

Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado

Constitutional Foundations Of State Responsibility

Helton David Gutiérrez González*

Resumen

El presente artículo pretende ilustrar cómo ha evolucionado la cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado a lo largo de los treinta años de su existencia; asimismo, estudia los fundamentos sobre los cuales se estructuró la responsabilidad estatal en la etapa preconstitucional, al amparo de la Constitución nacional de 1886, el proceso de construcción de la voluntad constituyente del artículo 90 superior, las implicaciones de la entrada en vigencia de esta disposición constitucional y, finalmente, la evolución de la responsabilidad reclamable a las autoridades, en virtud de la interpretación de los fundamentos constitucionales que la inspiran y la redefinición del artículo 90 de la Constitución.

Palabras clave: responsabilidad del Estado, daño antijurídico, imputación, fundamentos constitucionales, falla en el servicio, reparación integral, responsabilidad patrimonial

Abstract

This article aims to illustrate how the constitutional clause of State responsibility has evolved over the thirty years of its existence; It also studies the foundations on which State liability was structured in the pre-constitutional stage, under the protection of the National Constitution of 1886, the process of construction of

* Abogado de la Universidad Libre, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Doctor en Derecho Público de la Universidad Alfonso X El Sabio, docente del Área de Derecho Público de la Universidad Libre, Seccional Bogotá, conjuer de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, defensor público del Área de Derecho Administrativo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, asesor y litigante en derecho administrativo y constitucional. Correo: heltonguti@hotmail.com

the constituent will of Article 90 of the Constitution, the implications of the entry into force of this constitutional provision and, finally, the evolution of the liability of the authorities, by virtue of the interpretation of the constitutional foundations that inspire it and the redefinition of Article 90 of the Constitution.

Keywords : responsibility of the State, unlawful damage, imputation, constitutional grounds, failure in service, comprehensive reparation, patrimonial responsibility

1. Antecedentes de la responsabilidad en la Constitución de 1886

Los antecedentes jurisprudenciales y la doctrina especializada coinciden en señalar que antes de la taxatividad de la cláusula general de responsabilidad del Estado, del artículo 90 de la Constitución política de Colombia, no existe registro de normas constitucionales que, expresamente, refirieran la obligación del Estado de responder por los daños antijurídicos que le fueran imputables (Ruiz Orejuela, 2017, pp. 3-4).

No obstante, esto no sería óbice para que la Corte Suprema de Justicia y, después, el Consejo de Estado encontraran en las normas legales, específicamente en el Código Civil, artículos 2341 a 2360, y en la interpretación sistémica de las normas de los artículos 19, 20, 33 y 51 de la Constitución de 1886, los fundamentos para endilgar responsabilidad al Estado colombiano (Brewer Carías y Santofimio Gamboa, 2013, pp. 212-213).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia construiría los fundamentos de la responsabilidad estatal, a partir de los perjuicios que resultaran de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos; evidencia de ello dejo consignada en la providencia de la Sala de Negocios Generales, Sentencia del 22 de octubre de 1896, en la cual considera lo siguiente:

Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resulten de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes, como sucede en el presente caso, y cuando concurren las circunstancias especiales que originaron la muerte de Rosazza.

Según esta consideración, se puede decir que la Corte enfatiza en la idea de

que la moral y la justicia son principios universales del derecho internacional moderno, que justifica la adopción de esa medida indemnizatoria; asimismo, el Alto Tribunal encuentra razones como la prestación ineficiente de los servicios públicos, el fundamento de la responsabilidad del Estado, tal como lo hiciera en la Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 21 de agosto de 1939.

Así, cuando la Corte Suprema de Justicia desarrolló las teorías de responsabilidad del Estado, con ausencia de una cláusula constitucional de referencia, apeló a la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y utilizó las normas legales, y el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, o lo que sería, en el momento, la teoría de los servicios públicos.

Lo anterior tendría un cambio a partir de lo dispuesto en la Ley 167 de 1941, que permite, según el criterio de la Corte Constitucional, el desarrollo y consolidación jurídica de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado (Corte Constitucional, 2011). La mencionada Ley dejaba a cargo del tribunal de lo contencioso-administrativo la responsabilidad por trabajos públicos, así: “**Artículo 34.** Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios: (...) 2. De las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales”.

Tal como sostiene Ruiz Orejuela (2017), sería sólo hasta la entrada en vigor del Decreto 528 de 1964 cuando se le conferirían competencias amplias en materia de responsabilidad al Consejo de Estado; la preceptiva que encarna esa finalidad, ampliada a las actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho de la Administración, la configuran los artículos 28 y 30 de dicho Decreto, que dispone lo siguiente:

Artículo 28. La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la Administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente.

Artículo 30. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que le señalan la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman, conoce:

1. ° En única instancia:

(...)

b. De las controversias sobre responsabilidad de la Administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías

de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos.

En virtud de estas atribuciones, el Consejo de Estado, en decisión del 28 de octubre de 1976, estimó con respecto a los fundamentos de la responsabilidad a nivel constitucional que estos no pueden ser estudiados desde las normas del derecho civil, al considerarlas inútiles e inconvenientes; por ello, el fundamento de la responsabilidad estaría en los derechos civiles y las garantías sociales que constituyen en sí el objetivo fundamental del Estado y sus autoridades. Entre las normas superiores sustento de la responsabilidad se encuentran los numerales 16, 20, 21, 39, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51, el Código Contencioso Administrativo de entonces y el ya citado Decreto 528 de 1964.

De lo anteriormente revisado es notable la vocación pretoriana de la responsabilidad del Estado, en titularidad inicial de la Corte Suprema de Justicia y, posteriormente, en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo; de lo expuesto se destaca, además de la competencia de los órganos jurisdiccionales mencionada, la hermenéutica sistemática aplicada por el Consejo de Estado sobre las normas constitucionales que imponen finalidades a cargo del Estado, del cual se desprenden el sustento de la responsabilidad, a partir de la garantía de los derechos y las obligaciones de las autoridades.

La fórmula descrita resulta funcional para los propósitos de imputar y decretar en contra del Estado la responsabilidad por sus actuaciones; ya no con fundamento en la conducta dolosa o culposa del agente del Estado, sino en la función administrativa desarrollada por este.

Aclarado el fundamento de la responsabilidad, la discusión se trasladaría a los tipos de responsabilidad, donde la jurisprudencia contenciosa privilegiaría el régimen subjetivo de responsabilidad o falla o falta del servicio, y quedaba así relegado el régimen objetivo, que, pese a ser declarado, como lo refiere Ruiz (2019), en casos como el del periódico El Siglo S. A., contenido en la Sentencia del 29 de julio de 1947, y el de la ciudadana Vitalia Duarte viuda de Pinilla, en Sentencia del 23 de mayo de 1973, entre otros, no tendría lugar protagónico, por la notoria falta de fundamentos que inspiraran el deber de reparar frente a conductas que no comprometieran el actuar diligente y probo de la Administración.

Así las cosas, al presentarse la oportunidad de crear una nueva Constitución, estos aspectos o defectos de la hasta ahora teoría fundamental de la responsabilidad del Estado exigirían la incorporación de una cláusula base de responsabilidad que pudiera superar, de alguna forma, las falencias planteadas y modificara la dogmática de la responsabilidad estatal.

2 La visión originalista de la cláusula de responsabilidad del Estado

Desde el punto de vista histórico, la Corte Constitucional (1996) sostiene que la Asamblea Nacional Constituyente tuvo como propósito plasmar en la normativa constitucional la noción de daño antijurídico, inspirada, a su vez, en la Constitución española, específicamente en su artículo 106, que dispone lo siguiente:

Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

En cuanto a la concepción originalista, se le atribuye a la ponencia presentada por el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero para primer debate a la plenaria de la Asamblea, un cambio trascendente en la responsabilidad del Estado, ya que el fundamento de esta sería precisamente el daño antijurídico y la imputación al órgano estatal; con ello se pretende superar la insuficiencia del título de falta o falla en el servicio, dado que con

esta no se cobijan todas las formas de responsabilidad, como “la responsabilidad por daño especial”. Por ello, el concepto subjetivo de antijuridicidad de la acción del Estado cede ante el criterio objetivo de la antijuridicidad del daño.

Asimismo, el constituyente explica en su ponencia que se hablará de antijuridicidad cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de un título jurídico válido, y que exceda el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social; finalmente, indica que la atribución del daño deberá hacerse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo, y, por ello, la causalidad por sí sola no basta. En cuanto a la determinación de las condiciones para indemnizar, la Constituyente deja en manos de la Ley y la jurisprudencia dicho desarrollo (Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional n. ° 56, 1991, p.15).

El basamento teórico de la nueva concepción del daño estaría fundamentado, principalmente, en la doctrina española liderada por el profesor Eduardo García de Enterría, quien recuerda lo siguiente:

La doctrina de la culpa es, sin duda, fundamental en el derecho civil; pero está claro que no es apta para fundar sobre ella el surgimiento de

la responsabilidad, y esto tanto en los casos en que claramente no lo explica como en aquellos que tradicionalmente viene pretendiendo explicar. Las teorías que aspiran a ocupar el lugar central que hasta ahora ha ocupado esta vieja doctrina no han logrado quizá una perfección definitiva; pero parece establecido que se van acercando hacia un punto común que pone el acento objetivamente en el daño, reduciendo el elemento subjetivo a lo que es su función propia, la imputación particular, que no la causa fundamental y determinante. (1984, p. 169 y ss.)

García de Enterría, además de proponer el viraje dogmático de la responsabilidad a partir del daño, y no de la culpa, concretiza una definición pragmática de daño antijurídico, al pensar en distinguir entre el concepto de *daño* y el de *perjuicio*, así:

A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de *lesión* del concepto vulgar de *perjuicio*. En este último sentido, puramente económico o material, por *perjuicio* se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento pa-

trimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuricidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva). (1988, p. 35)

En la misma línea de la doctrina de referencia, al estudiar la noción de *daño antijurídico*, el Consejo de Estado (1991) cita el aporte doctrinario en la materia, en el siguiente sentido:

Es verdad que en la Ley de leyes no se define el concepto de “daños antijurídicos”, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para Leguina (citado por De la Cuétara, 1983, p. 554), “un daño será antijurídico cuando la víctima de este no esté obligada, por imperativo del ordenamiento, a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica”.

Así las cosas, la primicia de que el texto constitucional contara con una cláusula de responsabilidad del Estado tendría en el daño antijurídico su elemento dogmático más relevante; en el orden de justificación del deber

de reparar del Estado se encontraría la persona de la víctima del daño, es decir, la mirada apuntaría a privilegiar la víctima y a reivindicar su derecho a la reparación, por encima de las discusiones atinentes a la conducta de quien ocasiona el daño.

Según refiere la Corte Constitucional (1996), la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente, sobre la cláusula de responsabilidad extracontractual del Estado, expone lo siguiente:

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables; el otro, por la Ley, la responsabilidad de los funcionarios.

La noción de daño, en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales, y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa, y no de la actuación del agente de la

Administración, causante material del daño; es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima, y no en la conducta del actor del daño, presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

Esta figura, tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado, sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo. (Gaceta Constitucional n. ° 112, 1991, pp. 7-8)

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico constitucional haría su entrada una cláusula dual de responsabilidad del Estado, que, por un lado, respondería al criterio del daño antijurídico y su imputabilidad al Estado y, por otro lado, a la responsabilidad civil y patrimonial de los servidores públicos que actuaran con dolo o culpa grave, lo cual da origen a la acción constitucional de repetición.

3. La cláusula de responsabilidad del Estado

Luego del trasegar de discusiones dentro de la Asamblea Nacional Constituyente, nació a la vida jurídico-constitucional colombiana el artículo 90 superior; en su redacción quedarían

plasmados los aspectos anteriormente revisados, así:

Artículo 90. 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, aquel deberá repetir contra este.

La pregunta que surgiría a partir de la consolidación de la cláusula constitucional de responsabilidad sería *qué implicaciones jurídicas tendría la entrada en vigor de la cláusula constitucional de responsabilidad del Estado.*

En primer lugar, se debe señalar que la incorporación de la responsabilidad al texto superior sugeriría, en principio, que esta habría de referirse exclusivamente a la responsabilidad extracontractual del Estado; la discusión surge a partir de la solicitud de declaratoria de responsabilidad en contra del Estado por un enriquecimiento sin causa, también denominado *actio in rem verso*.

En la decisión judicial del Consejo de Estado, del 8 de mayo de 1995, la Alta Corporación expresó lo siguiente:

La noción de daño antijurídico es invariable, cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

Partiendo de la noción de daño antijurídico, el Consejo de Estado concluye que la cláusula de responsabilidad del Estado cubre tanto la responsabilidad precontractual, contractual y extracontractual; con ello, todos los ámbitos de ejercicio y actuación del Estado, por ende, sus obligaciones, estarán bajo el escrutinio de la Justicia, cuandoquiera que con ellas se genere un daño en detrimento de aquel que no se encuentra en el deber jurídico de soportar.

Además de la aclaración propuesta por el Consejo de Estado, en el sentido de ampliar el rango de acción de la responsabilidad del Estado a los estadios de las relaciones contractuales, el Alto Tribunal de lo contencioso-administrativo, al resolver el asunto antes citado, construyó, como elementos de la responsabilidad estatal, el daño antijurídico y la imputación del daño.

Asimismo, para explicar la causalidad en materia de responsabilidad y la imputación jurídica del daño, el Consejo de Estado fomenta la utilización de

los denominados *títulos de imputación*, esto es, la falla en el servicio, el daño especial y el riesgo excepcional.

Por último, según el criterio de la justicia constitucional, los fundamentos sobre los que se construye la responsabilidad estatal encuentran respaldo en los artículos 2, 13, 58 y 83 de la Constitución, donde se confirman las obligaciones del Estado sobre la protección de la vida, honra y bienes de las personas, los postulados de la igualdad, la propiedad privada y los postulados de la buena fe (Corte Constitucional, 2001).

Este panorama de la responsabilidad del Estado en su consolidación como cláusula constitucional traería grandes discusiones acerca del núcleo esencial de la responsabilidad, y cómo se reescribe, desde los fundamentos constitucionales, la institución propia de la responsabilidad estatal.

4. El núcleo esencial de la responsabilidad del Estado

La responsabilidad del Estado es su visión dogmática y práctica, propone ingentes discusiones que acaparan la mayor atención de las causas litigiosas que surgen en contra de las autoridades públicas. En esos escenarios es común pensar que, desde

la óptica procesal, la responsabilidad reclamable al Estado se tramita exclusivamente a través del medio de control de reparación directa (Ley 1437 de 2011, artículo 140); contrario a ello, se observa la tendencia cada vez más creciente de tratar asuntos propios de la responsabilidad estatal en otros medios procesales, por ejemplo, constitucionales.

4.1 Reconceptualización de la responsabilidad patrimonial a la reparación integral

La reflexión anterior invita a considerar la reconceptualización de la responsabilidad desde la óptica de la obligación de responder “patrimonialmente”, según lo preceptuado por el artículo 90 superior. Si bien se ha estimado que la obligación de que el Estado responda por los daños antijurídicos que le sean imputables por su acción u omisión, o la de sus agentes, se ciñe a las finalidades eminentemente civiles o materiales otro tipo de consideraciones a este respecto, que la justicia contencioso-administrativa y la justicia constitucional han reconocido factibles.

Desde la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998, se incorporó al ordenamiento jurídico positivo el principio de reparación integral (artículo 16),

lo cual no representó, en principio, un cambio sustancial en las formas como se reparaban los daños imputables al Estado.

Ha de recordarse que, desde los inicios de la tesis de responsabilidad del Estado, se registra el conocido caso Villaveces, proferido por la Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 1922, que constituye el punto de partida de la indemnización del daño moral en Colombia; el antecedente ofrece la posibilidad de subrogación pecuniaria del daño inmaterial sufrido por el viudo León Villaveces, quien actuaba en calidad de demandante a quien se le trasladaron sin consulta previa los restos mortales de su cónyuge.

En la Sentencia, la Corte determinó que debería indemnizarle al señor Villaveces el daño moral, esto es, se hace tangible en dinero la reparación de un perjuicio que genera una afectación intangible; ello permitiría, en adelante, admitir que, aunque los daños afecten el haber extrapatrimonial de la víctima, esto no quiere decir que la reparación impida acceder a una compensación patrimonial por esa causa.

Así, la génesis del perjuicio moral también va de la mano con la indemnización por subrogación pecuniaria, donde se estudia su viabilidad, al permitir, como sostiene Domínguez (1998), que la víctima pueda procurarse alegrías y goces

con ella, que le permitan aliviar su dolor o sufrimiento; lo anterior se apoya en la consigna de la jurisprudencia francesa, en el sentido de que esta concede un precio incomparable a la vida humana (Toulemonde, 1968).

Lo expuesto sirvió de inspiración para que la subrogación pecuniaria se constituyera en la fórmula que permite indemnizar, aparte del daño moral, los perjuicios inmateriales que, a su vez, la jurisprudencia contencioso-administrativa desarrollaría, a saber: el daño a la vida de relación, la alteración a las condiciones de existencia y el perjuicio fisiológico, perjuicios que, según Ruiz Orejuela (2019, p. 59), quedaron en desuso.

Mas, recientemente, el Consejo de Estado unificaría sus criterios sobre la existencia de tres perjuicios inmateriales susceptibles de ser reparados, incluida la categoría clásica del daño moral, al crear la tipología del daño a la salud y el daño por afectación relevante a los bienes constitucional y convencionalmente amparados (Consejo de Estado, 2013).

Es precisamente la categoría del daño por afectación relevante a los bienes constitucional y convencionalmente amparados la que utilizaría el Consejo de Estado para legitimar la aplicación irrestricta del principio de reparación integral en la perspectiva del derecho

internacional y extensible a los casos en que se debate la responsabilidad del Estado.

En este contexto, desde el 14 de septiembre de 2011, el máximo tribunal de lo contencioso-administrativo reconoce, en favor de las víctimas de acciones u omisiones atribuibles al Estado, una reparación integral del daño; sin embargo, con la entrada en vigor del reconocimiento de esta tipología autónoma del daño, la jurisprudencia comienza a incorporar las medidas de reparación integral de restitución, rehabilitación, satisfacción, indemnización y garantías de no repetición.

Esto permite extender a los supuestos de la responsabilidad extrapatrimonial la condición constitucional de que la responsabilidad del Estado es de índole patrimonial; para ello, otro fundamento constitucional ganaría espacio en la conformación dogmática de la responsabilidad estatal, a través de la integración de las normas convencionales que ingresan al bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 superior.

El Consejo de Estado, al asumir el papel de juez de convencionalidad (Consejo de Estado, 2015), integra a los litigios derivados de la responsabilidad estatal los presupuestos de reparación integral, y da así alcance a

los postulados del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y al compromiso estatal del artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 63.1 del texto de esta misma Convención, que establece lo siguiente:

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En virtud de dichos fundamentos, la jurisdicción contencioso-administrativa aplica las medidas que comprenden la garantía de reparación integral, que, a su vez, deriva del diálogo jurisprudencial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que orienta la configuración del daño inmaterial, a partir de los sufrimientos y aflicciones a las víctimas, el menoscabo de valores significativos, sus alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima (CIDH, 1997).

Ahora bien, la comprensión universal del principio de reparación integral está compuesta por la *restitución*, que pretende devolver a la víctima a la situación anterior al daño; comprende, entre otras declaraciones, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración a su empleo y la devolución de sus bienes (ONU, Resolución 60/147, 2005, IX, 19). A su vez, la *rehabilitación* conlleva la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales (IX, 21).

En cuanto a la *satisfacción*, esta incluye, en la medida de su pertinencia y procedencia, disposiciones eficaces para evitar que continúen los daños: la verdad, la verificación de hechos y la develación pública de la verdad; la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima, y de las personas estrechamente vinculadas a ella; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables

de las violaciones; conmemoraciones y homenajes a las víctimas; la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas, en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico, a todos los niveles (IX, 22).

La *no repetición* garantiza un control efectivo de las autoridades sobre las Fuerzas Armadas y de seguridad; la garantía de equidad y la imparcialidad en todos los procedimientos civiles y militares; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, y de los defensores de los derechos humanos; la educación en derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y la capacitación respectiva de los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, así como de las Fuerzas Armadas y de seguridad; la promoción de los códigos de conducta y de las normas éticas; la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; la revisión y reforma de las leyes que faciliten o permitan las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho humanitario (IX, 23).

Como último elemento que conforma la reparación integral se encuentra la *indemnización*, que, fiel al fundamento clásico, provee la compensación económica sobre los daños materiales, incluida también la subrogación pecuniaria sobre las afectaciones inmateriales, que, al aplicar un criterio de proporcionalidad a la gravedad de la situación y las circunstancias de cada caso, puede reconocer económicamente el daño físico o mental, la pérdida de oportunidades (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 (IX, 20).

Teniendo en cuenta lo anterior, la reconceptualización del artículo 90 de la Constitución, en torno al mandato de responsabilidad patrimonial del Estado, se lee en la perspectiva moderna bajo el título de la reparación integral, cuyo concepto amplio abarca una serie de medidas que les permite a las víctimas de los daños antijurídicos acercarse lo más posible a una reparación integral, en búsqueda cada vez más, a través de la evolución de la jurisprudencia, de la anhelada indemnidad.

Por lo expuesto en líneas precedentes, el principio de reparación integral ten-

drá sus fundamentos y el desarrollo de su núcleo esencial en los principios constitucionales (Constitución de 1991, artículo 1), en los fines esenciales del Estado (artículo 2), en la responsabilidad de los servidores públicos (artículo 6), en el principio de igualdad (artículo 13), en el bloque de constitucionalidad (artículo 93), en los derechos fundamentales innominados (artículo 94) y en la equidad (artículo 230).

4.2 Reconceptualización del daño antijurídico y sus elementos de existencia

Otro de los elementos descritos en el artículo 90 superior es el daño antijurídico, cuya definición y alcance se revisó en acápites anteriores, pero, tal como sucede con la expresión *patrimonial*, de la cláusula constitucional de responsabilidad, el término *daño antijurídico* también ha sido redefinido y complementado, a partir de los elementos de existencia del daño antijurídico.

En primer lugar, en cuanto a la lectura contemporánea del daño antijurídico, el Consejo de Estado señala lo siguiente:

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la Ley o el derecho, que

contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique, lo cual resulta en que se produce sin derecho, al contrastar con las normas del ordenamiento, y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida, y viola así de manera directa el principio *alterum non laedere*, por cuanto resulta violatorio del ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre; por ello, la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado, y no de la acción que lo causa. (Consejo de Estado, 2019)

De acuerdo con lo expuesto, la misma jurisprudencia contencioso-administrativa, para desarrollar cabalmente el concepto de antijuridicidad del daño, apela a la fórmula de los elementos de existencia del daño, esto es, al carácter

personal y cierto del daño (Consejo de Estado, 2012a).

Con respecto al primer elemento de existencia del daño, su carácter personal alude a dos condiciones precisas, a saber: la legitimación en la causa por activa y el carácter lícito del derecho de cuya afectación se deprecia la responsabilidad (Consejo de Estado, 2018a).

En cuanto a la legitimación en la causa, el estudio de este instrumento de índole procesal por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado determina una amplia fórmula de acceso a la justicia, cuando se distinguen los 5 niveles de afectación, donde se ubican los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, afinidad, y se incorpora la figura del *damnificado*. A continuación, en la Tabla 1, se representan estos niveles de legitimación.

Tabla 1

Niveles de afectación correspondientes a la legitimación en la causa

Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
Víctima directa (cuando sea el caso [lesiones]) relaciones afectivas conyugales y paternofiliales	Relación afectiva del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del tercer grado de consanguinidad o civil	Relación afectiva del cuarto grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares –terceros damnificados

Fuente: Elaboración propia

En relación con la figura del *damnificado*, se erige, sin duda, como una garantía constitucional inspirada en el acceso formal y material a la administración de justicia (Constitución de 1991, artículo 229) de aquellos que, sin tener vínculos consanguíneos, filiales o civiles, quedan legitimados por el vínculo *afectivo* con la víctima o víctimas directas, que genera, a su vez, una afectación directa y personal con el daño que se reclama. La jurisprudencia del Consejo de Estado, al definir su alcance, considera lo siguiente:

(...) las víctimas indirectas –también llamadas *damnificados*– son todas aquellas que han sufrido perjuicios, tanto morales como materiales, derivados del daño padecido por una víctima directa con ocasión de la acción u omisión de las autoridades públicas, y que, por consiguiente, están legitimadas para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo para obtener la respectiva indemnización.

Sin embargo, el derecho a la reparación de las víctimas indirectas o de los damnificados está condicionado, entre otras cosas, a la existencia del carácter personal del perjuicio, toda vez que este sólo se reconoce en la medida en que prueben que el hecho dañino les ocasionó un perjuicio, ya sea por la especial relación afectiva o

por la dependencia económica que mantenían con la víctima directa o inicial. (Consejo de Estado, 2014)

En lo concerniente al carácter lícito del daño, la misma jurisprudencia contencioso-administrativa, citando la doctrina especializada, estima igualmente que el carácter personal del daño abarca la consideración de que el interés afectado con el perjuicio debe ser lícito y objeto de tutela jurídica. Al respecto, el Alto Tribunal sostiene:

(...) Es oportuno, entonces, anotar que el carácter personal del perjuicio se presenta en forma pura. Sólo hay que establecer que el hecho dañino causó un perjuicio a la persona que solicita la indemnización.

(...) Puesto que se parte, entonces, del supuesto de que el título con el cual se comparece al proceso es lícito, el estudio de este aspecto del perjuicio lleva a precisar la forma como operan las reglas para que se dé la identidad entre demandante y título, y se establezca, por último, el daño personal. Si dicha identidad se presenta, se puede afirmar que la víctima sufre un daño, salvo que se pruebe que su título no es legal. (Henaó, 2007)

La jurisprudencia del Consejo de Estado, con base en la doctrina especializada y en la constante casuística

desarrollada por la Sala Tercera, ha determinado que la antijuridicidad del daño debe verse manifestada a partir de los elementos de la titularidad y la licitud del derecho afectado.

Un último elemento para revisar, dentro del cambio de perspectiva de la cláusula constitucional de responsabilidad del Estado, es lo concerniente a la imputación del daño al Estado, por la acción u omisión de las autoridades públicas.

4.3 La imputación al Estado por su acción u omisión a la imputación y a los títulos que la fundamentan

Tal como sucede con las disposiciones anteriormente analizadas, la imputación del daño ha sido objeto de notables estudios por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha determinado examinarla desde su ámbito fáctico o material y jurídico. En relación con este aspecto, el Alto Tribunal considera lo siguiente:

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico y b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera de acuerdo con

los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio (simple, presunta y probada: daño especial; desequilibrio de las cargas públicas: daño anormal; riesgo excepcional). Además, resulta importante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (Consejo de Estado, 2017)

Con base en lo expuesto, existirá la imputación material apoyada en la causalidad del daño, como criterio de imputación de responsabilidad estatal. Sin embargo, este criterio no ha sido precisamente mayoritario para sustentar el deber de reparación del daño en titularidad del Estado; en lugar de ello, es la imputación jurídica la que satisface de mejor manera la exigencia del artículo 90 de la Constitución para la declaratoria de responsabilidad del Estado.

La imputación jurídica, a su vez, establecerá las condiciones sobre las cuales se le atribuirá al Estado su responsabilidad sin el concurso causal, esto es, bajo la determinación de si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad o de protección frente a bienes jurídicos específicos con respecto a ciertos riesgos, si estos eran evitables y cognoscibles, en otras palabras, si la autoridad ejerce la posi-

ción de garante. Sobre este asunto en concreto la jurisprudencia puntualiza:

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado, en la actualidad, está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente en el momento de adoptar las decisiones”. Al ser así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo cual denota, en lenguaje filosófico-jurídico, una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta. (Consejo de Estado, 2017)

Por último, la construcción del deber de reparar encontrará sustento en los denominados *títulos de imputación*, que comprenden, como se mencionó, el tradicional *título de responsabilidad subjetiva*, también denominada *falla en el servicio*, y el *título de responsabilidad objetiva* desarrollado a través de los títulos de imputación del daño especial y el riesgo excepcional.

Con respecto al título por excelencia de imputación de la falla en el servicio, el Consejo de Estado ha considerado

que se presenta en cuatro escenarios distintos, a saber: el retardo, la irregularidad, la ineficiencia y la omisión; sobre estos el Alto Tribunal explica lo siguiente:

(...) la falla del servicio o la falta en su prestación se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia de este. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente en prestar el servicio ante la ciudadanía; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, y se contrarían así las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y, obviamente, se da la omisión o ausencia de este cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (Consejo de Estado, 2006)

Como excepción al régimen expuesto, el régimen de responsabilidad objetivo se muestra como una alternativa adicional para abordar el deber de reparación, con fundamento en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas y las situaciones

de riesgos. En relación con el segundo de estos, el Consejo de Estado ha precisado cuándo se presenta:

(...) en los eventos en que se causa un daño en el desarrollo de una actividad peligrosa, no es necesario entrar a calificar la conducta de la persona demandada, sino que el menoscabo que se origina por la concreción de un riesgo debe ser reparado por quien desarrolló esa actividad, a pesar de que no hubiera incurrido en error o falla alguna y, en ese orden de ideas, por un lado, el demandante está en el deber de acreditar todos los elementos constitutivos de esta, es decir, la existencia de un daño antijurídico, la conducta riesgosa del ente demandado y el nexo causal entre esta y aquel y, por otro lado, ante la demostración de dichos componentes, el demandado solamente puede ser exonerado de responsabilidad en caso de que acredite la configuración de una causa extraña –fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusivo de la víctima– (Consejo de Estado, 2005).

Por su parte, el régimen objetivo, sustentado en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, prevé el sometimiento anormal de una persona a las condiciones generales sufridas por otras; encuentra en la

reparación del daño la posibilidad de equiparar las cargas que como consecuencia de este se vieron afectadas (Consejo de Estado, 2018b). En palabras precisas del máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, para que exista daño especial se requieren las siguientes condiciones:

(...) es necesario que se presente una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, que se identifica al comparar la posición de la víctima en relación con los demás integrantes del grupo social, por cuanto, mientras la actuación de la Administración se justifica en el beneficio general, su interés particular se ha visto excepcional y anormalmente afectado, de manera que el daño resulta grave y desproporcionado, en comparación con el resto de la comunidad (Consejo de Estado, 2012b)

El elemento identitario de estos regímenes de responsabilidad es justamente la ausencia de un elemento culposo en el comportamiento de la Administración; y pasa a evaluarse el contenido del deber de reparación, que, a su vez, encuentra fundamento en el enunciado inicial del artículo 90 superior, al indicar precisamente que el Estado “responderá” por los daños antijurídicos que le sean imputables.

Así las cosas, pese a lo inmutable que resulta en su redacción la cláusula general de responsabilidad estatal contenida en el artículo 90 superior, se observa con este breve bosquejo cómo la institución de la responsabilidad del Estado mantiene su esencia pretoriana y permite, bajo esa dinámica, la evolución, revaluación y reconceptualización constante de sus postulados para hacerla actual y acorde a las exigencias cada vez más recurrentes de justicia, frente a los eventos donde el Estado compromete su responsabilidad.

De lo expuesto se concluye como un total acierto incluir en el texto constitucional de 1991 una cláusula de tan excelsa redacción, que permite, con base en la hermenéutica sistemática constitucional, integrar los postulados principialistas, las fuentes del derecho y el catálogo axiológico constitucional a efectos de proveer con total sustento argumentativo la obligación jurídica y constitucional de que el Estado responda por los daños antijurídicos que cause, que sean insoportables para quien los padece, e imputables a quien los causa.

5. Conclusiones

- La responsabilidad del Estado, en los albores de la Constitución nacional de 1886, se construyó bajo la tesis del servicio público, erigida

inicialmente por la Corte Suprema de Justicia, y ratificada más tarde por el Consejo de Estado; agrupando, a su vez, fundamentos legales propios de la responsabilidad de los servidores públicos por los hechos punibles que causen, y la garantía de los derechos ciudadanos y las obligaciones estatales contenidos en la Constitución.

- En cuanto a la visión originalista impregnada en las discusiones dentro de la Asamblea Nacional Constituyente, sobresale el cambio del fundamento de la responsabilidad, a partir del daño antijurídico, y no a partir de la culpa, con lo cual se privilegia a la víctima sobre la verificación del comportamiento del Estado.
- Sobre la entrada en vigor de la cláusula de responsabilidad del Estado, se concluye que esta no es exclusiva de la responsabilidad extracontractual, sino que también es predicable de la responsabilidad precontractual y contractual, y que, además, el fundamento de la responsabilidad encuentra respaldo en los principios de la buena fe, la igualdad, la propiedad privada y los fines esenciales del Estado.
- Por último, el núcleo esencial de la responsabilidad del Estado se caracteriza por la aplicación del principio de reparación integral, los elementos de existencia del

daño y los títulos de imputación que sustentan jurídicamente el deber de responder del Estado.

Referencias

- Acta n. ° 23. (2013, 25 de septiembre). Consejo de Estado.
- Brewer Carías, A. y Santofimio Gamboa, J. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969, 7 a 22 de noviembre). Pacto de San José. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1997). Caso de los “Niños de la Calle”, (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, supra nota 6, párr. 84.
- Corte Suprema de Justicia. (1922). Sala de Negocios Generales.
- Corte Suprema de Justicia. (1939). Sala de Casación Civil.
- Decreto 528 de 1964. (1964, 9 de marzo). Presidencia de la República de Colombia. Diario Oficial n. ° 31.330.
- De la Cuétara, J. M. (1983). *La actividad de la Administración*. Tecnos.
- Domínguez Hidalgo, C. (1998). La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1), 27-55.
- Expediente n. ° 1482. (1976, 28 de octubre). Consejo de Estado, Sección Tercera (Jorge Valencia Arango, consejero ponente).
- Expediente n. ° 6515. (1991, 31 de octubre). Consejo de Estado, Sección Tercera.
- Expediente n. ° 8118. (1995, 8 de mayo). Consejo de Estado, Sección Tercera (Juan de Dios Montes Hernández, consejero ponente).
- Expediente n. ° 73001-23-31-000-1997-04725-01(15127). (2005). Consejo de Estado, Sección Tercera.
- Expediente n. ° 14880. (2006). Consejo de Estado, Sección Tercera.
- Expediente n. ° 05001-23-31-000-2007-00139-01[38222]. (2011). Consejo de Estado, Sección Tercera.
- Expediente n. ° 21.466. (2012a). Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso- Administrativo.
- Expediente n. ° 66001-23-31-000-1999-00824-01[22541]. (2012b). Consejo de Estado, Sección Tercera.
- Expediente n. ° 209139. (2014). Consejo de Estado, Sección Tercera.
- Expediente n. ° 17001-23-31-000-2009-00212-01(52892). (2015). Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso-Administrativo.

- Expediente n. ° 68001-23-31-000-1994-09953-01(36386). (2017). Consejo de Estado, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo.
- Expediente n. ° 25000-23-26-000-2005-00263-01[40369]. (2018a). Consejo de Estado, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo.
- Expediente n. ° 05001-23-31-000-2005-05200-01[39925]. (2018b). Consejo de Estado, Sección Tercera.
- Expediente n. ° 25000-23-26-000-2010-00171-01(47453). (2019). Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso-Administrativo.
- Gaceta Constitucional n. ° 56. (1991). Asamblea Nacional Constituyente.
- Gaceta Constitucional n. ° 112. (1991). Asamblea Nacional Constituyente.
- García de Enterría E. (1984). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Editorial Civitas.
- García de Enterría, E. (1988). *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Editorial Civitas.
- Henoa, J. C. (2007). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia.
- Ley 167 de 1941. (1941, 24 de diciembre). Congreso de Colombia. Diario Oficial n. ° 24.853.
- Ley 446 de 1998. (1998, 7 de julio). Congreso de Colombia. Diario Oficial n. ° 43.335.
- Ley 1437 de 2011. (2011, 18 de enero). Congreso de la República. Diario Oficial n. ° 47.956.
- Resolución, 60/147. (2005, 16 de diciembre). Organización de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>
- Ruiz Orejuela, W. (2017). *Responsabilidad judicial*. Ecoe.
- Ruiz Orejuela, W. (2019). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Ecoe.
- Sentencia del 22 de octubre de 1896. (1896). Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales (Carmelo Arango M., M. P.). Gaceta Judicial XI.
- Sentencia C-333. (1996, 1 de agosto). Corte Constitucional (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Sentencia C832. (2001, 8 de agosto). Corte Constitucional (Rodrigo Escobar Gil, M. P.).
- Sentencia C-644. (2011, 31 de agosto). Corte Constitucional (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).
- Toulemonde, G. (1968). *La mathématique et la valeur de la personne humaine*.