsabilidad estatal se debaten conflictos de resorte particular, las decisiones judiciales que declaran la prosperidad de las reclamaciones reparadoras tienen innegables efectos de interés público, no solo por su impacto en las arcas presupuestales, lo cual constituye un importante motivo de preocupación, sino, fundamentalmente, por la visibilización de situaciones de injusticia, inequidad o arbitrariedad que ameritan tomar en serio, si se trata de construir una sociedad y un Estado democráticos.

Luego del logro de la constitucionalización del derecho a la reparación de daños antijurídicos imputables al Estado, la fuerza de las circunstancias y el avance de la conciencia jurídica ha hecho que el instituto de la responsabilidad adquiera en los últimos años una dimensión, si bien problemática y controversial, necesaria e importante. El juez de la responsabilidad no solo es la expresión de una función jurisdiccional interna, sino que está inscrito en un sistema de derecho internacional, el cual espera que sea la primera y suficiente respuesta en la definición de los conflictos.

De allí que parezca razonable que en este periodo de “diálogo y apertura con el derecho internacional público”, las decisiones judiciales internas se fundamenten en desarrollos y en estándares supranacionales, en especial los tratados de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, aprobados por Colombia, y en los pronunciamientos de las cortes internacionales, en especial de la Corte IDH.

Este acercamiento y reconocimiento ha permitido que hoy se asuma el derecho a la reparación como derecho fundamental y su correlación intrínseca con otros derechos declarados también como fundamentales como son a la verdad y a la justicia.

En este panorama era de esperar que se produzca una transformación en la mirada al tratamiento clásico de la reparación, fincada exclusivamente en una respuesta pecuniaria, y adquiera una tipología que trasciende lo estrictamente económico hacia una función transformadora de la realidad con componentes psicológicos y simbólicos de carácter individual y colectivo. Esta dimensión en construcción, que desde luego está expuesta a la crítica académica y pública tan necesaria, propende por consolidarse y no retroceder hacia espacios afortunadamente ya superados.