



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

# **¿DEBERÍA RESPONDER EL ESTADO EN SITUACIONES DONDE NO HA EXISTIDO UNA CONDUCTA ACTIVA U OMISIVA DE UNA AUTORIDAD PÚBLICA?**

**ELMER JAIME CARO HERNÁNDEZ**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
MAESTRÍA EN DERECHO  
PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ D.C.**

**2015**



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[\*Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features\*](#)

# **¿DEBERIA RESPONDER EL ESTADO EN SITUACIONES DONDE NO HA EXISTIDO UNA CONDUCTA ACTIVA U OMISIVA DE UNA AUTORIDAD PÚBLICA?**

**ELMER JAIME CARO HERNÁNDEZ**

Tesis o trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:  
**Magister en Derecho**

Director (a): Dr. FELIX FRANCISCO HOYOS LEMUS

Línea de Investigación: PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
MAESTRÍA EN DERECHO  
PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ D.C.**

**2015**



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[\*Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features\*](#)



**PDF**  
Complete

Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

*Si la justicia existe, tiene que ser para todos; nadie puede quedar excluido, de lo contrario ya no sería justicia.*

*Paul Auster.*



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[\*Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features\*](#)



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

## Agradecimientos

*A las fuerzas de la naturaleza, que permitieron la evolución del cuerpo y de la mente del ser humano; las mismas que hoy nos facultan para discernir sobre nuestra propia existencia, la concepción de sociedad y de justicia que merecemos y para todas aquellas personas que siempre han dado la lucha y hasta su vida por el predominio de la razón.*

*A mi madre Carmen Alicia, por los valores enseñados, quien desde la distancia siempre me animó a continuar con este trabajo.*

*A mi compañera Elizabeth, quien con su tenacidad y paciencia me acompañó en todo momento.*

*A mis hijos, Natalia, Dayana, Aldair, Elmer David y Karen Paola, quienes son el motor de mi vida.*

*A mis hermanas, Jhonis, Luz Marys y Betty por su ejemplo de vida.*

*A todos los docentes y tutores de la maestría por sus profundas enseñanzas.*

*A todas las personas que contribuyeron a que esta investigación se realizara acorde con los objetivos propuestos y permitieron que arribara a buen puerto.*

# Contenido

	<u>Pág.</u>
Resumen y abstract .....	XI
Introducción.....	1
1. Aproximación al concepto de responsabilidad civil extracontractual del Estadoí í í í í .í 5	
1.1. La responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde su perspectiva histórica..í í ..5	
1.1.1. Clases de responsabilidad civilí í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í ...í í .6	
1.1.2. Responsabilidad civil extracontractual del Estadoí í í í í í í í í í í í í í í í í .7	
1.2. La responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde su conotacion ius filosóficaí í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í 8	
1.3. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado..í í í í í í í í í í 14	
1.3.1. El hechoí í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í ..14	
1.3.2. La culpaí í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í ..14	
1.3.3. En nexo causalí í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í ...í 15	
1.3.4. El dañolí í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í 15	
1.4. El daño antijurídicoí í í í ..í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í .í í 20	
1.5. Principio de igualdad frente a las cargas públicasí í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í 23	
2. Aproximación conceptual a la noción de los principios de la equidad y la solidaridadí í .....27	
2.1 ¿Qué se puede entender por equidad?.....27	
2.2. ¿Qué se puede entender por solidaridad?.....29	

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

dentro del Estado social y democrático de derecho, su vínculo y administrativo ¿Cómo pudieron ser caracterizadas por el aspecto deontológica?	30
2.3.1. La posición de John Rawls	31
2.3.2. La perspectiva de Ronald Dworkin	32
2.3.3. El enfoque de Jürgen Habermas	33
2.3.4. Robert Alexy y la teoría de los principios como mandatos de optimización	34
2.4. El carácter deontológico o axiológico de los principios en el orden constitucional Colombiano	35
2.4.1. El carácter axiológico	35
2.4.2. El carácter deontológico	36
2.4.3. La diferencia entre el carácter axiológico y deontológico de los principios constitucionales	36
2.5. Estado Social y Democrático de Derecho	37
2.6. La equidad y la solidaridad como principios de carácter deontológico o como principios con carácter axiológico en la constitución política de 1991	39
3. Jurisprudencias del Consejo de Estado colombiano donde se acogió a la solidaridad y la equidad como títulos objetivos de imputación contra el Estado por daños antijurídicos	41
3.1. Condición valorativa previa	41
3.2. Revisión de los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia del Consejo de Estado Colombiano, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, del 03 de mayo de 2007	41
3.3. Revisión de los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia del Consejo de Estado Colombiano, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, del 18 de marzo 2010	43
3.4. De acuerdo a la congestión judicial, cuáles son los tiempos aproximados de duración de los procesos contenciosos administrativos por responsabilidad civil extracontractual del Estado, donde se tuvo como fundamento a la solidaridad y la equidad	46
4. El daño especial, sus elementos y su connotación histórica y jurídica dentro del sistema jurisprudencial colombiano	49
4.1. Adopción y origen en nuestro sistema jurisprudencial de la teoría del daño especial, como fundamento objetivo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano antes y después de la constitución política de 1991	49

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

causalidad con base en el Daño especial, cambio	í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í ..52
4.2. Diferencias entre la adopción del título objetivo y subjetivo de imputación por daños antijurídicos	í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í ..53
4.3. Posibles causas para acoger a la solidaridad y a la equidad como títulos jurídicos objetivos de imputación, dentro de la teoría del daño especial por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano	í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í ..í í .56
4.4. Aproximación conceptual a la noción de justicia material, para adoptar como título jurídico de imputación a la solidaridad y la equidad	í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í ..57
4.5. La responsabilidad civil del Estado desde la justicia distributiva	í í í í í í í í í í í ..59
4.6. Fundamento de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde la justicia correctiva	í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í í ..62
4.7. ¿Pueden o no existir diferencias entre las formas de reparación indemnizatoria o compensatoria de daños?.....	64
4.8. Límites a la compensación de daños en sede administrativa	í í í í í í í í í í í í ..66
4.9. ¿Existen en Colombia, Fondos públicos de compensación y Fondos públicos de ayuda humanitaria?.....	67
4.10. El concepto de reparación integral a las víctimas de daños antijurídicos	í í í í í í í ..72
4.11. Medidas de reparación (simbólicas y pecuniarias)	í í í í í í í í í í í í í í í ..74
5. Conclusiones.....	77
Bibliografía.....	81

## Resumen

La responsabilidad civil extracontractual del Estado desde su punto de vista *ius filosófico* obedeciendo a los fundamentos de la justicia correctiva o conmutativa no puede ser considerada como una forma compensatoria sino como una forma indemnizatoria de daños. De lo contrario se desnaturalizan los presupuestos históricos sobre los que se ha sido cimentada por la jurisprudencia para que ésta nazca a la vida jurídica y, de paso, se deja al albur de la subjetividad del juez la declaratoria de aquella sin ninguna regla objetiva que trace sus linderos. El Estado, en sede administrativa, por medio de sus instituciones, con base en la justicia distributiva y con base en los principios de la solidaridad y la equidad puede compensar integralmente los daños antijurídicos sufridos por las víctimas de situaciones dañosas en las cuales se haya roto el equilibrio frente a las cargas públicas en donde no ha existido una conducta activa u omisiva de autoridad pública, sin necesidad de que se recurra ante el juez contencioso y sólo ante esa anuencia sería llamado a responder en sede judicial.

**Palabras clave:** Responsabilidad extracontractual del Estado, justicia distributiva, justicia restaurativa, indemnización, compensación, deontológico, axiológico, principios, solidaridad.

## Abstract

The tort of State since its *jus* philosophical point of view obeying the fundamentals of corrective or commutative justice can not be regarded as a compensatory manner but as a form of compensatory damages. Otherwise historical assumptions on which it was founded by the case so that it is born to the legal life and, incidentally, is left at the mercy of the subjectivity of the judge's declaration that no objective rule trace denatured their boundaries. The State, in administrative proceedings, through its institutions, based on distributive justice and based on the principles of solidarity and equity can fully compensate for wrongful injury suffered by the victims of harmful situations in which is broken balance against public charges where there has been no act or omission of a public authority, without recourse to the dispute before the judge and would only consent called to respond in court.

**Keywords:** State tort, distributive justice, restorative justice, compensation, ethics, axiological, principles, solidarity.



**PDF Complete**

*Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

## Introducción

Este estudio discurre sobre la presunta responsabilidad civil extracontractual que podría tener el Estado, en situaciones donde se han causado daños antijurídicos sin que aquél a través de sus autoridades públicas tenga una participación activa u omisiva en la causación de los mismos; vale decir, se investiga y se tiene como objetivo principal verificar si desde la concepción filosófica ó jurídica la responsabilidad civil extracontractual del Estado, aquella, desde la perspectiva de la justicia correctiva o la justicia distributiva, está llamada hacer compensatoria o indemnizatoria de daños.

Para tal efecto, se hace un esfuerzo por establecer históricamente los presupuestos jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado y dentro de aquella la teoría del daño especial. De manera concomitante se hace una aproximación conceptual al alcance de los principios de la solidaridad y la equidad dentro del Estado social y democrático de derecho, auscultando su carácter deontológico o axiológico dentro de esta forma de organización política.

El trabajo encuentra su justificación material y ontológica en la medida en que desde el fundamento constitucional e histórico de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde el estudio del derecho comparado se vislumbran el fundamento ius filosóficos de esta forma de responsabilidad el cual no se compagina con la reciente sentencia del honorable Consejo de Estado en donde se acogió como título jurídico de imputación a la solidaridad y a la equidad, habida cuenta que esta posición obedece más a criterios de justicia distributiva o de justicia social y evidencia la falta de reglas objetivas a que está sometida la línea jurisprudencial en comento.

Al adentrarse dentro del campo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, más exactamente en la jurisprudencia que la ha desarrollado, se pudo verificar que dentro del estudio de esa concepción jurídica, la jurisprudencia no ha hecho esfuerzo alguno por delimitar las diferencias sustanciales que puedan existir entre las nociones de compensación e indemnización de daños, habida consideración de ser utilizadas dichas nociones indistintamente, como una sinonimia, siendo de cardinal importancia delimitar su alcance etiológico, etimológico y teleológico a expensas de la comprensión de dichas nociones para su correcta utilización dentro de ese ámbito jurídico, las cuales, por demás, tienen profundas diferencias, las que, sin ánimo de suficiencia se intentan demarcar.

A partir de ese presupuesto básico se concibe como propósito de la investigación evidenciar que la responsabilidad civil extracontractual del Estado tiene como sustrato la indemnización de daños antijurídicos causados por la acción u omisión de la autoridad pública y no la adopción de aquella como una forma compensatoria de daños antijurídicos que orbita bajo la égida de la absoluta discrecionalidad del juez, cimentada por la jurisprudencia sin reglas objetivas que permitan dar seguridad jurídica y confianza legítima sobre la actividad judicial que acogió este nuevo título jurídico de imputación.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

solidaridad y la equidad como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad. El título jurídico del Estado es de vital importancia tener como referentes la jurisprudencia y la doctrina del honorable Consejo de Estado colombiano, en donde se le imputó responsabilidad civil extracontractual al Estado colombiano, a través de la teoría del daño especial, sin que aquél a través de sus autoridades públicas hubiese tenido una participación directa o indirecta en la concreción de los daños antijurídicos causados a las víctimas. Este nuevo título jurídico de imputación normativa tiene como basamento los principios de la solidaridad y de la equidad como tesis de impulsión del deber reparador del Estado.

Como elementos de valía, merecen especial atención el abordaje de las distintas medidas de reparación de los daños antijurídicos que puedan estar contenidas dentro del sistema normativo colombiano tales como las simbólicas y pecuniarias a efectos de establecer su suficiencia para la reparación de daños antijurídicos a través de la compensación o indemnización de aquellos.

Al auscultar las raíces más profundas tanto de la filosofía y la historia jurídica de la responsabilidad civil extracontractual, y con ello, los conceptos de justicia correctiva y justicia distributiva, se pudo concitar, al final de la investigación, en razón a la pregunta problema donde se construyó el estado del arte, que desde la perspectiva de la justicia correctiva y desde los elementos históricos la responsabilidad civil extracontractual del Estado, que aquella está llamada hacer una forma, relación o concepción jurídica de responsabilidad civil que tiene como objetivo principal la indemnización de daños antijurídicos cuando aquellos han sido causados por la conducta activa u omisiva de autoridad pública sin que la víctima tenga el deber jurídico de soportarlo.

No obstante, desechando cualquier sesgo de dogmatismo, excepcionalmente se puede considerar que la responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde el punto de vista de la justicia distributiva devendría en compensatoria de daños antijurídicos cuando aquél en sede administrativa, bien sea por falta de la creación de fondos públicos de compensación o fondos públicos de ayuda humanitaria o por la insuficiencia misma de la medida compensatoria otorgada por la entidad pública, no cumpla con el principio de la indemnización plena e integral del perjuicio.

Ahora bien, desde el punto de vista metodológico el trabajo obedece a la forma como se aborda la temática del objeto de estudio en su orden histórico, desde sus connotaciones jurídicas y filosóficas, con sus respectivos ingredientes normativos y jurisprudenciales; es por ello que el primer tópico está dirigido a realizar una aproximación al concepto de responsabilidad civil extracontractual del Estado acentuando los presupuestos o elementos sobre los cuales se erigió esta forma de responsabilidad; en segundo lugar, nos ocupamos del principio, muy francés, de la igualdad frente a las cargas públicas con el objeto de fundamentar el deber preparatorio del Estado cuando las víctimas sufren daños antijurídicos que no tienen la obligación de soportar; así mismo, se realizará un acercamiento conceptual a la noción de los principios de la solidaridad y la equidad para luego verificar su carácter deontológico o axiológico dentro del Estado social y democrático de derecho de acuerdo a la posición ontológica de diferentes autores, esto, en relación con la responsabilidad civil extracontractual del Estado, en esta fase de la investigación reconstruye el estado del arte; seguidamente se desarrolla el marco teórico con el objeto de darle una solución a la situación precedente para lo cual se realiza un estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en donde se acogió a la solidaridad y la equidad como títulos objetivos de imputación haciendo análisis especial sobre las consideraciones que pudo tener el juez contencioso para instituir estos principios como título jurídico de imputación por daños antijurídicos, haciendo especial énfasis, de acuerdo a la congestión judicial, en los tiempos que duraron para ser resueltos en la rama judicial los procesos contenciosos administrativos por

al del Estado, donde se tuvo como fundamento a la solidaridad

En esa misma línea metodológica seguidamente se establecen las diferencias que existen entre la adopción del título objetivo y subjetivo de imputación por daños antijurídicos, para luego analizar la responsabilidad civil del Estado desde el punto de vista de la justicia distributiva y la correctiva lo que nos permitirá inferir desde sus bases, con certeza, el origen de esta forma de responsabilidad; igualmente se esgrimirán las diferencias entre las formas de reparación indemnizatoria o compensatoria de daños y sus límites en sede administrativa lo que nos permitirá preparar y delimitar los conceptos para su eficaz utilidad en este contexto y si verificará si en el sistema jurídico colombiano exigen o no fondos públicos de compensación o de ayuda humanitaria para la protección de la integridad y del patrimonio de las víctimas de daños antijurídicos; finalmente y de forma consecuente con el contenido precitado poder concluir que la solidaridad y la equidad no son títulos jurídicos de imputación por los cuales el Estado deba responder judicialmente por los daños antijurídicos no atribuibles a conducta activa u omisiva de autoridad pública, toda vez que éste puede compensar integralmente aquellos daños en sede administrativa y sólo ante su anuencia, en dicho contexto, puede excepcionalmente ser llamado a responder.

Finalmente, esta investigación procura ser un referente para los servidores públicos tanto de la rama ejecutiva, como de la rama judicial del poder público del Estado que les permita a los primeros adoptar políticas públicas compensatorias de reparación integral de daños antijurídicos en sede administrativa, que contribuya a la descongestión de la rama judicial y para los segundos como un mecanismo que les advierta sobre la necesidad de establecer reglas jurisprudenciales objetivas que contribuyan a la seguridad jurídica y a la confianza legítima en la administración de justicia.



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[\*Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features\*](#)

# 1. Aproximación al concepto de responsabilidad civil extracontractual del Estado

## 1.1. La responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde su perspectiva histórica

Con el objeto de tratar de realizar un acercamiento conceptual a lo que en la actualidad se ha denominado como responsabilidad civil extracontractual del Estado, necesariamente nos vemos abocados a establecer las bases *ius filosóficas* de la responsabilidad civil, considerada en sí misma, para luego verificar, de acuerdo a nuestro objeto de estudio, las clases de responsabilidad civil que existen y el nacimiento a la vida jurídica de esta forma moderna de responsabilidad: la responsabilidad civil extracontractual Estatal.

Teniendo como referente esa línea de trabajo, en principio, podemos verificar que en nuestro sistema normativo, el legislador colombiano acogió la responsabilidad civil de vieja data y ésta regulación está comprendida desde el artículo 2341<sup>1</sup> al 2360 del código civil de 1887. Este código comprende los derechos legales sustantivos que determinan los derechos de las personas en sus relaciones jurídicas en particular, bien sean naturales o jurídicas. Como sabido es, nuestro código civil también es conocido como el código de Bello, pues fue el insigne jurista venezolano<sup>2</sup> quien lo trasplantó de Chile a nuestro país y aquél país lo había traído del código civil napoleónico de 1804.

Refiriéndose a los inicios y orígenes de la responsabilidad civil extracontractual en nuestro sistema normativo nuestra honorable corte suprema de justicia, en su jurisprudencia ha considerado que:

En suma, la responsabilidad civil extracontractual evolucionó desde la *lex Aquilia* en Roma, gracias al influjo que recibió de la idea de justicia correctiva o conmutativa en la escolástica; del trasfondo de la responsabilidad personal en el derecho natural racionalista; y del progresivo protagonismo de la idea de libertad, hasta una fórmula de atribución de responsabilidad general y abstracta, cuyo paso definitivo fue dado por la escuela racionalista de Grocio y desembocó finalmente en el artículo 1382 del Código francés, en el que quedó consignada la expresión más célebre de esa responsabilidad

---

<sup>1</sup> Artículo 2341 del C.C. Responsabilidad extracontractual. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal, que la ley imponga por la ley o delito cometido.

<sup>2</sup> Considerado hoy en día como uno de los más importantes personajes de toda América. GALINDO, Laura. *Evolución del código civil Colombiano*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, facultad de derecho, pp. 2-3.

o hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro,  
ocurrió a repararlo<sup>3</sup>.

De lo que viene e decirse que, la responsabilidad civil extracontractual tiene su génesis en el derecho romano el cual tuvo como fundamento o inspiración *ius filosófica* la idea de justicia correctiva (diorthotikón díkaion) o conmutativa, como se le denominó posteriormente.

La responsabilidad, vista desde la perspectiva patrimonial, se puede concebir como una figura que las sociedades han aceptado como una forma de mantener la convivencia de los asociados, obligando a quien comete un perjuicio a repararlo. Esta máxima fruto del respeto a los bienes y personalidad del otro se empezara a consolidar en la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano óantes de dicha declaración, si bien el concepto de responsabilidad se aplicaba entre particulares, el mismo no era generalizado por razones de clase como en el caso de los esclavos en Roma o así lo fuera, su aplicación dependía del gobernante de turno, como en el absolutismo pues el deseo del príncipe era ley y por tanto, los derechos de los súbitos estaban sometidos a su voluntad- la cual moldea, en su artículo 4º, el concepto de libertad, precisamente sobre el poder de ñhacer todo lo que no dañe a los demás, que ha decir del profesor BOBBIO, más que una definición de libertad es una definición del concepto de delito, la cual refleja el *principium iuris del deminem ladeare* (1991: 165-166)<sup>4</sup>.

El concepto de responsabilidad contemporáneamente óy sin que medie mucha diferencia con el concepto de responsabilidad que originariamente ha inspirado estas codificaciones- se ha entendido como la obligación de asumir las consecuencias de un acto, de un hecho o de una conducta. Es un término de relación por cuanto se es responsable respecto de alguien y quien ejecute determinado hecho o conducta asume las consecuencias que se tiene previstas ante otra<sup>5</sup>.

### 1.1.1. Clases de responsabilidad civil

Existen varios tipos de responsabilidad, entre ellas se encuentra la responsabilidad moral, la responsabilidad ética general, la responsabilidad profesional, la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad fiscal, la responsabilidad social y, la responsabilidad jurídica, está, a su vez, puede ser penal y civil. Para los efectos que nos ocupan, nos interesa la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil ha sido clasificada históricamente en responsabilidad civil contractual y extracontractual. Para el caso que nos ocupa, nos referiremos a la responsabilidad civil extracontractual.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012). Magistrado Ponente: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ ó Radicación No. 76001-31-03-009-2006-00094-01.

<sup>4</sup> En: *La falla del servicio con instrumentos del servicio y en actividades ajenas al servicio*, Bogotá D.C: Universidad Santo Tomas, 2013, pp. 3-4.

<sup>5</sup> MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil y extracontractual*. Undécima edición, Bogotá D.C.: Temis, 2003, p. 1.

## ivil extracontractual del Estado

La responsabilidad civil extracontractual ha sido concebida como la obligación de indemnizarle los daños que una persona le causa a otra sin que exista entre ambas una relación jurídica concreta. Fernando Hinestrosa, la denominó responsabilidad por encuentro social ocasional, en el entendido de que la víctima y el victimario no tienen ninguna relación jurídica, y tal vez no se conozcan cuando ocurra el hecho dañoso<sup>6</sup>.

La noción propiamente dicha de responsabilidad civil, es mucho más antigua que la moderna concepción de responsabilidad civil extracontractual del Estado. La primera etapa de dicho proceso histórico, se caracteriza por la tesis de la irresponsabilidad del Estado en los resultados dañosos que sus servidores ocasionaban en actos o hechos, pues se consideraba que el concepto de soberanía no permitía declararle responsable. Luego se aceptó la tesis que si bien el Estado no era responsable, si podía serlo el servidor que actuando en su nombre ocasionaba un daño. Haciendo entonces carrera la tesis de la responsabilidad personal del agente o servidor público que excluía la del Estado como institución pública. Después de la revolución francesa se aceptó que el Estado si asumía responsabilidad civil y que por tanto, tenía obligación de indemnizar si se lesionaba el patrimonio de un particular cuando se tomaban determinaciones públicas. Una vez se aceptó que el Estado tiene obligación de indemnizar cuando sus servidores ocasionen daños, las normas que regulan esa responsabilidad debían ser distintas de las que regulan la responsabilidad entre particulares, pues las características propias de la administración exigen aplicar normas de derecho público en las que aparece claramente establecida la responsabilidad del Estado y por ello se le denominó responsabilidad administrativa<sup>7</sup>.

Para el juzgamiento de dichos casos, es decir, donde el hecho dañoso fuese imputado al Estado se instituyeron en Francia, unos tribunales especiales, debido a las traumáticas pugnas entre gobernantes y tribunales al interior de la Francia pre revolucionaria e incluso revolucionaria, lo que le otorga en consecuencia a la tradición política francesa una especial razón de fundamentación del sistema de control judicial a la administración conocida como *õde lo contencioso administrativoõ*<sup>8</sup>.

Con el advenimiento a nuestro sistema normativo de la constitución política de 1991, la cual prevé en su artículo 90 una cláusula general de responsabilidad estatal y, de manera concomitante, con el desarrollo histórico y jurisprudencial de dicho tópic, se han ido creando por esta línea pretoriana títulos jurídicos de imputación por medio de los cuales se le puede atribuir responsabilidad extracontractual al Estado Colombiano y por la cual está llamado a responder patrimonialmente, pues, en principio, la responsabilidad patrimonial del Estado se restringe a la que opera como consecuencia de las acciones u omisiones de las autoridades públicas nacionales. Es éste el primero y más sencillo entendimiento del artículo 90 constitucional<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> GARGIA VASQUEZ, Diego. *Manual de responsabilidad civil y del Estado*. Bogotá D.C.: Librería ediciones del profesional Ltda., 2009, p. 9.

<sup>7</sup> MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina, Op. Cit., pp. 615-616.

<sup>8</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, tomo III, 2004, p. 27.

<sup>9</sup>Sobre este contenido se puede consultar La sentencia de La Corte Constitucional, sentencia C-254 del veinticinco (25) de marzo de dos mil tres (2003), Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA, expediente LAT-229.

El desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, en el marco del cumplimiento de la constitución política de 1991, nuestra corte constitucional ha sido enfática en establecer que, hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. La responsabilidad estatal se concibe como una institución de origen netamente jurisprudencial, a partir de la jurisprudencia desarrollada en sus inicios por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado. Respecto al aporte de la Corte Suprema de Justicia, este inicia con la sentencia de octubre 22 de 1896, donde se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos.

Con esta decisión se evidencian las modalidades concretas: la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla en el servicio, que acogerá posteriormente la jurisdicción contencioso administrativa. A partir de la expedición de la ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica, y se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas. La jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal. Fue a instancias del constituyente de 1991 que acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo respecto del instituto resarcitorio por actuaciones de los entes públicos y consagró en el artículo 90 de la Carta Política la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas, responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual<sup>10</sup>.

De cara al anterior contexto podríamos llegar a concertar, por ahora, sin pretensión de suficiencia, que de acuerdo a estas posiciones teóricas y jurisprudenciales, que la responsabilidad civil extracontractual del Estado, es aquella que surge sin necesidad que entre el Estado y la víctima medie una relación jurídica previa a la causación del daño, en donde aquél está llamado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos a él imputables causados por el actuar activo u omisivo de sus agentes.

## **1.2. La responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde su connotación ius filosófica**

No obstante lo anterior, desde el campo de la filosofía del derecho y del derecho de daños, en la actualidad, han surgido numerosos interrogantes sobre la naturaleza filosófica - jurídica de la noción de responsabilidad civil extracontractual y, a través de sus posiciones filosóficas y jurídicas pretenden estas disciplinas, de una manera más profunda y acertada, explorar los fundamentos,

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional sentencia C- 644 del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO, expediente D-8422.

y, por consiguiente del origen y el fundamento ontológico del  
contengan estas causas.

Con relación a esta situación, es decir, a la deficiencia de posiciones que expliquen esta noción, los tratadistas, CARLOS BERNAL PULIDO y JORGE FABRA ZAMORA, consideran:

Una de las áreas en que esta insuficiencia es patente es aquella de la responsabilidad civil extracontractual. La propia definición de esta responsabilidad como obligación de reparar el daño causado, origina preguntas de talante filosófico jurídico, tales como: ¿cuál es la justificación de esta función?, reside ella exclusivamente en el concepto de justicia correctiva? o ¿O se extiende a otros conceptos tales como los de la justicia distributiva y el principio de solidaridad, o la más eficiente distribución de riesgos en la sociedad, tal como lo pregona el análisis económico del derecho?, ¿qué relación existe entre responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad moral? ¿Se trata de una relación de identidad o dependencia?<sup>11</sup>

Con el objeto de tratar de darle respuesta a dichos interrogantes y luego de discurrir por los diferentes modos de teorizar sobre la noción de responsabilidad civil extracontractual (teorías conceptuales y teorías normativas, teorías instrumentales y teorías no instrumentales, entre otras) los precitados autores, desde un punto de vista finalístico, consideran que mediante el sistema de responsabilidad civil extracontractual el Estado se busca reducir la incidencia de conductas indeseables, considerando ciertos intereses individuales como derechos y otorgando al titular de derechos el poder de protegerlos y obtener compensación si son infringidos mediante conductas indeseables señaladas como ilícitos civiles<sup>12</sup>.

De manera concomitante y con la misma intención de intentar darles respuesta a dichos interrogantes, estos autores agrupan de diferentes modos las formas de teorizar sobre la responsabilidad civil extracontractual, desde el punto de vista filosófico, ontológico, axiológico y epistemológico<sup>13</sup>. De la misma forma acuden a diferentes concepciones, entre ellas ólas que se seleccionan de forma arbitraria, por ser la que interesan a este estudio- la de justicia correctiva y distributiva.

De cara al anterior contexto, necesario tal vez resulta tratar de establecer las diferencias que pueda existir entre justicia distributiva y justicia correctiva, para luego confrontar dichos tópicos con la naturaleza y fines de la responsabilidad civil extracontractual del Estado.

Para tal propósito, el tratadista HEVIA, en su artículo sobre *justicia correctiva y derecho contractual*, considera que: òla mayor parte de los autores que discuten tales nociones comienzan

<sup>11</sup> BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. *Filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 11.

<sup>12</sup> Ibid., p. 150.

<sup>13</sup> Comenzaré con unas precisiones terminológicas, para enmarcar el debate. En primer lugar utilizaré la expresión òfilosofía de la responsabilidad extracontractualö para referirme al estudio filosófico del ésta área del derecho, mientras que, con la expresión òteoría de la responsabilidad extracontractualö que referiré a cada una de las propuestas que incluyan una concepto de responsabilidad extracontractual (una propuesta ontológica), unos valores que legitiman o informan del sistema de responsabilidad de responsabilidad (una propuesta axiológica) y un modo de acceder cognitivamente al concepto y los valores (una propuesta epistemológica. Ibid. p.39.

a a la formulación aristotélica. En el libro V de la *Ética*, se describen dos formas de justicia diferente<sup>14</sup>. En la justicia distributiva se reparte algo con el fin de que cada ciudadano reciba una porción de lo que tenga que distribuirse en función de cierto criterio de distribución seleccionado<sup>15</sup>. Por el contrario, la justicia correctiva tiene que ver con la justicia en las relaciones interpersonales. ... Para Aristóteles, la justicia distributiva se manifiesta mediante distribuciones de honor o de dinero u otras cosas que deben dividirse entre todos los que tienen algún derecho de acuerdo con la constitución<sup>16</sup>. Ahora bien, tal como explica Aristóteles, cada sociedad en particular es la encargada de decidir qué principio de justicia distributiva es consistente con su régimen político. Así, por ejemplo, las democracias favorecerán un principio que establezca que las cargas y los beneficios deben repartirse igualmente. En cambio, los regímenes aristocráticos dividirán los bienes en función de la excelencia y, en una oligarquía, el mero hecho de ser poderoso y de ser rico cuenta como una razón para recibir todavía más poder y dinero. La gente recibe un trato igualitario si la distribución de las cargas y beneficios se hace en función del criterio elegido, cualquiera sea el criterio en cuestión. Si hay desigualdad en la distribución, ello tiene que deberse a que el criterio de justicia distributiva elegido por la sociedad en cuestión así lo establece. Aristóteles llama a este tipo de igualdad igualdad geométrica. La justicia distributiva es la matemática de la división de un pastel. Una vez que las personas reciben lo que les corresponde, tienen lo suyo<sup>17</sup>.

La justicia busca la igualdad, y ésta se da no solo en cuanto a la ley; también se da en la relación entre los individuos y el Estado, así como en la relación de los individuos entre sí (Gran moral 1,31, p. 67). De esta manera, surgen la justicia distributiva (*diametikon dikáion*) o, como será llamada en la escolástica, conmutativa y retributiva. La primera regula el reparto que hace el Estado de los bienes (riquezas, honores, etc.) y de las cargas u obligaciones entre los ciudadanos; respeta una cierta jerarquía, en atención a los dotes naturales y a la dignidad por lo cual es proporcional (con proporción geométrica); atiende las necesidades y capacidades de cada quien, aplicando la prudencia; se refiere el derecho público. La segunda clase de justicia, la correctiva, regula las relaciones entre los ciudadanos, ya sean voluntarias como los contratos, o involuntarias como los agravios (hurtos, injurias etc.). Estas últimas requieren la acción punitiva del poder judicial, por lo que aquí se ve que Aristóteles toma en cuenta el derecho civil y el penal<sup>18</sup>.

Por su parte, el insigne filósofo Santo Tomás refiriéndose a la justicia correctiva y justicia distributiva sintetizaba el pensamiento aristotélico de este modo: "Aristóteles establece dos partes o clases de justicia y dice que una dirige las distribuciones y la otra las conmutaciones. Como ya se

<sup>14</sup> GARDNER, John. *The Purity and Priority of Private Law*. 46 U.T.L.J., 1996, pp. 459-468. Es importante no cometer el error de pensar que los principios aristotélicos de justicia formal son principios de justicia sustantiva como si Aristóteles tuviera una preferencia por la justicia meramente formal. El objetivo de Aristóteles era, simplemente, analizar las diferentes formas que la justicia puede adoptar (distributiva, correctiva etc.

<sup>15</sup> BENSON, Peter. *The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice*. 77 Iowa L. Rev., 1992, pp. 515-535.

<sup>16</sup> *Ética a Nicómaco*, citada en: Gordley, James. *Equality in Exchange*. 69 Cal. L. Rev., 1981, pp. 1587-1589.

<sup>17</sup> HEVIA, Martin. *Justicia correctiva y derecho contractual*. En: Revista de estudios socio jurídicos, vol. 12, núm. 1, (enero-junio, 2010), p. 35-48, ISSN (Versión impresa): 0124-0579.

<sup>18</sup> BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía*. Bogotá D.C: Universidad Santo Tomas, 2006, p.15-16.

dena a una persona privada, que respecto de la comunidad es da parte puede ser considerada en un doble aspecto: uno, en la relación de parte a parte, al que corresponde en la vida social el orden de una persona privada a otra, y este orden es dirigido por la justicia conmutativa, consistente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas. Otro es el del todo respecto de las partes, y a esta relación se asemeja el orden existente entre la comunidad y cada una de las personas individuales, este orden es dirigido por la justicia distributiva que reparte proporcionalmente los bienes comunes<sup>19</sup>.

Por manera que, la idea de justicia distributiva nace con Aristóteles, aquél que en su ética, la caracteriza como la subclase de justicia que se manifiesta en la distribución de cargas, bienes materiales o cualquier otra cosa que pueda dividirse entre los que toman parte en el sistema político. ... La concepción aristotélica de Justicia distributiva entiende que cada integrante de un sistema social determinado debe recibir cargas y bienes en la proporción adecuada a sus méritos<sup>20</sup>.

De lo cual se sigue, en términos generales, que con relación a la responsabilidad civil extracontractual tratadistas como Carlos rosenkrantz, consideran que, la justicia correctiva, es aquella que obliga a compensar los daños causados a bienes de terceros óindividualmente considerados- sin el consentimiento de los respectivos titulares<sup>21</sup>. Mientras que la justicia distributiva, es aquella que deviene como fruto de la responsabilidad por los resultados sobre aquellos que causan daños a otros<sup>22</sup>.

Como puede verse desde el punto de vista de la justicia distributiva los riesgos sociales, entendidos como cargas que deben soportar los ciudadanos, se pueden socializar entre todos los miembros del grupo o asociación sin que aquellos tengan una participación activa o omisiva dentro de la causación de los mismos, sin que se verifique una relación material causa ó efecto, pues, desde esta posición *ius filosófica*, solo es necesario que exista un grupo o asociación a efectos de que el riesgo o la carga se pueda distribuir entre todos aquellos sin que el que la recibe tenga participación alguna en el origen o causa del perjuicio, es decir, no es el agente causal del daño; sin embargo, debe responder.

<sup>19</sup> CHAFUEN, Alejandro. *Justicia distributiva en la escolástica tardía, ensayo*. Buenos Aires, p. 6.

<sup>20</sup> BALADRON, Gerardo. *Justicia distributiva*. En: Pensamiento latinoamericano y alternativo. <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=199>, p. 1.

<sup>21</sup> Al respecto sostienen: En este trabajo me ocuparé de la justicia correctiva, más precisamente de las razones que existen para obligar a compensar los daños causados a bienes de terceros sin el consentimiento de sus respectivos titulares. ROSENKRANTZ, Carlos. *Tres concepciones de justicia correctiva*. En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. *Et al*, Filosofía de la responsabilidad civil, Op. Cit., p.337.

<sup>22</sup> JUSTICIA DISTRIBUTIVA. No obstante, si la responsabilidad por los resultados respalda la visión amplia de justicia correctiva ómás amplia en el sentido de que razones distintas de la culpa podrían respaldar la obligación de compensar- debemos tener en cuenta que la justificación para imponer una responsabilidad por los resultados sobre aquellos que causan daños a otros descansa no en la justicia correctiva sino en la distributiva. HONORÉ, Anthony. La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. *Et al*, Filosofía de la responsabilidad civil, p. 136.

relación a la justicia distributiva, la responsabilidad civil del Estado en la constitución, impone un deber reparatorio -sin necesidad de que medie culpa o conducta alguna por parte de aquél en la causación del daño, en donde no es necesaria la intervención del órgano judicial- por los resultados de las conductas dañosas de los sujetos activos; responsabilidad que deriva de una noción ética sobre la cual, supuestamente, se fundan las instituciones de una comunidad y a través de las cuales se asignan los bienes y recursos públicos a sus miembros de la forma que se considera más adecuada y ecuánime.

El profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Girona, Dr. DIEGO M. PAPAYANNIS, sin asumir una posición unívoca o tomar partido acerca de alguna de las dos teorías filosóficas que explican la naturaleza filosófica de la responsabilidad civil extracontractual asumen una posición gradual o más bien ecléctica y, en principio, considera que, por una parte, la responsabilidad extracontractual tiene un carácter distributivo. Sus reglas de responsabilidad pueden ser evaluadas por sus efectos sobre la distribución de ciertos derechos y deberes que definen los términos equitativos de la interacción privada<sup>23</sup>. Estos derechos y deberes son en un sentido *primarios*, pues establecen un marco para las relaciones entre particulares, y expresan un juicio sobre los intereses de las personas en cuanto a la libertad de acción y la seguridad frente a las interferencias de otros<sup>24</sup>.

Así, desde esta perspectiva, el Estado estaría llamado a responder por los daños antijurídicos no imputables a su actuar, por estar instituidos en nuestro ordenamiento constitucional los principios que puedan orientar o establecer tal deber, p. ej., los principios de la solidaridad y la equidad, que implican que los perjuicios sufridos por los afectados por conductas antijurídicas se puedan socializar o distribuir entre todos los asociados.

A su turno, se considera que, la responsabilidad civil extracontractual del Estado, con relación a la justicia correctiva, es aquella que deviene como fruto de la indemnización o compensación ósegún el caso- de los daños causados injustificadamente como producto de las interrelaciones sociales entre los particulares, tomándose al Estado como tal dentro de dichas relaciones. Aristóteles, la relaciona de una manera más específica con situaciones en que una persona ha sufrido una ofensa de otra persona y exige, por lo tanto, una reparación<sup>25</sup>. El derecho de la responsabilidad civil está ligado a la justicia compensatoria<sup>26</sup>, lo que significa que la acción de daños se basa en la responsabilidad personal del causante de un determinado perjuicio: uno no responde por los daños que, conforme al principio de justicia compensatoria, no tiene la obligación de asumir. La justicia compensatoria, en este sentido, determina el marco normativo de la responsabilidad civil, que por ejemplo serviría para una decisión frente a la propuesta de sustituir el derecho de la responsabilidad civil mediante un modelo de reforma de un seguro colectivo<sup>27</sup>, que sería la propensión conceptual y teleológica de la justicia distributiva.

---

<sup>24</sup> PAPAYANNIS, Diego. *Filosofía y Derecho. Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: 2014, p. 187.

<sup>25</sup> HONORÉ, Anthony. Op. Cit, p. 1.

<sup>26</sup> En este caso el autor quiere significar la justicia correctiva en contraposición a la justicia distributiva.

<sup>27</sup> JANSEN, Nils. *Estructura de un derecho europeo de daños Desarrollo histórico y dogmática moderna*: Barcelona: Facultad de Derecho Universidad de Regensburg, 2005, p.11.

La responsabilidad civil extracontractual James Gordley destaca un aspecto de la justicia correctiva que resulta ser no sólo atractivo sino necesario para la justificación de un sistema de responsabilidad extracontractual. Esta teoría plantea que el autor del daño se ha beneficiado, en el sentido que aclara Tomás de Aquino de satisfacer los deseos o conseguir lo que se propone, utilizando para ello a la víctima. Pero del hecho de que una víctima haya sufrido un daño no se desprende que el causante del daño debe indemnizar a la víctima. Son dos afirmaciones analíticamente distintas. Sólo una adecuada teoría de justificación de los sistemas de responsabilidad extracontractual permite analizar estas dos afirmaciones en forma conjunta. De lo contrario, sólo podrá explicarse el sistema de responsabilidad extracontractual en términos de dos distintas políticas que causalmente están relacionadas: una que se ocupa de la conducta del autor del daño (como derecho sancionatorio), y la otra preocupada de indemnizar a las víctimas de daños (lo cual puede conseguirse mediante mecanismos distintos a la responsabilidad extracontractual, como pueden ser los subsidios estatales o seguros sociales, entre otros)<sup>28</sup>.

El mismo PAPAYANNIS, en líneas subsiguientes, al referirse sobre el fundamento ius filosófico de la responsabilidad civil extracontractual, también considera que, el aspecto más estudiado de la responsabilidad extracontractual es eminentemente *sud sanador*. Pues, según el autor, se ocupa básicamente de gestionar la reparación de los daños que nos causamos unos a otros. Para ello establece un par de derechos y deberes de compensación que se activan tras la respectiva vulneración e infracción de los derechos y deberes primarios. Por esta razón son *secundarios*. Éste aspecto rectificador está denominado por la justicia correctiva<sup>29</sup>.

Por tal motivo, se considera que, desde esta perspectiva, si el Estado no ha cometido un daño antijurídico o delito civil, no estaría llamado a responder, en estricto sentido, civil y extracontractualmente, por conductas ajenas a su actuar activo u omisivo.

Sin embargo, en la discusión moderna acerca de la responsabilidad extracontractual, diversos autores han planteado con distintos matices, la tesis de la inseparabilidad en términos generales. Algunos, como Hanoch Dagan, analizan problemas específicos del derecho de daños en virtud de principios de justicia distributiva. Otros, como Stephen Perry, se separan de la teoría de la justicia correctiva para concentrarse en las consideraciones de justicia distributiva. Stephen Perry plantea una noción de justicia distributiva localizada, en la cual las pérdidas deben ser localizadas según deriven de la agencia humana, bajo el concepto de responsabilidad por los resultados de Tony Honoré. Según esta noción, todas las acciones humanas implican una apuesta implícita. El resultado de estas distintas apuestas son constitutivas de la agencia humana, son cruciales para determinar el sentido de identidad de las personas. Cuando los resultados son buenos, el crédito redunda en la persona que realizó la acción; como contrapartida, si los resultados son malos, la persona que realizó la acción es responsable de los malos resultados<sup>30</sup>.

Por su parte, otros autores como es el caso del catedrático de derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Dr. Fernando Pantaleón, sobre estas discusión considera que tras muchos años reflexionando sobre esta materia, tiene la convicción de que la llamada crisis de la

<sup>28</sup> PINO EMHART, Alberto. *Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios*. En: Revista Chilena de derecho privado, 2013, p. 97.

<sup>29</sup> PAPAYANNIS, Diego. Op. Cit, p. 187.

<sup>30</sup> PINO EMHART, Alberto, Op. Cit, p. 105.

ha sido provocada por el empeño en hacerla cumplir funciones que son muy mal diseñada para satisfacer; y con devaluación de los instrumentos del Derecho Público que están perfectamente adaptados para desempeñar las referidas funciones: el Derecho Penal y Administrativo-Sancionador, de una parte, y el Derecho Fiscal y el Derecho de la Seguridad Social, por la otra<sup>31</sup>.

Se advierten así posiciones disimiles acerca de la naturaleza ius filosófica de la responsabilidad civil extracontractual que también difieren en cuanto al fundamento del deber reparatorio, habida cuenta que algunos autores la sitúan en el campo de la justicia distributiva en donde el Estado estaría conminado a reparar el daño antijurídico sin que por su parte a través de sus autoridades públicas medie conducta dañosa o delito civil; así, desde estas concepciones se puede relacionar como fundamento del deber reparator los principios de la solidaridad y la equidad, lo que teleológicamente destina a la responsabilidad extracontractual a ser un medio compensatorio de reparación de daños; otros consideran que son situaciones inseparables entre una y otra posición (posiciones eclécticas); mientras que otros la ubican en el campo de la justicia correctiva o conmutativa, en donde el Estado no estaría obligado a indemnizar los daños antijurídicos por no haber sido el agente generador de aquellos, finalísticamente desde estas perspectivas puede ser considerara como una acción indemnizatoria de daños.

### 1.3. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado

La temática relacionada con los elementos de la responsabilidad civil extracontractual y, especialmente, de la responsabilidad civil extracontractual del Estado no ha sido tratada de forma unívoca o pacífica por la jurisprudencia.

Así, la doctrina del derecho privado ha considerado que los elementos estructuradores de la responsabilidad civil extracontractual para efectos de imputarle responsabilidad a una persona jurídica, son (i) el hecho, (ii) la culpa, (iii) el nexo causal y, (iv) el daño.

#### 1.3.1. El hecho

Como elemento integrante de la responsabilidad civil extracontractual, es aquella situación fáctica que deviene de la conducta activa u omisiva del sujeto activo de derecho; el cual puede ser cometido en un sólo momento o en distintos tiempos o lugares. Para el caso de las personas jurídicas, como ésta no puede actuar por sí misma, el hecho dañoso puede ser causado por sus agentes.

#### 1.3.2. La culpa

Considerada en materia de responsabilidad civil por daños -causados por personas naturales- como el factor subjetivo de la conducta dañosa, y, se establece de acuerdo al artículo 63 del código civil colombiano en varios grados de culpa así: culpa grave o culpa lata, la cual por disposición de dicha preceptiva equivale al dolo, se establece también la culpa leve y la culpa levísima, referenciadas de acuerdo con la conducta que frente a los negocios pudiese observar un hombre cuidadoso o un buen padre de familia; para el caso de personas jurídicas algunos tratadistas han considerado que ésta no se presenta en aquella habida cuenta de que es un factor de carácter subjetivo propio de las personas naturales. No obstante, algunos consideran que ésta si se presenta por conducto de los

<sup>31</sup> PANTALEON, Fernando. *Presentación del òtratado de responsabilidad extracontractualö del profesor Dr. Enrique Barros B.* En: Revista de Estudios de la Justicia ó N° 8 ó Año 2006, p. II.

l efecto deben actuar en cumplimiento de sus funciones o con

### 1.3.3. El nexa causal

Se puede considerar, para efectos de la responsabilidad civil, como el *vínculo que debe darse entre el hecho y el daño*<sup>32</sup>; vale decir, el daño debe surgir, debe tener como causa, debe tener su origen en la conducta o hecho dañoso. De lo contrario se rompería el nexa causal.

De esta manera podría considerarse que el nexa causal o relación de causalidad es la constatación física, material, fenomenológica de que un hecho es causado por determinada actividad.

### 1.3.4. El daño

En sentido jurídico ha sido definido tradicionalmente como la lesión a un derecho o a un interés protegido<sup>33</sup>. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil<sup>34</sup>. La jurisprudencia actual mercedamente le ha venido otorgando al daño, dentro de la responsabilidad civil una posición preponderante ubicándolo como el primer elemento a verificarse para efectos de integrar la materia; vale decir, lo ha ubicado en el primer lugar a identificarse dentro de esos elementos, habida cuenta que sin la presencia de aquél se hace inocua la verificación de los demás elementos. Por todo ello, cabe afirmar, que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, en cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria<sup>35</sup>.

Para efectos de determinar y verificar la responsabilidad civil extracontractual del Estado, la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, que fue el primer órgano judicial que conoció de dichos procesos en Colombia -en virtud del artículo 151 de la constitución política de 1886-, posteriormente el Consejo de Estado Colombiano, quien la sucedió como órgano especial de la justicia contenciosa administrativa -de acuerdo con los contenidos normativos y expedición del decreto ley 528 de 1964-, la doctrina y el derecho público, han establecido elementos originarios para que se estructure o se radique en cabeza del Estado la obligación de indemnizar esos perjuicios a través de dicha forma de responsabilidad.

Es así como en principio, la Corte suprema de justicia colombiana, sala de negocios generales, en sentencia del 10 de diciembre de 1961, sobre los elementos que deben conjugarse para efectos de determinar la responsabilidad civil extracontractual del Estado, dijo:

<sup>32</sup> MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina, Op. Cit., p. 81.

<sup>33</sup> SERRANO ESCOBAR, Luís. *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá D.C: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2011, p. 5.

<sup>34</sup> HENAO, Juan. *El daño*. Bogotá D.C: Universidad externado de Colombia, 2007, p. 37.

<sup>35</sup> Corte suprema de justicia Colombiana, Sala de Casación civil, sentencia de cuatro (4) de abril de mil novecientos sesenta y ocho (1968). Magistrado Ponente: FERNANDO HINESTROSA G. F. CXXIV, Nos. 2297 a 2299 p. 58.

cometida tal responsabilidad, se requiere, como es bien  
siguientes factores: **un daño, un delito o culpa en una  
persona, una relación de causalidad entre el daño y el hecho de esta persona; una  
relación de dependencia entre el Estado y la persona a quien se impute el daño.**  
Faltando alguno de tales factores la responsabilidad estatal no está comprometida,  
como cuando puede aprovecharse de una circunstancia eximente<sup>36</sup>.

De esta forma, establecidos desde sus inicios, de acuerdo con la jurisprudencia precitada, los elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, los podemos enumerar así:

1. Un daño.
2. Un delito o culpa en una persona (hecho).
3. Una relación de causalidad entre el daño y el hecho.
4. Una relación de dependencia entre el Estado y la persona a quien se impute el daño.

Tal como se puede observar, dichos elementos no difieren en nada con los elementos de la responsabilidad civil extracontractual de los particulares, antes vistos, que era y es hoy el tipo de responsabilidad que ha venido conociendo el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, y el aditamento adicional, en lo tocante con La responsabilidad estatal, sería la pertenencia o dependencia del agente generador del daño al Estado, lo que resulta apenas natural, pues de otra forma no se podría vincular la responsabilidad del Estado y sería una responsabilidad particular del sujeto agente.

El Estado por ser persona jurídica causaba entonces daños de forma indirecta y se le atribuía responsabilidad subjetiva por el hecho ajeno. Esto lo pregonan autores italianos como el profesor Adriano de Cupis<sup>37</sup> y afirman: *el Estado es responsable fundado en la culpa de acuerdo con 2 supuestos.*

1. *Culpa in eligendo*, la cual se configuraba cuando el Estado elegía a sus agentes, por esta razón era llamado a responder por los daños cometidos por aquellos, por no ser dichos funcionarios los más idóneos.
2. *Culpa in vigilando*, no obstante de que pudiesen haberse elegido los más capaces, si estos causaban daños por falta de vigilancia del Estado sobre esos funcionarios, éste también era llamado a responder.

El Estado moderno nace controlado, cuando se piensa en eso se piensa en sus agentes, pues de no ser así el Estado se puede volver tirano y atentar sobremanera contra sus propios ciudadanos. Esta fue la primera respuesta de la corte suprema de justicia frente a la responsabilidad extracontractual del Estado, fundada en la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando*.

<sup>36</sup> Corte suprema de justicia, Sala de negocios generales, Sentencia de Diciembre diez (10) de mil novecientos treinta y siete (1937). Magistrado Ponente: PEDRO A. GOMEZ NARANJO. Gaceta judicial, tomo XLV Nos 1923-1938., p. 914.

<sup>37</sup> Al respecto, el insigne tratadista considera a la responsabilidad indirecta, como: La responsabilidad indirecta: noción, Carácter Excepcional ó La responsabilidad indirecta es la que recae en una persona extraña a la producción causal del daño, o sea la responsabilidad producida por una causa totalmente ajena. DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Barcelona: Bosch, 1970, p. 684.

con el período de la corte de oro, que es la corte de 1935- se a jurisprudencia y se dijo que el Estado puede responder de forma directa<sup>38</sup> y para tal efecto fundan la responsabilidad directa del Estado en el artículo 2341 del código civil Colombiano, consolidándose así dicha expresión: *responsabilidad extracontractual del artículo 2341 del c.c.* cuyo origen no es un contrato sino una conducta culposa o dolosa que causó el agente estatal.

Con la Asunción de dichas funciones jurisdiccionales en el año 1964, por parte del Consejo de Estado colombiano, se introduce la noción de la llamada falla o falta del servicio, traída de la teoría francesa de la falla del servicio público y para tal efecto se establecen como elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en la jurisprudencia los ulteriores elementos:

1. *Existencia del hecho (falla en el servicio).*
2. *Daño o perjuicio sufrido por el actor.*
3. *Relación de causalidad entre el primero y el segundo*<sup>39</sup>

Como puede apreciarse en dicha conjugación no se encuentra presente de manera expresa el elemento subjetivo de la responsabilidad (culpabilidad), pues la responsabilidad ya se consideraba como directa por parte del Estado; empero los demás elementos se establecen sin ningún tipo de variación. Sobre la falla del servicio se consideró que era *una falta o falla en el servicio o de la administración por omisión, retardo, irregularidad o ineficacia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración*<sup>40</sup>.

Ahora bien, con el reciente advenimiento a nuestro sistema normativo de la constitución política de 1991, se ha venido considerando por parte de la jurisprudencia especializada del honorable Consejo de Estado Colombiano que con la proclamación y vigencia de la Carta Política de 1991 se produjo la *constitucionalización* de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados, sin distinguir su condición, situación e interés. (í ) Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta

<sup>38</sup> Sobre la responsabilidad directa DE CUPIS, considera: En el sistema jurídico la responsabilidad directa constituye la regla general ó o sea la responsabilidad por el hecho propio. Ibid, p. 684.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sentencia del veintiocho (28) de abril de mil novecientos sesenta y siete (1967). Consejero Ponente: CARLOS PORTOCARRERO MUTIS, anales del congreso de Estado, tomo LXLL No. 413-414, p. 257 y SS.

<sup>40</sup> SERRANO ESCOBAR, Luís y TEJADA RUIZ, Claudia. *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá D.C: Ediciones doctrina y ley, 2014, p. 3.

os de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad

Encontramos entonces, en la novísima jurisprudencia del Consejo de Estado los siguientes elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado:

1. Un daño antijurídico.
2. La imputación del daño a la autoridad pública, por acción u omisión. Esta imputación exige verificar dos esferas:
  - a) El ámbito factico.
  - b) La imputación jurídica, en la que se debe determinar (i) una atribución conforme a un deber jurídico, que opera de acuerdo con los diferentes títulos de amputación.
3. Se debe, además considerar la teoría de la imputación objetiva, es decir, la responsabilidad por el resultado sin que medie ningún aspecto culpabilístico por parte del sujeto agente.

Desde esta arista se puede observar que esta posición, no incluye como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, el nexo causal o nexo de causalidad, propiamente dicho ó como históricamente se le había denominado por parte de la jurisprudencia y la doctrina-, entre el daño y la conducta del sujeto agente y, podría decirse que, este elemento sufre una diversificación o imbricación conceptual o *ius filosófica*, pues se parte al concepto de imputación desde dos ámbitos diferentes, uno factico o natural y otro jurídico o normativo.

Así, desde esta posición, para conjugarse la responsabilidad estatal, solo bastaría verificarse los elementos precedentes.

Es resaltar que los elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado difieren de acuerdo a la forma de responsabilidad que se adopte, es decir, subjetiva (con culpa) y objetiva (sin culpa o por los resultados); en esta última forma de responsabilidad si bien es cierto, no se exige y tampoco es causal eximente de responsabilidad la culpa de la autoridad pública, si se exige ó como más adelante se precisará- la relación de causalidad entre la conducta del agente estatal y el resultado dañoso.

Ahora bien, al auscultar la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana, como máximo órgano judicial de la jurisdicción constitucional, podemos observar que sobre este tópico, es decir, sobre los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ha razonado de manera sistemática<sup>42</sup>:

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-  
Fundamento/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Presupuestos  
fácticos**

<sup>41</sup> Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil once (2011), Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SATOFIMIO GAMBOA. Radicación 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976).

<sup>42</sup> Se considera sistemática, porque ha observado la misma línea conceptual. Véase p. ej. la sentencia de la corte constitucional colombiana con radicación C-892 del veintidós (22) de agosto de dos mil uno (2001), Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL. Expediente D-3404.

...nial del Estado, en nuestro sistema jurídico, encuentra la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y se **configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente**<sup>43</sup>. Resaltado fuera del texto.

Tal como puede observarse, la jurisprudencia constitucional, en una sentencia de constitucionalidad, en abstracto, con efectos *erga omnes* deja sentado, y de forma reiterada, sigue considerando a la relación de causalidad entre el daño y la conducta del agente es necesaria como un elemento configurador de dicha forma de responsabilidad para que el Estado pueda y deba ser llamado a responder patrimonialmente.

Sobre los elementos forzosos que se deben verificar para poder establecer la responsabilidad extracontractual del Estado y en especial, sobre el nexo de causalidad la doctrina nacional ha venido equilibradamente considerando que, el nexo de causalidad es un elemento indispensable, necesario y autónomo tanto del daño como del fundamento para poder determinar la responsabilidad estatal, pues, sino se verifica no tendría sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

Es sabido que para que exista responsabilidad se requiere de tres elementos absolutamente indispensables y necesarios: el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador.

El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho o la conducta generadora del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable, como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación causa - efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

Salvo lo que se dirá más adelante, la jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundado en la culpa, en la falla o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva.

El nexo de causalidad es un elemento autónomo del daño y del fundamento que no admite, ningún tipo de presunción como si lo admite la culpa o la falla. Para comprender lo antes mencionado, es necesario evitar la sinonimia entre causalidad y culpabilidad. La causalidad como elemento,

<sup>43</sup> Corte constitucional, Sentencia C- 644 del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Expediente D-8422.

va de una relación causa ó efecto, mientras que la culpabilidad  
de la omisión subjetiva de una conducta<sup>44</sup>.

Nos encontramos entonces con posiciones jurisprudenciales que coinciden para efectos de achacarle responsabilidad extracontractual al Estado, con la exigencia de elementos tales como (i) el daño antijurídico, en los demás elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado y (ii) una acción u omisión; empero no así con el nexo de causalidad.

De esta manera podemos considerar que, el nexo de causalidad entendido como la relación necesaria y material causa - efecto entre la conducta del agente dañoso y el perjuicio que genera el daño, puede considerarse que las teorías que no consideran al principio de causalidad como un elemento necesario para efectos de achacarle responsabilidad extracontractual al Estado, se encuentran matriculadas en los fundamentos ius filosóficos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado desde el punto de vista de la justicia distributiva; vale decir, aquí el Estado deberá responder en virtud de los principios de la solidaridad y la equidad por los efectos dañinos del perjuicio aún sin que su conducta sea que la produjo el resultado dañoso; mientras que, las doctrinas que consideran necesaria e imprescindible dicha relación se vinculan con los fundamentos jurídicos - filosóficos de la justicia correctiva, en donde es necesario que el Estado a través de sus autoridades públicas haya causado por activa u omisivamente la conducta dañosa.

#### 1.4. El daño antijurídico

Para poder abordar con certidumbre la temática relacionada con el daño antijurídico, consideramos que lo primero, lo primigenio y lo indispensable que se debe establecer para estos efectos es puntualizar o realizar una aproximación conceptual a la noción de daño en sentido jurídico o lato.

Así pues, el daño ha sido considerado por el tratadista Adriano de cupis como: òdaño no significa más que nacimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable<sup>45</sup>.

Por su parte el insigne tratadista y ex presidente de la corte constitucional colombiana, Juan Carlos Henao en su libro *el daño* considera que, òdaño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima<sup>46</sup>.

El daño ha sido considerado como resarcible y no resarcible, pues hay eventos en que la violación de un interés o de un derecho por sí mismo no acarrea pérdida alguna para el titular del derecho o del interés, como sucede con el ingreso no consentido a un predio ajeno para elevar una cometa. En este ejemplo es claro que hay una violación al derecho de propiedad, pero mientras esta violación no se traduzca en consecuencias perjudiciales para el propietario no cabe hablar de daño resarcible<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> PATINO, Hector. *Causales exonerativas de responsabilidad extracontractual ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado*. En: Revista de derecho privado, 2011, p. 20, 371-398.

<sup>45</sup> DE CUPIS, Op. Cit., p. 81.

<sup>46</sup> HENAO, Op. Cit., p. 84.

<sup>47</sup> SERRANO ESCOBAR, Luís y TEJADA RUIZ, Catalina. Op. Cit., p. 7.

Lo que nos interesa es el concepto de daño antijurídico; es decir, la lesión a las reglas de derecho, es decir, el daño resarcible, aquél que la persona no está llamado a soportar y que debe ser indemnizado, *cuando el perjuicio puede ser padecido por una determinada persona a causa de la inobservancia de una norma, que para obtener un resultado favorable le impone una determinada conducta; por lo que, precisamente el efecto desfavorable, ha sido querido por el derecho, a raíz de la falta de matización de tal comportamiento, o sea, de la inobservancia por él mismo, de aquella norma*<sup>48</sup>.

La teoría o noción del daño antijurídico es de origen español, desarrollada principalmente por el tratadista García de Enterría, de donde fue traída a nuestro territorio y acogida por el constituyente colombiano con la promulgación y expedición de la constitución política de 1991, en su artículo 90. Como ya se mencionó, este concepto fue desarrollado principalmente por la doctrina española y como lo anota Tomas Ramón Fernández fue producto puro y simple de la audacia de un grupo de jóvenes administrativistas que empezaban su carrera académica en el seno de la sección de administración pública del instituto de estudios políticos, a la que el gobierno de entonces encargó la elaboración de un anteproyecto de ley de expropiación forzosa. A dos de ellos los profesores Garrido Falla y González Pérez ... A un tercero que asumió como ponente del protagonismo principal en la elaboración del citado anteproyecto de ley, el profesor García de Enterría, el cual, como ya se dijo en su libro *los principios de la nueva ley de expropiación forzosa* define la lesión (la cual considera diferente al perjuicio, pues éste es un conjunto económico o material, al paso que la lesión será el perjuicio antijurídico que es un concepto jurídico) como aquél *que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione, obre él mismo con total licitud*. Y luego dice: La calificación de un principio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado.... Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto (a una administración en nuestro caso) será una lesión, un perjuicio injusto, que por la propia virtualidad de esa última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil<sup>49</sup>.

Es por ello que, la constitución política de 1991, instituyó una cláusula o regla general de responsabilidad estatal, establecida en su artículo 90, en donde el constituyente primario estableció:

**ARTICULO 90.** *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (í ).*

Esta preceptiva constitucional generó una disparidad de criterios jurisprudenciales y doctrinarios en los cuales se afirmaba por un lado que dicha preceptiva constitucional contenía el tipo de responsabilidad objetiva del Estado, siendo necesario solamente verificar para su estructuración el daño antijurídico y que éste fue imputable al Estado, para ser llamado a responder

<sup>48</sup> DE CUPIS, Op. Cit., pp.81-82.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRERÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid: Editorial Civitas. S.A. Reedición 1984. pp. 176 - 177 ó Cita tomada del trabajo *del daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado*. IRISARRI BOADA, catalina. *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Bogotá D.C. 2000, pp. 74-75. Trabajo de grado (abogado). Pontificia universidad Javeriana, faculta de ciencias jurídicas departamento de derecho público.

¿Por qué? En aquel criterio, el artículo 90 constitucional había reconocido o no la existencia de un daño objetivo pues el constituyente no había calificado como antijurídica la conducta, sino al daño, entonces lo relevante era calificar el daño (como jurídico o antijurídico) ótesis que fue recogida posteriormente- y, por el otro lado, en contravía con la anterior, se mantenía la tesis de que los títulos jurídicos de imputación (falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional, etc.), se mantenían incólumes con el advenimiento de la preceptiva constitucional, siendo necesario verificarse para efectos de que el Estado fuese llamado a responder patrimonialmente los elementos fundantes que había construido la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues la responsabilidad patrimonial del Estado funda sus bases en el concepto de daño antijurídico. La jurisprudencia constitucional ha tomado como base la del Consejo de Estado para subrayar la idea de que la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública<sup>51</sup>.

La segunda tesis jurisprudencial fue la que salió airoso de la discusión y es la que se mantiene hoy vigente en la jurisprudencia especializada del Consejo de Estado en donde, además del daño antijurídico y los títulos objetivos de imputación, se conservan incólumes los diferentes títulos jurídicos de imputación subjetivos con sus elementos configuradores para poderle achacar responsabilidad al Estado.

Así las cosas, luego de este recorrido podemos entonces colegir que, el daño antijurídico debe ser entendido como la pérdida o aminoración sufrida por una persona como consecuencia de la lesión a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de la víctima<sup>52</sup> que no está llamado a soportar. También podría decirse que se está en presencia del daño antijurídico, cuando la producción de éste NO se encuentra justificada por título jurídico válido alguno, es decir, que la administración NO está legitimada para causar dicho daño, y por ende el administrado o la persona afecta no están en la obligación de soportarlo<sup>53</sup>.

De forma concomitante al observar la redacción hecha por el constituyente primario en el contenido normativo de la cláusula de responsabilidad civil del Estado colombiano, establecida en el pluricitado artículo 90 supralegal, no podemos dejar pasar por alto que dentro de dicha redacción se puede observar y advertir clara y fácilmente, sin necesidad de intrincados mecanismos hermenéuticos, que el Estado Colombiano está llamado responder patrimonialmente por los daños

<sup>50</sup> Véase la sentencia de constitucionalidad C-333 del primero (1) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996), Magistrado ponente: Alejandro Martínez caballero, Expediente D-111.

<sup>51</sup> Corte constitucional, Sentencia C-254 del veinticinco (25) de marzo de dos mil tres (2003). Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Expediente: expediente LAT-229.

<sup>52</sup> SERRANO ESCOBAR, Luís y TEJADA RUIZ, Claudia. *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá D.C: Ediciones doctrina y ley, 2014, p. 6.

<sup>53</sup> IRISARRI BOADA, catalina. *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Op. Cit., p. 23.

es, causados por la **acción o la omisión** de las autoridades públicas, que consisten en no haber observado o no haber observado de manera diáfana, que en la hipótesis normativa de la norma en comento, que ésta exige y establece para efectos de poder declarar la responsabilidad civil extracontractual del Estado la materialización del dogma causal o relación de causalidad, habida cuenta requiere que el daño antijurídico sea *causado* por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Con lo anterior, surge inequívoco que, en efecto, de acuerdo a esta cláusula constitucional general de responsabilidad, el Estado no estaría llamado a responder y no se le podría imputar conductas ajenas al actuar activo u omisivo de una autoridad pública.

## 1.5. Principio de igualdad frente a las cargas públicas

El principio de igualdad frente a las cargas públicas no es producción constitucional, legal o doctrinaria del orden nacional, pues con algunas variaciones, fue traído de Francia por la jurisprudencia de nuestro honorable Consejo de Estado, por primera vez y bajo la denominación de daño especial, en sentencia del 29 de julio de 1947, por el litigio generado por un acto administrativo que ordenó el cierre del diario el Siglo sin que se les nombrara un sensor, como sí ocurrió con otros semanarios, ante la desestabilización del orden público reinante para la fecha debido a situaciones políticas derivadas del intento de golpe de Estado al señor presidente Alfonso López Pumarejo en la ciudad de Pasto. Esto se constituyó en una situación excepcional, pues el actuar del Estado desde todo punto de vista era legal, empero esta situación excepcional -que si bien es cierto iba encaminada a proteger el interés general y el orden público-, estaba por encima de las cargas impuestas a los demás ciudadanos y no tenían por qué soportarla los directivos y dueños del semanario, debido a ello fue condenada la nación Colombiana.

El hecho de ser ciudadano, implica a este una serie de deberes y responsabilidades para con el Estado y la sociedad. Estas cargas deben estar equilibradas, en el sentido de que los ciudadanos por igual deben soportar las mismas cargas impuestas sin ningún perjuicio. El Estado le puede imponer a un ciudadano, una carga producto de una actividad lícita y necesaria por parte del Estado, ya que resultaría injusto que ese ciudadano asumiera solo, una mayor carga<sup>54</sup>.

Este principio tiene su fundamento constitucional en el principio de igualdad formal que tienen todos los ciudadanos frente al Estado moderno, principio que, ha sido plasmado en la carta como el reconocimiento o la reivindicación que luego de luchas sociales y políticas han ganado los pueblos frente a los Estados, habida consideración de que durante toda la historia occidental los seres humanos de distintas concepciones naturales y sociales han padecido las consecuencias de la ausencia de igualdad... Colombia no ha estado ajena a dichas luchas. En la época de la colonia, los indígenas se vieron en la necesidad de pelear por dejar de ser considerados como seres sin alma. Los miembros de la raza negra debieron a su vez, luchar por la abolición de la esclavitud; al tiempo que las mujeres se vieron obligadas a luchar por la consagración de la igualdad entre los géneros<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> AGUILLÓN PORRAS, Gloria y MERCHÁN CABALLERO, Sandy. *Responsabilidad del Estado por actos terroristas: título de imputación daño especial*. Bogotá D.C.: 2012, p.15. (Tesis para optar al título de especialista en derecho administrativo). Universidad Militar Nueva granada.

<sup>55</sup> CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *El derecho a la igualdad*. Bogotá D.C: Defensoría del Pueblo. 2001, p.1.

Las luchas y reivindicaciones sociales fueron acogidas por el principio, esto, en el artículo 13 de dicha carta.

Nuestra corte constitucional, en su devenir jurisprudencial ha considerado este principio como uno de los que estructuran y sostienen la organización jurídica y política del Estado social de derecho, al respecto ha razonado:

*El deber de tributar "tiene como fundamento el principio de reciprocidad que rige las relaciones de los ciudadanos con el Estado y entre estos y la sociedad, a fin de equilibrar las cargas públicas que estructuran y sostienen la organización jurídico-política de la cual hacen parte, para armonizar y darle efectividad al Estado Social de Derecho"<sup>56</sup>*

A través del consenso constitucional los ciudadanos le conceden al Estado cierta soberanía y legitimación para implementar diferentes cargas que deben soportar los asociados, entre ellas, la más común, a manera de ejemplo, son los impuestos; estas cargas deben estar definidas en la ley, habida cuenta del sometimiento del Estado moderno al derecho; empero, como contrapartida los ciudadanos deben recibir algunos beneficios y garantías del Estado, como pueden, ser verbigracia, la seguridad, la salud, la educación, etc. Estas prerrogativas legítimas del Estado, son cargas públicas, cargas que deben guardar un equilibrio y reciprocidad de acuerdo a lo consensuado por los asociados con aquél.

Cuando el Estado actúa y lo hace de forma legítima, empero causa daños a los ciudadanos, que éstos no están llamados a soportar, se rompe el equilibrio preestablecido y nace para el ente jurídico la obligación indemnizatoria.

Nuestro Consejo de Estado sobre el principio de igualdad frente a las cargas públicas, en sentencia del 28 de octubre de 1976, sostuvo:

***Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos 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 a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado<sup>57</sup>.***

Dicha línea de pensamiento, sobre este tópico, ha sido consistente por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, habida cuenta que en vigencia de la constitución política de 1991, también sostuvo:

*La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o*

<sup>56</sup> Corte Constitucional, sentencia C-198 del catorce (14) de marzo de dos mil dos (2002). Magistrado ponente: NILSON PINILLA PINILLA. expediente D-3664.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de octubre de 1976. Magistrado Ponente: JORGE VALENCIA ARANGO. Exp. 1482. Las consideraciones expuestas en esa providencia fueron reiteradas por la Sala en sentencia del 13 de diciembre de 2005, expediente 24.671, M.P: Dr. Ariel Hernández Enríquez.

*de forma tal que sobrepasa el ocasionado a los demás; tamien to se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas. Se trata de una responsabilidad objetiva dentro de la cual demostrado el hecho, el daño, y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, eso sí, que se presenten los demás elementos tipificados de este especial régimen<sup>58</sup>.*

El principio de igualdad frente a las cargas públicas, es por antonomasia utilizado por el Consejo de Estado para efectos de fundamentar la obligación reparatoria por responsabilidad civil extracontractual del Estado por concepto del título jurídico de imputación del daño especial. Se fundamenta la teoría del daño especial en que los asociados por el simple hecho de vivir en sociedad deben soportar las cargas que implica el funcionamiento del aparato estatal cargas que son iguales para todos los administrados, (por eso se habla de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas). Pero cuando dichas cargas ya no son iguales, cuando el equilibrio se rompe y ese principio de igualdad se pierde así sea por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio y esto se logra a través de la indemnización de los perjuicios causados<sup>59</sup>.

Por manera que, puede considerarse que el principio de igualdad o del equilibrio frente a las cargas públicas es un fundamento constitucional y jurisprudencial que obliga al Estado a responder extracontractualmente cuando a pesar de realizar actividades legítimas, estas pueden causar daños a los administrados quienes no están obligados a soportarlos y, en aras de que se les garantice la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser indemnizados.

---

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991). Magistrado ponente: DANIEL SUAREZ HERNANDEZ. Radicación: 6453.

<sup>59</sup>IRISARRI BOADA, catalina. Op. Cit., p. 39.



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

## 2. Aproximación conceptual a la noción de los principios de la equidad y la solidaridad

### 2.1. ¿Qué se puede entender por equidad?

Necesario tal vez, resulta recordar que la equidad es uno de los conceptos integradores del derecho y de la justicia más antiguos; desde su origen, el concepto de equidad se ha perfilado como el impulsor de la idea de justicia que se sitúa a la vanguardia en las soluciones jurídicas frente a los problemas, llenando el vacío de la ley o amoldándolas a las nuevas circunstancias, dado su rigor formal, más o menos exagerado o atemperado según la época<sup>60</sup>.

La equidad tuvo un papel fundamental en el desarrollo del derecho Romano, que se caracterizaba por el formalismo, la oralidad y la rigidez, aplicando la igualdad aritmética en lugar de la equidad. El derecho Romano no se extendía a todos los que vivían en el imperio, creando una masa de excluidos que no podían acudir a la justicia. Sin embargo, con la invasión de Grecia por los romanos, hubo una sincretización entre las dos culturas, y con ello, además de la introducción de una ley escrita, la filosofía griega influyó en la rotura de la rigidez de la ley, a través del principio de la equidad<sup>61</sup>.

El principio de la Equidad, en sus orígenes está enmarcado conceptualmente como se concibe hoy en día: como una alternativa a otro derecho, mientras que en el romano la equidad era el instrumento con el cual el pretor corregía las limitaciones del derecho civil o *ius civile*<sup>62</sup>.

La equidad se encuentra definida por el diccionario Larousse como: **Equidad**. (latin *aequitas*). Moderación, templanza. Justicia natural, por oposición a la justicia legal. (SINON. V. Justicia. Contra. Inequidad, injusticia)<sup>63</sup>.

El tratadista venezolano Peñaranda Quintero, refiriéndose al principio de la equidad consideró que desde los primeros acontecimientos jurídicos de la humanidad, la equidad ha significado luz, e incluso de podría afirmar que esa luz de la equidad ha acompañado al hombre desde que este tuvo la posibilidad racional de hacer el bien y evitar el mal. Esta noción tiene su fundamento histórico

---

<sup>60</sup> BLASCO IBAÑEZ, Jimeno. *La equidad criterio auxiliar de la interpretación judicial*. En: Revista de derecho, Universidad del Norte, 1, 1992, pp. 62-69.

<sup>61</sup> [www.significados.info/equidad/](http://www.significados.info/equidad/)

<sup>62</sup> BLASCO IBAÑEZ, Op. cit., p. 62.

<sup>63</sup> GARCÍA, Ramón, PELAYO y GROSS. *Diccionario Larousse ilustrado*. Argentina: Ediciones Larousse, 1984, p. 414.

cuando se crea el cargo de Pretor, este magistrado ejercía las providencias sometidas a ella. Las decisiones del Pretor, contenidas en un instrumento llamado Edicto, lo que se conoce como derecho pretoriano, fundamentado en la equidad natural, y venia a corregir, a través de la jurisprudencia pretoriana, el rigor de las leyes civiles romanas<sup>64</sup>.

La equidad tiene en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y ésta era la labor del derecho pretoriano, de allí que Aristóteles en su obra *moral a Nicómaco, libro V, capítulo X*, (citado por Eduardo García Maynes, introducción al derecho, p. 49) dijera: Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una rectificación de la justicia rigurosa legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales y así en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a las cosas más ordinarias, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena; la falta no está en ella, tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por dentro en la naturaleza misma de las cosas; porque esta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas<sup>65</sup>.

La primera constitución colombiana, sancionada en el palacio de gobierno de Colombia, en Villa del Rosario de Cúcuta el 6 de octubre de 1821, por el libertador Simón Bolívar, estableció en su artículo 3°:

*Es un deber de la nación proteger, por leyes sabias y equitativas, la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad de todos los colombianos*<sup>66</sup>.

Nuestro código civil de 1887, en su artículo 32<sup>67</sup>, para efectos de la interpretación de la ley, acoge a este principio como fórmula hermenéutica, cuando en los casos que no pudiese aplicarse las reglas de la interpretación (técnicas, sistemática, por extensión) o ante pasajes oscuros de la norma, deba ésta interpretarse del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

A esta tradición jurídica del derecho occidental, y propiamente del colombiano, no es ajena la carta política de 1991, habida cuenta de que en su artículo 230<sup>68</sup>, acogió al principio de la equidad, como

<sup>64</sup> PEÑARANDA QUINTERO, Héctor. *Principio de equidad procesal*. En: *Nómadas*, revista crítica de ciencias sociales y jurídicas, 2009., p. 1.

<sup>65</sup> BLASCO IBAÑEZ, Op. cit., p. 65.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 62-69.

<sup>67</sup> Artículo 32 del C.C. Interpretación por equidad. En los casos a que no pudiesen aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretaran los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

<sup>68</sup> Art. 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

ión de justicia. Principio que ha tenido un amplio desarrollo en  
nstitucional, jurisprudencia, que más adelante se abordará.

Es así como desde sus inicios y con la promulgación y entrada en vigencia de la constitución de 1991, nuestra corte constitucional como máximo órgano judicial de la jurisdicción constitucional, sobre el principio de la equidad y su función dentro del sistema normativo como principio del derecho, consideró que nuestro ordenamiento jurídico autoriza al juez de causa para que, si en presencia del derecho positivo y una vez auscultado dichas preceptivas, este no contiene una solución al caso sub iudice, dicho funcionario puede acudir a la equidad como criterio auxiliar extrasistémico de la administración de justicia, con el objeto de darle una solución al caso en particular, pues el juez está compelido a fallar sin que pueda dejar el caso en la incertidumbre<sup>69</sup>.

Con arreglo a todo lo anterior, puede decirse que, la equidad es un criterio auxiliar de la administración de justicia que, no obstante su carácter extrasistémico, la direcciona y a la vez se impone para que ésta se aplique de la manera más correcta o justa, tanto en presencia o en ausencia del derecho positivo. Principio que se relaciona en sus contenidos y en su aplicación con el principio de la igualdad y con los principios generales del derecho.

### ¿Qué se puede entender por solidaridad?

El principio de la solidaridad ha integrado las reglas sociales y de convivencia de los destinos del ser humano, pues en los primeros inicios del hombre como ser social, dichas sociedades primitivas, en razón de actividades primordiales para efectos de garantizar su subsistencia como la caza, la pesca, la defensa y seguridad del grupo actuaban de una manera mancomunada, que podría denominarse un comportamiento solidario - aunque sin la conceptualización o comprensión que hoy nos comporta dicho temario-. De ahí, que muchos autores consideren que la solidaridad es inherente a nuestra naturaleza humana<sup>70</sup>.

De acuerdo a su raíz etimológica, la palabra solidaridad proviene del sustantivo latín *soliditas*, que expresa la realidad homogénea de algo físicamente entero, unido, compacto, cuyas partes integrantes son de igual naturaleza<sup>71</sup>.

Los comportamientos de las primeras sociedades nos muestran que de una u otra forma la solidaridad -en tensión con otros sentimientos egoístas del hombre- ha hecho parte del actuar del ser humano civilizado, pues los principios que normaban la sociedad comunista primitiva eran la solidaridad, la reciprocidad y la redistribución. La creación de condiciones sociales en las cuales la generosidad y el compartir se convierten en el fundamento de la sociedad planificada, requiere la existencia de una actitud consiente, pensada, dirigida, que sólo se materializa si existen ciertas acumulaciones "significativas" de autoridad entre algunos de los individuos del grupo social, las

<sup>69</sup> En este sentido consúltese la sentencia de la Corte constitucional, sentencia C-083 del primero (1) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995). Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DIAZ. Expediente No. D-665.

<sup>70</sup> Véase p. ej., en la publicación del artículo: La solidaridad Humana y el Gen Egoísta. En la revista Corriente Comunista internacional, dirección electrónica, <http://es.internationalism.org/node/3454>, 2012, p.1.

<sup>71</sup> GIL GONZALEZ, Francisco. El principio de solidaridad. En: Solidaridad mundi, dirección electrónica, <http://solidaridadmundi.blogspot.com/2009/07/el-principio-de-solidaridad.html>, 2009, p. 1.

una manera la transgresión a las normas de solidaridad que solidaridad no puede, pues, existir sin su opuesto<sup>72</sup>.

En nuestros días, la palabra solidaridad ha recuperado popularidad y es muy común escucharla en distintas esferas sociales. Es una palabra indudablemente positiva, que revela un interés casi universal por el bien del prójimo<sup>73</sup>.

Este comportamiento ha sido integrando o recogido en los diferentes ordenamientos jurídicos. La ciencia del derecho también se ha ocupado de dicho principio, y sobre este ha manifestado que en la ciencia del Derecho, se habla de que algo o alguien es solidario, sólo entendiendo a éste dentro de «un conjunto jurídicamente homogéneo de personas o bienes que integran un todo unitario, en el que resultan iguales las partes desde el punto de vista de la consideración civil o penal». Dentro de una persona jurídica, se entiende que sus socios son solidarios cuando todos son individualmente responsables por la totalidad de las obligaciones. Para el derecho, la solidaridad implica una relación de responsabilidad compartida, de obligación conjunta<sup>74</sup>.

Nuestra corte constitucional, en la sentencia de tutela T-658 de 2013, en razón a la noción o comprensión del contenido del principio de la solidaridad, retoma los argumentos del Juzgado Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Girardota, Antioquia, el cual había considerado con respecto a este principio que, aplicando al caso el principio de solidaridad entendido como ñla cooperación y ayuda mutua ante las necesidades, dificultades y contratiempos que se presentan en la cotidianidad del ser humano, el cual involucra también un sentimiento que impulsa a las personas a establecer ayuda mutua o un deber asistencial hacia las personas en peligro o en condiciones de indefensión, y el cual [í ] alcanza su plenitud cuando se le adhiere la virtud de la caridad, pregonada por la iglesia católica<sup>75</sup>.

Así tenemos que, la solidaridad puede ser entendida como una conducta o comportamiento del ser humano producto de su naturaleza y desarrollo como ser social e implica la ayuda espontánea que se pueden brindar los distintos individuos dentro de una comunidad o comunidades diferentes ante contingencias que ponen en peligro la integridad o subsistencia de uno o varios miembros de la misma.

## **2.2. La equidad y la solidaridad dentro del Estado social y democrático de derecho, su vínculo jurídico para el operador judicial y administrativo ¿Cómo pudieron ser caracterizadas por el constituyente, de forma axiológica o deontológica?**

La constitución política de Colombia de 1991, en su artículo primero sitúa a la solidaridad como un principio fundamental del Estado social y democrático de derecho. Desde esa perspectiva se tiene

<sup>72</sup> VARGAS ARENAS, Iradia y SANOJA OBEDIENTE, Mario. *Solidaridad, reciprocidad y egoísmo*. En: Voltairenet.org., dirección electrónica, <http://www.voltairenet.org/article142948.html>, 2009, p. 1.

<sup>73</sup> GIL GONZALEZ, Op. Cit., p. 1.

<sup>74</sup> Ibid., p. 1.

<sup>75</sup> Corte constitucional, sentencia T-658 del veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013). Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Expediente No. T-3928373.

Como la sociedad deben observar una serie de deberes para el organización política, es decir, que tanto el Estado como los particulares son responsables de proteger los derechos fundamentales e implica una cooperación y un apoyo mutuo entre las personas y los grupos sociales<sup>76</sup>.

A su turno, -y sólo para los efectos que interesan a este estudio- la carta política de 1991 acoge en su artículo 230, a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la administración de justicia dando un sentido prevalente a la ley ó entendiéndose como tal la ley y jerárquicamente superior, a la constitución política<sup>77</sup>.

Desde ya de acuerdo a la estructura del orden constitucional y la jurisprudencia se observa una dicotomía que nos arrima a una situación paradójica de doble matiz, en cuanto al carácter de principio o de criterio auxiliar de la administración de justicia de la equidad. En otras palabras, ¿o es un principio de orden constitucional o es un simple criterio auxiliar (valor) que puede ser tomado a discrecionalidad del juez contencioso administrativo? Para poder darle respuesta a estos interrogantes se hace necesario desentrañar de forma muy sucinta varios conceptos sobre el Estado social y democrático de derecho, los valores, principios y paradigmas sobre los que descansa esta forma de organización política. Una vez establecidos dichos presupuestos se debe observar la forma como en el consenso político de 1991 el constituyente acuñó dichos preceptivas y, verificar de esta manera, de acuerdo a su posible jerarquización (como valor o como principio, con carácter axiológico o deontológico) cual es el papel que cumplen dentro de las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa y su carácter vinculante o simplemente discrecional para el operador jurídico contencioso administrativo.

Después de haber establecido dichos presupuestos, de cardinal importancia resulta determinar para efectos de nuestro estudio, la forma como fueron acogidos dichos principios en la carta política de 1991, ora como principios de orden axiológico, ora con carácter deontológico.

De acuerdo anteriormente expuesto, se hace necesario establecer unos conceptos previos de estas dos perspectivas (principios con carácter deontológicos o principios con carácter axiológicos) a efectos de determinar y delinear dichas diferencias desde las perspectivas de Dworkin, Rawls, Habermas y Alexy, que nos permitan realizar unas abstracciones que nos permitan considerar sobre la forma como fueron instituidos dichos principios en nuestra constitución política de 1991.

## La posición de John Rawls

Sobre la función o el papel de los principios de la justicia Rawls consideró que el papel de los principios de justicia (como parte de una concepción política de la justicia) consiste en especificar los términos equitativos de la cooperación social (S.91). Estos principios definen los derechos y deberes básicos que deben asignar las principales instituciones políticas y sociales, regulan la división de los beneficios que surgen de la cooperación social y distribuyen las cargas necesarias para sostenerla. Puesto que en una sociedad democrática se concibe a los ciudadanos, desde el punto de vista de la concepción política, como personas libres e iguales, podemos considerar que

<sup>76</sup> Corte constitucional, sentencia T-126 del veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012). Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Expediente No. T-3.193.974.

<sup>77</sup> Sobre este contenido consúltese la sentencia de la Corte constitucional, Sentencia C-037del veintiséis (26) de enero de dos mil (2000). Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA, Expediente D-2441

democrática de la justicia especifican los términos equitativos de concebidos<sup>78</sup>.

Al interior de su posición original, Rawls había planteado las cinco características que tendrán los principios que, consensualmente, se concentraría, a saber: universales, generales, públicos, jerarquizados y definitivos. El cuarto rasgo, precisamente, plantea que los principios no pueden ser aplicados en un orden discrecional sino que tiene que serlo en el orden dispuesto por el consenso en esa posición original, es decir, como fruto del acuerdo político al interior del congreso constituyente<sup>79</sup>.

En efecto, es claro que Rawls está pensando sus principios de justicia, fruto de un procedimiento de consensualización, como el producto del consenso moral y político sobre el que debe fundarse un orden jurídico-político determinado y que, una vez establecido como tal, sufre un proceso posterior de juridización en el marco de ese Congreso Constituyente que Rawls reconoce como la segunda etapa después de la posición original. En ese sentido, los principios de justicia pueden ser interpretados como el contenido axiológico de la norma fundamental kelseniana, siendo su contenido procedimental el procedimiento de consensualización del que se derivan<sup>80</sup>.

Con base en ese escenario intuitivamente se puede establecer que este autor, desde su posición original<sup>81</sup> considera que los principios deben venir formados como obligaciones jurídicas vinculantes, en donde los jueces tendrán en sus manos la defensa de los principios, frente a las mayorías legislativas que siempre buscarán cambiarlos en su provecho o frente al ejecutivo que querrá aplicarlos de acuerdo a las necesidades del momento, pero no podrán cambiar su jerarquización<sup>82</sup>.

### 2.3.2. La perspectiva de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, en su trabajo sobre los derechos en serio desde su perspectiva llamó principio<sup>83</sup> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad<sup>84</sup>. A no dudarlo caracteriza a los principios con el objeto de

<sup>78</sup> RAWLS, John. *La justicia como equidad una reformulación*. Barcelona: Ediciones Paídos ibérica, S.A., 2002, p. 30.

<sup>79</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar. *La adjudicación Constitucional en la Teoría del derecho de JURGEN HABERMAS*. p.3.

<sup>80</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar. *La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aportías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación*. p.3.

<sup>81</sup> Aquí ya vale la pena aclarar que la posición original no es sino el consenso político que se produce al interior de un congreso constituyente. *Ibíd.*, p 3.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, pp.3-4.

<sup>83</sup> Diferenciándolo de la **directriz política**, que la consideró como un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de una comunidad. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, 1990, p. 72.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, p. 72.

ológica del derecho y de la decisión judicial<sup>85</sup> adoptada por darle forma a su teoría sobre la indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia. La teoría de los derechos de Ronald Dworkin puede entenderse como la tentativa de evitar las deficiencias de las propuestas de solución realista, positivista y hermenéutica y de, introduciendo el supuesto de derechos concebidos en términos deontológicos, explicar cómo la práctica de las decisiones judiciales puede satisfacer simultáneamente a las exigencias de la seguridad jurídica y de la aceptabilidad racional<sup>86</sup>.

Por manera que, la teoría de los derechos de Dworkin descansa en la premisa de que en la administración de justicia desempeñan un papel los puntos de vista morales porque el derecho positivo ha asimilado inevitablemente contenidos morales. Para una teoría discursiva del derecho que parte de que, a través del procedimiento democrático de producción de normas -y de las condiciones de *fairness* en la formación de compromisos- penetran también en el derecho razones morales, esta premisa no significa ninguna sorpresa". Sin embargo, ha menester de alguna explicación, porque los contenidos morales, cuando son traducidos al código jurídico, experimentan un sistemático cambio en su significado, que les viene impuesto por la forma jurídica<sup>87</sup>.

### 2.3.3. El enfoque de Jürgen Habermas

Éste autor, en línea con Dworkin<sup>88</sup>, es el que afina su construcción teórica con más claridad a efectos de determinar el carácter deontológico, jerarquización<sup>89</sup> y el peso de los principios constitucionales desde el mismo consenso político (constitución) con la finalidad de reducir la discrecionalidad del juez y así propender por unas decisiones justas para todos y no buenas para algunos y, para tal efecto afirma:

*(i).Una teoría filosófica de la justicia, que empiece hablando directamente un lenguaje normativo y que, en su tentativa de justificar los principios de una sociedad bien ordenada, opere allende las instituciones y tradiciones vigentes, habrá de plantearse el problema de cómo poner en contacto idea y realidad<sup>90</sup>.*

Para ello introduce su modelo sociológico de política deliberativa, con la finalidad de integrar la esfera comunicacional de la opinión pública, al procedimiento democrático-deliberativo de toma de decisiones de los tribunales constitucionales, entonces, los exhorta a oír las voces de aquellos que conforman la sociedad civil hegeliana (aquellas personas que encarnan las diferentes formas de

---

<sup>85</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar. *La adjudicación Constitucional en la Teoría del derecho de JURGEN HABERMAS*. Op. Cit., p.3.

<sup>86</sup> HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta Editorial S.A., 1998, p. 272.

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p. 274.

<sup>88</sup> Habermas identifica la respuesta correcta de Dworkin con la perspectiva que permite brindar decisiones judiciales justas para todos, advierte del carácter monológico del superjuez Hércules, por tanto, introduce una categoría dialógica a la decisión judicial, a través de una doctrina discursiva.

<sup>89</sup> Ésta, en línea con Rawls.

<sup>90</sup> HABERMAS, Op. Cit., p. 267.

temática en discusión), y no exclusivamente a los actores de la ubicación estratégica para conseguir determinados fines, como parte de instituciones y organizaciones que operan sistemáticamente). Con ello plantea el alter ego de los tribunales constitucionales, cuál sería la deliberación ciudadana de la esfera pública y no la democracia formal (el respeto de los procedimientos democráticos) ni la democracia directa (la voluntad de las mayorías). Al escuchar la voz de protesta de los subalternos, los débiles, los minoritarios, podría el juez constitucional adoptar una decisión justa para todos, sin caer en tiranías interpretativas del texto constitucional.

Habermas...Eleva su principio D, de un principio de argumentación moral, a un principio de consenso político-jurídico que, inmediatamente, matiza en un principio democrático que le permite moderar la aplicación del consenso, a partir de la recuperación kantiana de los tres usos de la razón pública, lo que le posibilita óa diferencia de Rawls- no solo moderar la pretensión de consenso, que Rawls no logra matizar convirtiendo toda discusión institucional prácticamente en un plebiscito moral, sino justificar normativamente, a partir de aquel, la arquitectura de los estados democráticos de derecho contemporáneos<sup>91</sup>.

Con buen criterio, J. Habermas confronta todas estas teorías por la discrecionalidad que suponen, propiciando con ello una alta indeterminación de la decisión judicial y, consecuentemente, una enorme irracionalidad de la justicia, originando con ello decisiones que no cumplen con el ideal regulativo de la decisión judicial. Introduce aquí lo que constituiría el dilema histórico e ideal-regulativo de la decisión judicial en nuestros tiempos: o el derecho defiende una perspectiva axiológica de õdecisiones buenas para algunosõ o, por el contrario, una perspectiva deontológica de õdecisiones justas para todosõ. Habermas rechaza la primera y adhiere a la segunda como la única legítima en una sociedad pluralista<sup>92</sup>. Para Habermas, por tanto, contrario, a un pensamiento postmetafísico, los derechos fundamentales interpretados como bienes jurídicos optimizables en vez de principios jurídicos deontológicos, convierten el derecho en medio de realización de patrones de vida buena<sup>93</sup>.

### 2.3.4. Robert Alexy y la teoría de los principios como mandatos de optimización

Robert Alexy para la construcción de su teoría sobre la ponderación<sup>94</sup> de los principios, establece que aquellos están horizontalmente ubicados -a diferencia de J. Habermas que sugiere una jerarquización y establecer su peso específico desde el consenso políticoó y los cataloga como mandatos de optimización, es decir, como õnormas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posibleõ; es decir, lo que determina el grado en que en un caso un principio pueda

<sup>91</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar. *La adjudicación Constitucional en la Teoría del derecho de JURGEN HABERMAS*. Op. Cit., p. 11.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, p.11.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p.13.

<sup>94</sup> La ponderación define un procedimiento que pretende garantizar la realización más amplia posible, jurídica y fáctica, de los principios. *Ibíd.*, p. 9.

cticos, la colisión con otros principios o reglas<sup>95</sup>. Según Alexy, la satisfacción de un principio tanto mayor es la satisfacción del otro que lo confronta. En la necesaria justificación que tiene que hacerse, el modelo de ponderación vincula la ley de ponderación a la teoría de la argumentación jurídica racional<sup>96</sup>.

Desde esa configuración, Alexy, con la ponderación de principios propicia una alta discrecionalidad del juez en la medida en que, al escoger un principio frente a otro en orden a optimizar su aplicación para la solución de un caso concreto, el momento de selección que excluye a uno y asume el otro, primero, no puede ser acompañado racionalmente en la medida en que, pese a las subreglas de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, constituye un criterio profundamente subjetivo y arbitrario del juez y, segundo, introduce con ello patrones axiológicos particulares que ambientan una decisión buena para quienes compartan tal abanico de valores pero no justa para quienes no lo hacen<sup>97</sup>.

## 2.4. El carácter deontológico o axiológico de los principios en el orden constitucional Colombiano

Como se anotó en precedencia, resulta imprescindible auscultar la forma como el constituyente de 1991 estableció o acogió los principios bajo estudio, con el objeto de realizar un acercamiento al carácter que les pudo haber impreso en la carta política y, a partir de esta delimitación conceptual, pasaremos a mirar su aplicación desde el punto de vista de las decisiones de la jurisdicción contenciosa administrativa; empero para poder acercarnos a dichas nociones de manera muy concisa se establecerán las diferencias y efectos entre los conceptos de axiología y deontología jurídica, para luego auscultar las posiciones al respecto de los principios asumidas por tratadistas como Dworkin, Rawls, Habermas y Alexy.

### 2.4.1. El carácter axiológico

La axiología es una disciplina filosófica que se encarga de la reflexión en torno de los valores. La axiología jurídica trata de valores jurídicos, es decir, tiene en cuenta cuáles son los valores que harán correcto un modelo de derecho o que primarán a la hora de elaborar o aplicar el derecho. La axiología jurídica estudia los valores a cuya realización debe aspirar el orden jurídico positivo<sup>98</sup>.

Los operadores jurídicos o administradores de justicia como los jueces, magistrados, fiscales, entre otros, son las personas llamadas de acuerdo a su oficio a la aplicación material de la axiología jurídica; esto, cuando dictan sus sentencias o fallos; y los abogados en su ejercicio profesional la pueden hacer preponderar mediante sus escritos o memoriales.

<sup>95</sup> GARCÍA AMADO, Juan. *Robert Alexy sobre reglas y principios en el Derecho. Algunas críticas*. En: *Dura lex-Política, derecho, sociedad y algo de otras cosas*, Edición del 8 de marzo de 2010, p. 1., dirección electrónica: <http://garciamado.blogspot.com/2010/03/robert-alexey-sobre-reglas-y-principios.html>.

<sup>96</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar. *La adjudicación Constitucional en la Teoría del derecho de JURGEN HABERMAS*. Op. Cit., p. 9.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, p.13.

<sup>98</sup> ROJAS GONZALEZ, Germán. *Filosofía del Derecho*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.1981, p. 104.

poner al juez el deber de dictar una sentencia que contemple la  
dad, el poder y la paz y especialmente la justicia como valor  
jurídico principal<sup>99</sup>.

### 2.4.2. El carácter deontológico

La deontología, etimológicamente hablando es el tratado o ciencia del deber, es aquella parte de la ética que se aplica a la actuación y comportamiento de determinadas profesiones<sup>100</sup>.

La deontología jurídica es una disciplina filosófica - jurídica (porque su aplicación es generalmente en estos dos campos) que se encarga de estudiar las formas alternas de pensamiento y de normación<sup>101</sup>. No hay que confundirla con la ética que se encarga de la reflexión en torno de las normas (morales) que propenden al bien; ni confundirla con el derecho que se encarga de las normas jurídicas que propenden al bien. Se trata de algo más sutil: de lo que hay en las normas que, establecidas como derechos u obligaciones, pero que no son ni los unos ni los otros; por ejemplo, un gag deontológico en derecho es "Los que no está prohibido, está permitido" (no hay norma alguna que lo establezca. Otro ejemplo: más allá de las lógicas simbólicas, dialéctica, filosófica, etc., hay una lógica modal y esta lógica modal es deontológica<sup>102</sup>.

### 2.4.3. La diferencia entre el carácter axiológico y deontológico de los principios constitucionales

A partir de la delimitación conceptual previa que nos ofrecen los autores precitados y las nociones sobre el objeto de estudio de la axiología y la deontología, se podría llegar a concluir que (i) un principio tiene el carácter axiológico, dentro de un sistema normativo, especialmente desde la constitución, cuando reviste el carácter de una aspiración constitucional, podríamos decir que casi se transfunde con un valor y, sobre todo, se distingue, que su vinculatoriedad para el operador jurídico, dentro de sus decisiones, es discrecional; es decir, no es vinculante como deber u obligación jurídica; mientras que, (ii) el principio tiene el carácter de deontológico cuando desde el consenso constitucional se le establece como un estándar aparte<sup>103</sup> ósin que necesariamente tenga un contenido o carácter de norma<sup>104</sup>, pues los principios son de textura abierta- como un deber u

<sup>99</sup> <http://www.monografias.com/trabajos14/hanskelsen/hanskelsen.shtml>

<sup>100</sup> ROJAS, Víctor Manuel. *La enseñanza del derecho en la universidad iberoamericana*. México D.F.: Universidad Iberoamericana A, C., 2002, p. 422.

<sup>101</sup> Creación de la norma.

<sup>102</sup> En: <https://espanol.answers.yahoo.com/question/index?qid=20100212054049AAzRN8h>

<sup>103</sup> DOWRKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 1990. p. 80.

<sup>104</sup> La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de orientación que dan. Las normas son aplicables a manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aportan nada a la discusión. *Ibidem*. pp. 74-75.

discrecionalidad del operador judicial, se reduce al máximo y su tomar sus decisiones.

No puede inobservarse que, el derecho constitucional requiere en gran medida de interpretación, y eso significa que la interpretación debe trascender el sentido fijado en el texto<sup>106</sup>; pero reconociendo, como dirán Rawls y Dworkin, que la última palabra en un sistema jurídico no la tienen los profesores de filosofía y la teoría del derecho, ni los académicos en general, sino los jueces en sus decisiones judiciales<sup>107</sup>. Desde ese punto de vista y para los efectos de este trabajo, consideramos que, cuando decimos que un determinado principio, es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio ó vinculante- que determine a inclinarse en uno u otro sentido<sup>108</sup>, sin que necesariamente tenga la textura de una norma, pues, los principios tienen una dimensión que faltan en las normas: la dimensión del peso e importancia. Cuando los principios se interfieren... Quien debe resolver el conflicto debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En eso no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia<sup>109</sup>.

## 2.5. Estado Social y Democrático de Derecho

Es menester recordar que desde la teoría del discurso<sup>110</sup>, el Estado Social y democrático de derecho es una forma de Estado constitucional que a diferencia del Estado liberal (o Estado de derecho, en donde se atiende sólo el aspecto formal del principio de igualdad) acuña dentro del orden constitucional unos derechos de carácter social (derechos sociales, económicos y culturales de la población) y garantías por parte del Estado fortalecer sus posibilidades para el cumplimiento de los deberes sociales a su cargo. Por manera que, desde esa perspectiva le corresponde como fines al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales, concretas y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la

<sup>105</sup> Porque las normas y principios, en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una obligatoriedad general y no una preferibilidad particular o especial, poseen una fuerza justificadora mayor que los valores; los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. HABERMAS, Jürgen. Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia., p. 332. Cita primigenia por Oscar Mejía Quintana. La adjudicación Constitucional en la Teoría del derecho de JURGEN HABERMAS. p.14.

<sup>106</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la Sociedad.*: México D.F.: Universidad Iberoamérica. 2005, p.152.

<sup>107</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar. *La adjudicación Constitucional en la Teoría del derecho de JURGEN HABERMAS.* Op. Cit., p.3.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, p. 77.

<sup>109</sup> *Ibíd.*, pp. 77-78.

<sup>110</sup> El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del derecho. La teoría discursiva del derecho conduce, como se ha expuesto, a la necesidad de institucionalización de un sistema jurídico. Esto implica la autoridad del derecho positivo. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos.* Bogotá D.C: Universidad externado de Colombia. 1995, pp. 52-59.

la vida política, económica, social y cultural de la nación<sup>111</sup>. Por otra parte, la teoría de la acción comunitaria considera que, el Estado social y democrático de derecho puede entenderse como la constitucionalización de una relación de poder social anclada en la estructura de clases<sup>112</sup>.

A diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional<sup>113</sup>.

Desde el modelo del Estado social y democrático de derecho adoptado por la constitución de 1991, Podría decirse que la nueva constitución colombiana opta por un liberalismo social que avanza sobre la imperfecta democracia liberal y sitúa el acento en los derechos individuales y colectivos. La carta de 1991 se aleja teóricamente de las corrientes libertarias y de su exposición neoliberal, asumiendo los derechos de carácter positivo ó hablar de derechos positivos es hablar de derechos cuya realización requiere la activa participación del Estado-. Así pues, el proyecto de Estado social, es una fórmula de acuerdo entre la realidad social anhelante de justicia e igualdad material y el Estado de derecho<sup>114</sup>.

Si ello es así, los principios en su estructura, peso y jerarquización, dentro de esta forma de organización política, no son ajenos a la ideología que los sustenta, vale decir, de acuerdo al proyecto de sociedad que regula el consenso político que contiene la carta, desde esa misma arista ideológica se organizan los principios constitucionales<sup>115</sup>, ya que, el derecho produce las reglas para la interacción de los actores económicos y protege sus intereses, ya sea que el origen de estas reglas, sea público o privado<sup>116</sup>. Los cuales también pueden ser estructurados con la idea básica de Laclau/Mouffe de que la democracia se basa en la traducción de antagonismo en agonismo<sup>117</sup>: Un

<sup>111</sup> En este sentido la corte constitucional, en sentencia T-426 del veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). Magistrado ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Expediente: T-824, consideró: El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección.

<sup>112</sup> HABERMAS, Op. Cit., p. 510.

<sup>113</sup> Corte Constitucional sentencia C- 1064 del diez (10) de octubre de dos mil uno (2001), Magistrado Ponente: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, expediente D-3449.

<sup>114</sup> MOTTA, Cristina. *Ética y conflicto- Lecturas para una transición democrática*. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes. 1995, pp. 220-221.

<sup>115</sup> Hegel precisa que el objetivo de la *filosofía del derecho* no es mostrar lo que debe ser el Estado, sino como debe reconocer al individuo el Estado. Palmier. Filosofía del derecho. P. 85.

<sup>116</sup> En: Revista de teoría del derecho y análisis jurídico - Pensamiento jurídico No. 1., Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 1994, p.10.

<sup>117</sup> Slavoj Zizek. Más allá de la democracia, la impostura liberal-. p. 173.

que el oponente no es visto/a como un enemigo que debe ser  
cuya existencia es legítima y debe ser tolerada. Pelearemos  
contra sus ideas, pero no cuestionaremos su derecho a defenderlos. Esta categoría de adversario no  
elimina el antagonismo, sin embargo. Y hay que distinguirla de la noción liberal de competidor,  
con la que a veces se la identifica. Un adversario es un enemigo legítimo, un enemigo con el cual  
tengo en común una adhesión compartida a los principios ético- políticos de la democracia. Pero  
nuestro desacuerdo sobre su significado e implementación no puede resolverse a través de un  
acuerdo radical, de allí el elemento antagonista en la relación. Llegar a aceptar la posición del  
adversario es experimentar un cambio radical en la identidad política. Desde luego, los  
compromisos son posibles; son parte del proceso de la política. Pero deben considerarse  
aplazamientos temporarios en una confrontación continua<sup>118</sup>.

## 2.6. La equidad y la solidaridad como principios de carácter deontológico o como principios con carácter axiológico en la constitución política de 1991

Tal como se anotó, la constitución política de 1991, en su artículo primero sitúa a la solidaridad  
como un principio fundamental óentre otros- sobre el cual se erige, cimenta y sostiene el Estado  
social y democrático de derecho. Ello implica, a nuestro modo de ver, la estructura básica adoptada  
por nuestro consenso político o desde la posición original, que, este principio, fue situado por el  
constituyente primario -por el soberano-, como un principio basilar, como un principio que sirve de  
pilar a todo el andamiaje sobre el que se sostiene dicha forma de organización política. De suyo, y  
de acuerdo al carácter consecuente de su estructura preceptiva, esto nos conlleva a inferir  
razonablemente que, de acuerdo a las teorías de Rawls, Dworkin y Habermas, que este es un  
principio que tendría una jerarquía y un peso superior, a la hora de balancearlo<sup>119</sup> óno de  
ponderarlo, como lo establece Alexy- con respecto a los demás principios constitucionales. Así  
mismo, por su fuerza y contenido lo podríamos clasificar, a no dudarlo, como un principio con  
carácter deontológico, habida cuenta del carácter de deber u obligación jurídica que contiene en el  
sentido de acatar su contenido para efectivizar la plataforma jurídica sobre la que se levanta el  
Estado social y democrático de derecho. Si ello es así, los operadores jurídicos óconstitucionales  
y/o contenciosos administrativos- deben, a la hora de decidir un conflicto, bien entre principios o  
bien de carácter litigioso, optar con criterio de autoridad óu obligatoriedad, si se quiere- por darle  
el peso y el alcance que la constitución le otorgó; vale decir, la discrecionalidad para el operador  
judicial a la hora aplicarlo se reduce al máximo y debe acogerlo en virtud de su mayor peso y  
jerarquía.

Lo anterior no deviene como una abstracción insular o sesgada. Obsérvese que si lo articulamos ó  
el primer artículo de la constitución- con el artículo segundo de la misma carta política, nos  
encontramos que, dentro de las fines esenciales del Estado, está establecido óentre otros- el de  
garantizar la efectividad los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución. Por  
manera que, se garantizaría la efectividad de los principios, es decir, su correcta materialización,

<sup>118</sup> Chantal Mouffe, "Religion, Liberal Democracy and Citizenship", - en ASCA Report 2001, Amsterdam, Asca Press, 2002, p.110. Citado originalmente por Slavoj Zizek. Más allá de la democracia, la impostura liberal p.173.

<sup>119</sup> Como lo establece Dworkin.

En el consenso político los instituyó desde la posición original, guía que contiene en la estructura constitucional.

El tratadista Gonzalo Aguilar Cavallo, en su análisis a un fallo del tribunal constitucional español, sobre el carácter del principio de la solidaridad dentro ese sistema jurídico, consideró que:

En este contexto el principio de solidaridad forma parte integrante del ordenamiento jurídico de los derechos humanos y como tal, es un componente más del orden público objetivo, que cubre con su manto, la totalidad del derecho, tanto en su ámbito estatal como en su ámbito extraestatal y supraestatal. En el caso de la ley de isapres, la solidaridad humana como principio rector del orden de los derechos de los derechos fundamentales se vio proyectada en el ámbito de los DESC, particularmente, en el caso del derecho a la salud<sup>120</sup>.

En ese orden de ideas podría considerarse que, el principio de la solidaridad es el constructo fundamental, que por su peso, fuerza y jerarquía constitucional, se puede aplicar directamente óno como un criterio auxiliar - para lograr los fines esenciales del derecho. Y, si a través de él, se llega a la justicia material, bienvenida sea la intención óporque no decir obligación- del juez, empero, ello no le puede restar el carácter prevalente de su contenido deontológico dentro del armazón de la constitución política de 1991, el cual, aplicado formalmente en las condiciones dispuestas por el consenso político nos debe llevar a decisiones justas para todos y no buenas para algunos dependiendo del criterio del juez, toda vez que al aplicarse con ese matiz ódeontológico- se reduce la discrecionalidad del juez y le impone que sus decisiones, por regla general, y no por excepción, previamente consulten sus contenidos.

Ahora bien, en lo tocante con el principio de la equidad, este fue concebido por el constituyente en el artículo 230 de la constitución política de 1991, como un criterio ðauxiliarð de la administración de justicia ¿podría entenderse o transfundirse fácilmente, de acuerdo a esa jerarquización casi como un valor o como una directriz política? De acuerdo a ello, surge inequívoco que, en efecto, podríamos decir que este fue caracterizado, desde la posición original, como un principio con carácter axiológico óa diferencia del principio de solidaridad-, en ese sentido al momento de valorar y aplicar su contenido la discrecionalidad del operador judicial es bastante amplio.

---

<sup>120</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Principio de solidaridad y derecho privado: comentario a una sentencia del tribunal constitucional*. En: *Revista Ius Et Práxis*, 2, pp. 593-610.

### **3. Jurisprudencias del Consejo de Estado colombiano donde se acogió a la solidaridad y la equidad como títulos objetivos de imputación contra el Estado por daños antijurídicos**

#### **3.1. Condición valorativa previa**

El Consejo de Estado Colombiano, sección tercera, ha amparado la indemnización de derechos que han sido causados por daños antijurídicos sufridos por personas en donde se ha tenido como título jurídico de imputación el daño especial, con fundamento en los principio de la solidaridad y la equidad. En estos procesos claramente se puede observar que no ha mediado por parte del Estado conductas activas u omisivas que pudiesen comprometer, en principio, su responsabilidad civil extracontractual por los daños a él imputados; vale decir, no existió desde el punto de vista de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado y más específicamente del título jurídico de imputación del daño especial, una relación de causalidad, entre el daño y la actividad lícita de la administración que derivara en un compromiso indemnizatorio; e intuitivamente, se puede inferir que dichas providencias se corresponden con criterios o fundamentos de responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde el punto de vista de la justicia distributiva.

El primer fallo de este tipo, es decir el fallo hito, emerge con la sentencia del Consejo de Estado Colombiano, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, del 03 de mayo de 2007, con radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696). Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

El segundo deviene con la providencia del Consejo de Estado Colombiano, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, del 18 de marzo 2010, con radicación número: 05001-23-24-000-1994-02606-01(15591). Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

#### **3.2. Revisión de los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia del Consejo de Estado Colombiano, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, del 03 de mayo de 2007**

Luego de discurrir por los contenidos fácticos y jurídicos de la sentencia, se puede observar que este proceso registra como antecedente los daños sufridos por la niña Angélica María Osorio Ramírez, en el año de 1989 con ocasión de un enfrentamiento en las periferias de la ciudad de Medellín, entre integrantes de la Policía Nacional y sujetos armados al margen de la ley,

violación al interior de su residencia lo que causó graves lesiones

De acuerdo a la sentencia, la granada de fragmentación posiblemente fue lanzada por los delincuentes, vale decir, el daño no fue el resultado de la conducta activo u omisiva del Estado; así las cosas, no existe un nexo de causalidad entre la actividad lícita de la administración pública y el daño irrogado a la menor, vale decir, se instituye dentro del sistema jurisprudencial colombiano una nueva forma de responsabilidad, la responsabilidad civil extracontractual del Estado sin causalidad; en donde a la entidad demandada, se le niega la prosperidad de la causal eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero<sup>121</sup> y, a contrario sensu, se le imputa responsabilidad basándose en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño fundamentando el juez la sentencia y atribuyéndole al Estado responsabilidad y deber reparatorio con base en los principios de la solidaridad y de equidad. Esta es, la sentencia hito por medio de la cual se adopta este nuevo título jurídico de imputación al Estado.

Así, desde esta perspectiva, al Estado colombiano perfectamente se le puede realizar una imputación normativa, para que responda desde el punto de vista de la responsabilidad civil extracontractual, aún y sin que existiese ningún vínculo o nexo causal o material entre su actuar activo u omisivo, partiendo desde una imputación normativa<sup>122</sup> teniendo como título jurídico de atribución a la solidaridad y la equidad.

Así mismo, al discurrir por la pieza jurisprudencial ampliamente se denota que el juez contencioso administrativo no traza en la sentencia unos elementos o delineamientos de los presupuestos básicos y objetivos que se deben observar por parte del accionante para efectos de declarar la responsabilidad civil extracontractual del Estado por este nuevo título jurídico de imputación; y más bien, lo que se observa es un esfuerzo muy subjetivo acrecentado por justificar el deber de solidaridad por parte del Estado y no por fundamentar dicho deber reparatorio de acuerdo con la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual y los elementos que de vieja data ha establecido la jurisprudencia y el mismo artículo 90 constitucional; vale decir, es esfuerzo del juez se encamina a justificar el deber de solidaridad del Estado, al deber de socializar los efectos del daño antijurídico, empero desde el punto de vista de la responsabilidad civil extracontractual del Estado no se hace una diferencia entre lo que puede ser la responsabilidad propiamente dicha, en sí misma concebida desde sus elementos originarios como el deber de reparar los daños irrogados por la conducta activa o pasiva, se inobserva dicho fundamento y se soslaya el vínculo causal de la conducta del ente estatal que, necesariamente, debió ser probado o por lo menos indicando las causas ius filosóficas de su inobservancia.

La anterior situación que se corresponde con las doctrina filosófica jurídica que consideran que desde el punto de vista de la justicia distributiva, el Estado estaría llamado a responder por conducto de la responsabilidad civil extracontractual por daños no cometidos por él, habida consideración de que la responsabilidad extracontractual persigue objetivos deseables que son

<sup>121</sup> Las causales exonerativas de responsabilidad pueden exonerar de responsabilidad al demandado de forma total cuando la fuerza mayor, el hecho del tercero y/o el hecho de la víctima son considerados como la causa única exclusiva y determinante del daño. PATIÑO, Héctor. *Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado*. En: revista de derecho privado, No. 20, enero -junio de 2011, pp. 371-398.

<sup>122</sup> Violación de lo establecido en la norma jurídica.

o la distribución de las pérdidas, compensación, eficiencia si estos objetivos entran en tensión, ponderar entre ellos para producir un resultado global que sea deseable. Estos objetivos son independientes en dos sentidos: por un lado, se basan en justificaciones que son independientes del sistema de responsabilidad extracontractual en el cual se aplican; y, por otro, son independientes unos de otros, por lo que pueden representar impulsos normativos incompatibles que requieren ser ponderados<sup>123</sup>.

Así mismo, desde este costado puede colegirse que al socializarse el daño aquél es considerado como un elemento común a los asociados, habida cuenta que la justicia distributiva en la tradición aristotélico-tomista escolástica se refiere a las cosas comunes. Los bienes privados no son objeto de ella. Temas como las ganancias, los salarios y los intereses son abordados por los escolásticos como tópicos de justicia conmutativa y, en su opinión, debían establecerse en general siguiendo a la estimación común que se realiza en el mercado<sup>124</sup>, vale decir, desde el punto de vista de la justicia correctiva o conmutativa.

### **3.3. Revisión de los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia del Consejo de Estado Colombiano, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, del 18 de marzo 2010**

Esta es la segunda sentencia que adoptada a los principios de la solidaridad y la equidad como títulos jurídicos de imputación. Tiene como referencias los daños generados en razón de la muerte del ciudadano Jairo de Jesús Vargas Arango, como consecuencia de un atentado terrorista acaecido en el año 1989 en la ciudad de Medellín, el cual iba dirigido contra integrantes de la Policía Nacional que patrullaban por el lugar.

El fundamento o mejor la justificación para declarar la responsabilidad civil extracontractual del Estado, coincidió con el arriba discurrido, en donde no se podía determinar o imputar una falla o falta del servicio, pues el Estado colombiano en ese momento determinado no podía prevenir el acto de terrorismo, el Estado no conocía la posibilidad o razones de peso fundadas de la ocurrencia del acto terrorista, vale decir, el Estado no incurrió en una omisión del deber de vigilancia; no obstante, se enfatiza, que los actos de terrorismo en donde el Estado no ha tenido participación de forma activa u omisiva, no pueden catalogarse como hechos exclusivos de un tercero, por lo que de acuerdo a los postulados de la solidaridad y de la equidad fundantes de nuestro Estado social y democrático de derecho, dicha carga debe ser asumida por toda la sociedad y no de manera individual por quien aisladamente la pueda sufrir; es decir, reequilibrando las cargas públicas.

Ahora bien, dentro de esta línea, la jurisprudencia especializada se reafirma la noción del daño especial, como aquél que el administrado no está obligado a soportar como consecuencia del actuar legítimo del Estado por la ruptura del principio de la igualdad frente al equilibrio en las cargas públicas; no obstante, luego de discurrir por la situación fáctica de estas dos sentencias se puede observar que dentro de la investigación y del mismo material probatorio allegado a los expedientes, no se pudo determinar, quién o quiénes fueron los actores causantes o determinantes del daño, es decir no se pudo establecer que el mismo haya sido causado debido al despliegue de la actividad legítima del Estado o por su conducta activa u omisiva, lo cual, en principio, y por vía de la

<sup>123</sup> WEINRIB, Ernest. *Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva*. En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. *Filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 327.

<sup>124</sup> CHAFUEN, Alejandro. Op. Cit., p -1.

conducir a una exoneración de la responsabilidad civil causal extraña del hecho de un tercero; sin embargo, el juez contencioso realiza un esfuerzo interpretativo con base en los principios constitucionales y legales de la equidad y la solidaridad para establecer que el juez debe excepcionar la aplicación del régimen general de responsabilidad órégimen de falla del servicio- con el objeto de aplicar la justicia material, sin que el concepto de equidad se entienda como arbitrio judicial, sino como el uso de una facultad discrecional para hacer efectiva la justicia material, facultado ósegún la jurisprudencia- por el advenimiento de los principios y valores fundantes de la constitución política de 1991.

El concepto de justicia material se observa como un valor agregado de la jurisprudencia para fundamentar su posición, pues aquél no hacía parte del anterior criterio de responsabilidad fundado en el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas -muy francés y donde tuvo su origen- y de suyo se convierte en un importante y efectivo sustento de la posición adoptada.

De la posición jurisprudencial anterior se puede advertir situaciones de doble fisonomía, pues se avanza en la ampliación del espectro del título jurídico de imputación del daño especial, con el concepto de justicia material, es decir, de la justicia que no se apega solamente a la ley para determinar los efectos de aquella; empero se advierte que de forma implícita se aparta, de su propia jurisprudencia, pues en lo que se refiere al planteamiento teórico del daño especial, la sentencia de 1973, es coherente con la anterior de 1947, en cuanto a ella se reitera la necesidad de que estén presentes los elementos que estructuran dicho régimen, a saber: la demostración de la existencia de una acción u omisión legítima del Estado cuyo objetivo es el beneficio general, así como de la existencia de un daño grave causado por la misma acción u omisión a un particular y la relación de causalidad material entre estas y dicho daños<sup>125</sup>. De la misma manera se separa de la sentencia de la sección tercera, del 13 de septiembre de 1991, tomada dentro del expediente número 6453<sup>126</sup>, en donde se habían reiterado los presupuestos o requisitos que se deben observar para efectos de poder aplicar el régimen del daño especial:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de un persona;
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a la ley y las cargas públicas;
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae solo sobre alguno o algunos de los administrados;
- e) **Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y**
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.

Como se vio, en estas sentencias, no se probó en nexo de causalidad entre la actividad legítima del Estado y el daño sufrido por las víctimas y, a contrario sensu, se afirma que sin importar ósin nexo

<sup>125</sup> M<sup>c</sup>CAUSLAND SANCHEZ, María. *Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos*. En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. *Filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013, p.526.

<sup>126</sup> Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Expediente. 6453.

El daño el Estado debe responder en atención a los principios de mantenimiento del equilibrio ante las cargas públicas, posición que sin lugar a hesitación alguna se considera está matriculada en los fundamentos ius filosóficos de la justicia distributiva en donde según Aristóteles "tiene lugar en las distribuciones de honores o de riquezas o de otras cosas que puedan repartirse entre los miembros de la república..."<sup>127</sup>.

De cara a las piezas jurisprudenciales precedentes, se considera aceptable y muy progresista la posición del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, dentro del ámbito de protección del derecho de las víctimas; sin embargo, como cosa curiosa, la familia de los policiales que resultaron muertos en el mismo atentado en la ciudad de Medellín, que dio pie a la consolidación de dicha posición, demandaron al Estado y a ellos si se les negó la indemnización; vale decir, el Estado puede ser solidario y equitativo en unos casos sí y en otros no, de acuerdo al arbitrio judicial o la discrecionalidad misma del juez, lo cual, a nuestro juicio, demuestra demasiada subjetividad cuando se trata de aplicar dichos principios.

En este caso en particular, de acuerdo a los elementos de la responsabilidad civil extracontractual tampoco existe o se evidencia la demostración de la relación de causalidad derivada de la conducta activa u omisiva de la autoridad pública demandada, habida cuenta que el Estado no fue el que activó la bomba, ésta tampoco estalló por la inactividad estatal; el artefacto explosivo detonó por el hecho de un tercero con total ajenidad al Estado; sin embargo sin constatar esa relación material causa ó efecto, el Estado resulta siendo responsable civil y extracontractualmente, desde la perspectiva normativa de la imputación que parte desde la constitución política de 1991, en la cual el Estado colombiano deber ser solidario y equitativo. De esta manera, se sigue consolidando una responsabilidad civil extracontractual, sin causalidad, cimentada bajo criterios muy y tremendamente amplios de la solidaridad y la equidad. En suma, al día hoy, desde esa perspectiva el Estado tiene la obligación de reparar el daño irrogado así no haya participado por activa u omisivamente en la causación de aquellos. Así las cosas, por vía de responsabilidad civil extracontractual, al Estado colombiano, se le puede realizar un juicio de imputación normativa, por medio del cual aquél, de acuerdo con los principios pluricitados debe ser solidario y equitativo; empero como el juez no señala, ni tampoco traza los derroteros o presupuestos jurídicos o jurisprudenciales objetivos para poder presentar y aspirar a la prosperidad judicial de esta acción, saltan de bulto cuestionamientos, como ¿el Estado sólo sería solidario y equitativo cuando se trata de la explosión de una bomba o atentado terrorista? ¿Sería solidario y equitativo por los daños derivados de la confrontación armada? ¿Sería solidario y equitativo solo cuando se tratara de particulares y no de funcionarios que mueren en el ejercicio de sus funciones? De esta manera queda bajo la absoluta y total subjetividad del juez mirar o establecer a quién, de acuerdo a su arbitrio, le aplica o no los criterios o fundamentos de atribución normativa de la solidaridad y la equidad.

La asunción de la solidaridad y de la equidad como fundamento objetivo de responsabilidad objetiva del Estado por atentados terroristas, sin nexo de causalidad, con el matiz especial de aplicación de la justicia material, sin lugar a hesitación alguna, resulta un claro desarrollo de los principios constitucionales y legales fundantes del Estado Social y democrático de derecho, asumido como organización política con la constitución política de 1991 y son unas respuestas muy adecuadas y justas del derecho como sistema filosófico y autopoyético, con capacidad de adaptarse ante las dinámicas sociales, generada dicha situación, las más de las veces, por la indolencia del Estado frente a las víctimas de la violencia; no obstante, se considera a título muy respetuoso -y no pacífico-, que por esta vía se abre una gran puerta, se amplía de forma ostensible

<sup>127</sup> CHAFUEN, Alejandro. Op. Cit., p -6.

un componente muy subjetivo, lo que se constituye en una actividad sin que existan criterios objetivos para que se aplique dicha teoría.

Por manera que, como colorario preliminar podemos inferir intuitivamente señalar que el juez al basar el deber reparatorio del Estado con justificaciones o argumentos independientes de los contenidos normativos y jurisprudenciales de la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual del Estado y de los elementos sobre los cuales se ha erigido, se puede advertir que esta nueva forma de òresponsabilidadö no es indemnizatoria, habida cuenta de que el daño antijurídico no es producto de la conducta activa o pasiva de la autoridad pública; es entonces, una forma compensatoria de reparación de daños que cimienta sus raíces en el campo de la justicia distributiva, toda vez que los elementos que la conjugan y son necesarios para que pueda ser declarada no se verificaron.

### **3.4. De acuerdo a la congestión judicial, cuáles son los tiempos aproximados de duración de los procesos contenciosos administrativos por responsabilidad civil extracontractual del Estado, donde se tuvo como fundamento a la solidaridad y la equidad**

La ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, con relación a este valor supraconstitucional, considera que la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del Estado y está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado social y democrático de derecho, y a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos, y que dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla.

Esta misma normativa, dentro de su artículo cuarto, establece el deber de celeridad de la administración de justicia, adoptando procedimientos de oralidad con el objeto de hacer más expeditos los procesos judiciales a expensas de una pronta y cumplida justicia<sup>128</sup>.

Así pues, a la rama judicial del poder público, por mandato del sistema normativo colombiano, le corresponde la aplicación de la ley a través de los medios brindados por el legislador y el ejecutivo, a fin de hacer justicia en cada caso particular. Así que cada rama tiene que hacer bien su trabajo para que haya un buen funcionamiento de la administración judicial<sup>129</sup>.

De tal suerte, se considera que cada jurisdicción tiene que hacer bien su trabajo para que haya un buen funcionamiento de la administración judicial.

No obstante, si bien cierto la teleología de la precitada ley -con más de diez años de vigencia dentro del sistema normativo Colombiano-, es bastante plausible, desde todo punto de vista, la realidad, es otra.

<sup>128</sup> ARTICULO 4º. Modificado por el art. 1, Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. (í ).

<sup>129</sup> ASCHNER MONTOYA, María y JIMENEZ DE METKE, María. *El Estado debe indemnizar los perjuicios que cause con ocasión de la administración de Justicia*. Bogotá D.C.: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1977, P.

sensación de que las instituciones judiciales son ineficientes y los funcionarios, sino porque se carece de personal y equipo necesario, y esto la hace más inaccesible a las personas de escasos recursos. Entre los países latinoamericanos este problema es muy común y junto con el hecho de que el tiempo que demora la tramitación de un caso hasta llegar a juicio. En el caso colombiano, muchas personas pasan tiempo en la cárcel esperando a que se tramiten sus casos. Las estadísticas del Ministerio de justicia de Colombia muestran que aproximadamente 17.000 presos están esperando juicio<sup>130</sup>.

Tratadistas como el Doctor TORRES CORREDOR, en su ensayo sobre este fenómeno en la jurisdicción contenciosa administrativa Colombiana, determinó que la congestión judicial se procura cuando el aparato judicial establecido por la Constitución y la ley, no es capaz de responder oportunamente a las necesidades de las personas<sup>131</sup>.

Según Nelson Pinilla, las falencias de la administración de justicia son también responsabilidad de otras ramas del poder público, y la sociedad en general. Pinilla afirma que a la administración de justicia le han sido delegadas una cantidad de funciones ya que, por ejemplo es a esta rama a la que le toca aplicar las leyes, muchas veces defectuosas e ineficientes, que crea el poder legislativo y los decretos que elabora el poder ejecutivo. Existe una falta de apropiada atención por las otras ramas del poder público, por falta de racionalización y de estabilidad de los procedimientos y la ingente sobrecarga en las competencias<sup>132</sup>.

Por lo general hay muchas más demandas que recursos institucionales para darles un tratamiento elaborado a cada una. De muchas maneras la sobrecarga genera presiones en los demandantes para que concilien en lugar de iniciar un juicio<sup>133</sup>.

Esta realidad ha sido captada y socializada por los medios periodísticos, en la cual se evidencia la gran realidad por la que atraviesa la administración de justicia colombiana<sup>134</sup>.

Desde esas meridianas realidades, desde el punto de vista de la eficacia material de la ley estatutaria de la administración de justicia, a renglón seguido pasamos auscultar de acuerdo a las

<sup>130</sup> CORONADO BRITTO, Ximena. *La congestión judicial en Colombia*. Bogotá D.C.: 2009, p.29. (Tesis para optar al título de comunicador social y periodista). Pontificia universidad Javeriana de Colombia.

<sup>131</sup> TORRES CALDERÓN, Leonardo. Ensayo: Congestión Judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana. *Revista Dikaión - Lo justo*. Año 16. No. 11. Pág. 4. 30 ócitado primigeniamente por CORONADO BRITO, Ximena. *La congestión judicial en Colombia*. ). Bogotá D.C.: 2009, p.29. (Tesis para optar al título de comunicador social y periodista). Pontificia universidad Javeriana de Colombia.

<sup>132</sup> PINILLA PINILLA, Nelson. *La crisis del sistema judicial*. En: *Universitas, ciencias jurídicas y socioeconómicas* No. 105. Junio de 2003, p. 382. ócitado primigeniamente por CORONADO BRITO, Ximena. *La congestión judicial en Colombia*. Tesis para optar al título de comunicador social y periodista. Bogotá D.C.: Pontificia universidad Javeriana, 2009, Colombia p.41.

<sup>133</sup> GALANTER, Marc. *Por qué los òposeedoresö salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico*. Ensayo. 1995, p. 85.

<sup>134</sup> Resalta el periódico vanguardia.com, Galvis Ramírez y Cía. S.A., sobre este tópico, en noticia del 28 de agosto de 2013, titulada **Preocupación por falta de recursos para la descongestión judicial**, así precisó: (...). Es más, de un día para otro los funcionarios judiciales de ese despacho y otros cuantos amanecieron sin trabajo por cuenta de la medida de la Judicatura. La polémica decisión generó reacción inmediata de la Fiscalía y la Procuraduría, que pidieron al Consejo Superior revertir su decisión o al menos explicarla, pero ninguna de las dos peticiones fue acogida. (...).

laridad y a la equidad como fundamentos objetivos de la  
al del Estado, por la modalidad del título de imputación del  
daño especial y encontramos que:

1. En la sentencia despachada por el honorable Consejo de Estado, sección tercera, distinguida con el radicado número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), tres (3) de mayo de dos mil siete (2007), en donde funge como demandante la señora Luz Marina Ramírez Barrios y otros y como demandadas la Nación óMinisterio de defensa, Policia Nacional, los daños causados a los demandantes fueron acaecidos el día 19 de julio de 1989, en la ciudad de Medellín y, como se vio, la sentencia fue expedida el día tres (3) de mayo de dos mil siete (2007). Así las cosas, la rama judicial en su especialidad contenciosa administrativa, vino hacer justicia **Diecisiete (17) años, Nueve (9) meses y catorce (14) días**, después de sucedidos los hechos.
2. En la sentencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), dentro del radicado número 05001-23-24-000-1994-02606-01(15591), en donde actuó como demandante la señora Gloria Deysi Cardona y otros y, como demandados la Nación óMinisterio de defensa, Policia Nacional, los daños fueron causados el día dos (2) de diciembre del año mil novecientos noventa y dos (1992), también en la ciudad de Medellín, y la sentencia que resolvió definitivamente le litigio se expidió el día (18) de marzo de dos mil diez (2010), es decir, **diecisiete (17) años, tres (3) meses y dieciséis (16) días** después de haberse producido el hecho dañoso.

Para el caso que nos ocupa, necesariamente nos inquirimos ¿Es esto, una pronta, cumplida y eficaz administración de justicia? ¿Es la responsabilidad civil extracontractual del Estado, a través del título objeto del daño especial, con fundamento en los principios de solidaridad y equidad, la forma más pronta y eficiente de garantizar los derechos de las víctimas? ¿Cuál es el grado objetivo de certeza de las víctimas, de que el juez, en estos casos, opte por ser solidario y equitativo? ¿Cómo quedan los derechos de las víctimas en ese interregno, previo al fallo, para solventar la mitigación del daño, sus derechos fundamentales constitucionales como la vida, la salud, la integridad, entre otros?

## **4. El daño especial, sus elementos y su connotación histórica y jurídica dentro del sistema jurisprudencial colombiano**

### **4.1. Adopción y origen en nuestro sistema jurisprudencial de la teoría del daño especial, como fundamento objetivo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano antes y después de la constitucional política de 1991**

La teoría del daño especial, como se ha venido acertando se corresponde, en sus inicios, con la teoría muy francesa del rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas y la cual fue adoptada, con algunas características diferentes, por la jurisprudencia de nuestro honorable Consejo de Estado, por primera vez y bajo esa denominación, en sentencia del 29 de julio de 1947<sup>135</sup>.

Como se percibió, la adopción y el origen en nuestros sistema jurisprudencial de la teoría del daño especial se originó en nuestro territorio de una forma muy curiosa, pues para esa data y en vigencia de la constitución de 1886, el hoy órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, ejercía competencia residual en materia de responsabilidad por daños originados por el actuar de la administración, relativos a los juicios de legalidad de actos administrativos, de daños ocasionados por obras públicas y de las expropiaciones, pues la competencia en materia de responsabilidad civil extracontractual del Estado, la ejercía la corte suprema de justicia; es decir, el juez especializado tenía un campo limitado en el sistema jurídico reinante para esa época. Sólo hasta el año de 1964, con la expedición del decreto 528, en su artículo 20, por medio del cual se reorganizó la administración de justicia, obtuvo total y plena autonomía con la competencia general y absoluta otorgada por dicha normativa de los litigios concebidos contra el Estado por esté tópico.

Posteriormente la teoría del daño especial fue refrendada en la sentencia del 23 de mayo de 1973<sup>136</sup>, por los daños causados con la destrucción de un bien inmueble por parte del ejército nacional para lograr la captura de un delincuente conocido como Efraín González.

La teoría del daño especial sigue su derrotero y consolidación jurisprudencial y en ese contexto histórico para el 28 de octubre del año de 1976, se remarcan con más exigencia sus contenidos en el conocido fallo del Consejo de Estado, adelantado contra la superintendencia bancaria debido a su intervención al Banco Bananero del Magdalena, en esa oportunidad el tribunal colegiado, sobre la materia, consideró:

---

<sup>135</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 29 de junio de 1947. Ref. òEl siglo S.A.ö

<sup>136</sup> Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Sentencia del veintitrés (23) de mayo de mil novecientos setenta y tres (1973). Consejero ponente: ALFONSO CASTILLA SAIZ. Expediente; 978.

...idad estatal legítima, tanto por la existencia y extensión del  
... la fidelidad al procedimiento legalmente, puede dar lugar a  
la indemnización del daño causado al administrado, que es lo que se conoce como  
responsabilidad sin falta. Lo anterior importa que tal tipo de responsabilidad excluye, la  
derivada de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o  
falla del servicio o de la administración y lógicamente, con mayor razón, las derivadas de  
las vías de hecho. Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de  
manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la  
comunidad, por razón de las circunstancias de hecho **en que tal actividad se desarrolla,  
causa al administrado un daño especial**, anormal, considerable, superior al que  
normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los  
poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así a 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 de Estado. (í ) en efecto, **causa** para pedir en el contencioso  
subjetivo o anulación de plena jurisdicción es la ilegalidad del acto, en la del daño  
especial, la absoluta legalidad de la actuación administrativa, en la responsabilidad por  
falta o falla, la afirmación de está, mientras que en la responsabilidad por daño especial,  
la afirmación causal es la contraria, la regularidad, oportunidad, legalidad y eficiencia de  
la actuación estatal; en la pretensión indemnizatoria por "las vías de hecho" la causa para  
pedir es la arbitrariedad, la ausencia de derecho o de procedimiento en la administración,  
es decir todo lo contrario de lo que debe aparecer acreditado para la prosperidad de las  
indemnización por daño especial (í )<sup>137</sup>.

Las consideraciones y presupuestos relacionados con la naturaleza del daño especial, precedentes,  
fueron exhibidas y ratificadas por el Consejo de estado mediante la sentencia del 13 de diciembre  
del año 2005, expediente dentro del radicado con el número 24.671, siendo magistrado ponente el  
Dr. Ariel Hernández Enríquez.

Posteriormente se aplica en sentencia del 30 de enero de 1987<sup>138</sup>, para efectos de indemnizar los  
perjuicios causados por la desvalorización de bienes privados por la construcción de una obra  
pública (puentes sobre la calle carrera 30 con calle 53) en la ciudad de Bogotá.

Con el recrudecimiento del conflicto armado y del narcoterrorismo, se amplió el espectro de  
aplicación de sus bases teóricas, fruto mismo de la dinámica social tan diversa en nuestro  
territorio, para efectos de indemnizar las víctimas de atentados terroristas cuando estos están  
dirigidos contra instalaciones gubernamentales, un establecimiento militar, un centro de  
comunicaciones al servicio de las fuerzas armadas o un personaje representativo de la rama  
administrativa del Estado; lo cual se dio, en principio, con la sentencia del 30 de julio de 1993<sup>139</sup>,  
proferida por la sección tercera del honorable Consejo de Estado, expediente número 6828;

<sup>137</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo- sección tercera, Sentencia del  
veintiocho (28) de octubre de 1976, C.P. Jorge Valencia Arango. Expediente. 1482. Cita primigenia  
en: RUIZ OREJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Segunda edición. Bogotá  
D.C.: ECOE EDICIONES. 2013, p. 35.

<sup>138</sup> Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Sentencia del 30 de enero de  
1987. Consejero ponente: CARLOS BETANCURT JARAMILLO. Expediente: 4493.

<sup>139</sup> El Consejo de Estado, mediante la sentencia del treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y dos  
(1992) Consejero Ponente. JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Expediente, 6828.

mosa sentencia del 23 de septiembre de 1994<sup>140</sup>, en la cual se  
daños causados en atención al atentado terrorista en la ciudad  
capital contra las instalaciones del departamento administrativo de seguridad DAS.

Desde su adopción como título jurídico objetivo de imputación de daños al Estado, esta teoría ha  
sido muy prolija en su aplicación, es por ello que los anteriores antecedentes no se constituyen *per  
se*, en un catálogo cerrado o exhaustivo de la teoría del daño especial, habida consideración de que  
no es cierto que de acuerdo a la actividad se genere de forma inexorable el título de imputación;  
tanto es así, que dicho título de imputación se ha utilizado, y así nació en la jurisprudencia del  
Consejo de Estado Francés ófallo couitéas del 30 de noviembre de 1923<sup>141</sup>, inclusive, para  
solicitar la responsabilidad civil extracontractual del Estado por la conducta de abstención de la  
administración, llegando actualmente en el año 2011, dentro del expediente número 36912<sup>142</sup>, a  
extenderse para el año 1993, dentro del expediente número 8335 del 4 de noviembre de 1993<sup>143</sup>,  
para efectos de resarcir los daños ocasionados a las personas que se encuentran privadas de la  
libertad en los diferentes centros de reclusión del país, por considerar que frente a ellos el Estado  
asume una obligación de resultados y, ya muy recientemente, se prohijó para la responsabilidad  
extracontractual de los centros de cuidado de la infancia y la niñez que se encuentran bajo el  
cuidado del Estado.

En el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la teoría del daño especial el máximo órgano de la  
jurisdicción contenciosa administrativa, a través de su sección tercera, siempre ha venido  
remarcando y fijando como presupuestos para efectos de declarar la responsabilidad civil  
extracontractual del Estado, los siguientes elementos y para tal efecto ha considerado:

õí el caso planteado en la demanda encuadra dentro del régimen de responsabilidad que  
gobierna el daño especial para que dicha figura jurídica tenga plena aplicación debe reunir  
los siguientes elementos:

õ1. que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la  
administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma constitución, que  
rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados  
administrados.

õsignifica lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas  
imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente debe soportar los  
asociados en general.

õ2. que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe  
revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.

<sup>140</sup> Consejo de estado, Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro  
(1994), Expediente: 7577.

<sup>141</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis. *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá  
DC.: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA. 2011, p. 234.

<sup>142</sup> Consejo de Estado, sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil once (2011). Consejero ponente:  
ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912).

<sup>143</sup> Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y  
tres (1993). Consejero Ponente. Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Expediente No. 8335.

### alidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio

ño dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho.

ñen tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios<sup>144</sup>.

Aunado a lo anterior tenemos que la teoría del daño especial presenta una característica jurisprudencial muy específica, referida a su subsidiariedad en el sentido que sólo es procedente cuando la situación *sub judice* no puede ser enmarcada dentro de los diferentes títulos jurídicos de imputación por daños, para tal efecto el Consejo de Estado, ha manifestado que ñel tribunal acertadamente manejó este caso con base en el régimen de responsabilidad por daño especial, caracterizado por presentarse en aquellas situaciones en las que la administración en desarrollo de una actividad legítima afecta los derechos de una persona por el rompimiento de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, a cuya consecuencia se causa daño especial al administrado, cuya situación particular no puede enmarcarse dentro de un régimen distinto de responsabilidad<sup>145</sup>. ñ surge, pues, de la esquemática exposición hecha que la pretensión indemnizatoria por daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base en la ilegalidad del acto o de la operación o del hecho administrativo, la falla o falta de servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o ñvías de hecho<sup>146</sup>.

#### 4.1.1. Responsabilidad sin causalidad con base en el Daño especial, cambio jurisprudencial

No obstante, con la adopción de la solidaridad y la equidad como título jurídico de imputación normativa, para el año 2007, se abandona de manera intempestiva el presupuesto fenomenológico del nexo de causalidad que debe existir entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado y se acoge para efectos de poder declarar la responsabilidad civil extracontractual del Estado, la imputación normativa que consiste en la atribución de la responsabilidad al Estado por la violación del contenido obligacional de una norma o porque el precepto establezca determinada forma de actuar. Lo que permite acentuar que desde esa arista se le otorga al Estado responsabilidad civil extracontractual, a través de la teoría del daño especial, con un fundamento ius filosófico que cimenta sus raíces en el contexto de la justicia distributiva con una connotación

<sup>144</sup> Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Consejero Ponente. Dr. JESUS MARIA CARRILLO. Expediente No. 10392.

<sup>145</sup> Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Consejero Ponente. Dr. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

<sup>146</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo- sección tercera, Sentencia del veintiocho (28) de octubre de 1976, Op. Cit.

de daños, habida consideración de que esta jurisprudencia le contractual, sin importar si en la causa generadora del daño el estado no tuvo ningún tipo de participación por activa u omisivamente.

Así, la precitada posición se convierte en una tesis refractaria a la naturaleza ius filosófica de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, toda vez que, cabe reiterar que el derecho a ser resarcido, representa un derecho patrimonial y como tal de ser juzgado principalmente a través de la justicia conmutativa, y subsidiaria, remedial o eventualmente, por una justicia solidaria según amerite la trascendencia del caso, ya que esta justicia que se hace por solidaridad de género, desconoce la justicia particular del caso concreto entre sujetos de derecho determinado por el vínculo de causa ó efecto, llevándola a un plano general que desecha tal vínculo y que de dejar de ser regla excepcional conllevaría a la despreocupación irresponsable de los verdaderos protagonistas y causantes de los desequilibrios jurídicos<sup>147</sup>, habida consideración que aquellos ya no se inquietarían por las consecuencias indemnizatorias o nocivas que su conducta comporte, pues sería al Estado a quien por vía general y con base en los principios de la solidaridad y la equidad, se le imputen normativamente dichos daños y como consecuencia los debe indemnizar.

#### **4.2. Diferencias entre la adopción del título objetivo y subjetivo de imputación por daños antijurídicos**

Para estos efectos es necesario establecer las diferencias entre estas dos forma de imputación de daños antijurídicos al Estado, para ello, nos valdremos de la jurisprudencia tanto de la corte constitucional colombiana, como la del Consejo de Estado, como órgano especializado de la jurisdicción contenciosa administrativa, así como también de la doctrina especializada.

La imputación de los daños antijurídicos a la administración pública, necesariamente debe tener un fundamento jurídico que pueda hacer posible justificar o servir de basamento al deber de indemnizar los daños que con su actividad pueda causar.

Los conceptos de responsabilidad subjetiva u objetiva no son propiamente creación del derecho administrativo. Debido a la necesidad de justificar el deber reparatorio por parte de las autoridades públicas o de particulares que desempeñen dichas funciones, cuando en el desarrollo de su actividad causan daños antijurídicos, esos fundamentos jurídicos fueron traídos del derecho de la responsabilidad civil y del penal -que fue donde en principio se habló de la responsabilidad subjetiva y la objetiva- a la estructura jurídica de la responsabilidad civil extracontractual del Estado. En dichas disciplinas jurídicas la responsabilidad subjetiva u objetiva hace parte del principio de culpabilidad, el cual es, un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal y consiste en una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona...la culpabilidad es reprochabilidad, en lenguaje coloquial: tener la culpa<sup>148</sup>.

La responsabilidad subjetiva ha sido entendida como aquella forma de culpabilidad en donde se valora o tiene en cuenta la conducta del autor del daño, es decir, que para determinar si se está en

<sup>147</sup> GUTIERREZ GOMEZ, Geovanny. *Estado social de derecho o Estado garantista y el mito de la responsabilidad extracontractual de los entes públicos*. Bloomington E.E. U.U: Palibrio LLC, 2014, p. 209.

<sup>148</sup> GUNTHER, Jakobs. *El principio de culpabilidad*. En: IBÁÑEZ, Augusto. *El concurso de delitos la culpabilidad*. Bogotá D.C: editorial jurídica bolivariana, 1995, p. 227.

ta con que se presente un daño, sino que es necesario que ese  
o o culposo del autor del daño<sup>149</sup>. Una vez se constatan dichos  
presupuestos es cuando verdaderamente se puede imputar la responsabilidad del sujeto y, como  
consecuencia, se impone el deber de reparar dichos daños. De lo que se trasluce como  
transcendental, para efectos excluyentes o indemnizatorios de la responsabilidad, la valoración de  
la conducta del causante del daño.

Ahora bien, la responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa, ya trasladada al campo de la  
responsabilidad civil extracontractual del Estado, como en precedencia se acertó, aquí, dicho  
presupuesto, sufre una imbricación jurídica y ya no se exige o valora en relación con un sujeto en  
particular o con relación al servidor público, sino con la particularidad que la culpa exigida no es  
la personal o subjetiva del funcionario, sino la culpa orgánica u objetiva del ente administrativo, es  
decir, la causaba por el servicio mismo, independiente de que se identifique su autor humano, pues  
en esta se juzga el servicio y no el agente en particular<sup>150</sup>.

Bajo esta égida óresponsabilidad civil extracontractual del Estado, desde el punto de vista  
subjetivo- para efectos de imputarle la responsabilidad de los efectos dañosos de una conducta o  
un hecho al Estado, es necesario que se presenten tres elementos, a saber: el daño, el actuar doloso  
o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto  
generador del daño. Así, una vez constatada la presencia de estos tres elementos, se está en  
presencia de una responsabilidad la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del  
agente generador del daño (quien fue el que actuó con culpa o dolo) a la víctima del mismo<sup>151</sup>.

Por otro lado y en contraposición con la anterior forma de culpabilidad, la responsabilidad objetiva  
o teoría del riesgo como también se le conoce<sup>152</sup> ha sido entendida en el derecho penal como  
aquella según la cual el sujeto responde por un hecho o una conducta causada por él aunque no  
haya tenido voluntad o la intención de realizarlo (dolo), ni haya actuado con imprudencia,  
impericia o negligencia (culpa). Por manera que, desde esta perspectiva no es importante para  
efectos de imputarle responsabilidad al sujeto agente los elementos cognitivos de la conducta, sino  
los resultados de aquella. De lo que podemos colegir que, bajo esta forma de responsabilidad lo  
importante para efectos indemnizatorios son los resultados de la conducta sin que sea menester la  
valoración del aspecto subjetivo de aquella.

Al trasladarse esta forma de responsabilidad a la responsabilidad civil extracontractual del Estado,  
se afirma que, de igual manera, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que  
produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo. Lo relevante para  
establecer una responsabilidad es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o  
acción ejercida y el daño. No es necesario analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma  
dolosa o negligente. De ese estudio NO depende que se indemnice o no el perjuicio. Para  
indemnizar el perjuicio solo basta con demostrar la realización de una acción o la omisión y el

<sup>149</sup> IRISARRI BOADA, catalina. Op. Cit., p. 23.

<sup>150</sup> SERRANO ESCOBAR. Op. Cit., p. 229.

<sup>151</sup> IRISARRI BOADA, catalina. Op. Cit., p. 23.

<sup>152</sup> Ibid., p. 24.

o esa omisión y el daño<sup>153</sup>.

Nuestra honorable corte constitucional también se ha ocupado de fijar los linderos, alcances y finalidades a estas formas de atribuirle responsabilidad civil extracontractual al Estado, podemos entonces observar que en la sentencia C-430 del 12 de abril del 2000<sup>154</sup>, sobre los fundamentos, contenidos y las diferencias entre estos dos títulos de imputación, de acuerdo a la nueva carta política de 1991, afirmó que de acuerdo al contenido normativo de la cláusula general de responsabilidad civil del Estado colombiano (Artículo 90 supralegal), ésta no contiene de manera absoluta una forma o una redacción que permita inferir que dicho articulado tiene un contenido absoluto de responsabilidad objetiva, pues dicha preceptiva también admite como forma de imputación la responsabilidad subjetiva.

Así las cosas, los fundamentos objetivos y subjetivos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado colombiano, tienen su fundamento político ójurídico y encuentra su raigambre en la constitución política, habida cuenta que, desentrañada por máximo tribunal constitucional del orden judicial colombiano, el alcance de dicha norma, aquél estableció y dejó sentado su criterio jurisprudencial ócon efectos erga omnes- que dicha preceptiva contiene y de ella se deriva el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual del Estado desde el punto de vista objetivo (por los resultados de la conducta) y subjetivo (de acuerdo a la valoración de la conducta de la entidad en relación con el servicio que desempeña).

Nuestro honorable Consejo de Estado, en línea con el razonamiento realizado por el máximo tribunal constitucional, ha coincidido en señalar que con el advenimiento del nuevo orden constitucional establecido con la promulgación y vigencia de la constitución política de 1991, la responsabilidad subjetiva de las autoridades públicas no fue borrada o anulada del sistema normativo y jurisprudencial colombiano; esto, en relación con la interpretación y alcance del contenido normativo de la preceptiva establecida en el artículo 90 supralegal, pues las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico establecido en dicha preceptiva así lo dan a entender<sup>155</sup>.

No podemos dejar pasar por alto o soslayar que, en relación con estas dos formas de imputarle responsabilidad civil extracontractual al Estado (objetiva y subjetiva), que nuestro Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, ha establecido que, indistintamente del régimen de que se trate es requisito indispensable que la parte actora demuestre plenamente la ocurrencia del daño antijurídico, así como el nexo que vincula ese perjuicio con la actuación de la administración; vale decir, el nexo de causalidad sigue siendo, en ambos regímenes, una exigencia *sine qua non* para efectos de poder atribuirle responsabilidad civil extracontractual al Estado. Y, por contera, centra la diferencia entre uno y otro régimen, según el cual, estriba, simplemente, en que en los segundos (objetivos) no juega el papel de falla o de quebrantamiento de la obligación con que haya actuado la administración pública, es decir, no se

<sup>153</sup> Ibid., p. 24.

<sup>154</sup> Corte constitucional, sentencia C-430 del doce (12) de abril del dos mil (2000), magistrado ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL, expediente D-2585.

<sup>155</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejero Ponente: CARLOS BETANCURT JARAMILLO. Expediente: 7742.

demostración de una deficiencia del servicio, para configurar la

Con todo, el elemento subjetivo se ha dado en aplicar para aquellos tipos de responsabilidad que entraña una sanción, en lo que se conoce como justicia retributiva, que por lo mismo atiende a los méritos según la voluntad del individuo, en tanto que la responsabilidad objetiva tal solo mira a la causa y al resultado sin tener en consideración la conciencia o voluntad del individuo, lo cual como se aprecia correspondería a una postura unidimensional más de corte realista que mira solo a los aspectos fácticos sin reconocer los axiológicos particulares del individuo<sup>157</sup>.

Con lo anterior surge inequívoco que, el título jurídico de imputación, es subjetivo, cuando se le atribuye responsabilidad civil extracontractual al Estado, por el deficiente funcionamiento en el servicio, achacado en razón de la acción u omisión, de una autoridad pública o de particulares que cumplan dichos cometidos; vale decir, aquí cobra importancia cardinal, para efectos de declarar la responsabilidad civil extracontractual del Estado, la valoración de la conducta frente al sujeto -teniendo como tal a la entidad pública-; en otras palabras, se valora el grado de culpa<sup>158</sup> del agente generador del daño; dentro de los cuales a manera de ejemplo podemos referenciar la falla o falta en la prestación del servicio, en sus modalidades simple, presunta y probada.

Ahora, el título de imputación es objetivo, cuando lo relevante para efectos de achacarle responsabilidad civil extracontractual al Estado, son los resultados dañosos sin importar la conducta activa u omisiva de la autoridad pública; vale decir, lo imperativo o transcendental son los resultados de la conducta y no la valoración de aquella, para estos efectos lo que interesa es el daño causado frente a la víctima, dentro de estos podemos enumerar, a manera de ejemplo, el daño especial o desequilibrio ante las cargas públicas, daño anormal y riesgo excepcional.

### **4.3. Posibles causas para acoger a la solidaridad y a la equidad como títulos jurídicos objetivos de imputación, dentro de la teoría del daño especial por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano**

Al discurrir por las sentencias objeto de estudio de forma intuitiva se puede llegar a colegir que el juez contencioso administrativo ante la imposibilidad de declararle responsabilidad civil extracontractual al Estado, de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales, que por vía del daño especial estaban consolidados<sup>159</sup> por la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo,

<sup>156</sup> Consultar sentencia de 28 de enero de 2009, exp. 30340.

<sup>157</sup> GUTIERREZ GOMEZ, Geovanny. Op. Cit., p.199.

<sup>158</sup> Culpa en sentido lato es la conducta contraria a la que debería haberse observado, conducta desviada, bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante. Corte suprema de justicia, sala de casación civil, sentencia del once (11) de marzo de mil novecientos cincuenta y dos (1952).

<sup>159</sup> Es claro que en ella se identificaron los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad por daño especial. Así, debe existir una acción u omisión del Estado que constituya la causa del perjuicio sufrido por un particular; este perjuicio, además, debe ser anormal, por su importancia o gravedad y, especial en cuanto el afectado soportad una carga que no tienen los demás miembros de la comunidad... M<sup>o</sup> CAUSLAND SANCHEZ. Op. Cit., p. 525.

idad y la equidad con el objeto de que el Estado indemnice muy respetuoso nos apartamos de dichas consideraciones, y afirmamos que este nuevo título de imputación jurídica, no es responsabilidad civil extracontractual del Estado, no sólo porque no se pudo establecer el nexo de causalidad entre el daño y la actividad de la autoridad pública, tal como lo exige la cláusula general de responsabilidad establecida en el artículo 90 de la constitución política de 1991 y la misma jurisprudencia, sino porque no se corresponde con los contenidos doctrinarios y los fundamentos de la justicia correctiva<sup>160</sup>, la cual consideramos, de forma preliminar, es el germen ius filosófico de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, por lo que es la adecuada para efectos de no desnaturalizar la estructura filosófica - jurídica de la responsabilidad civil extracontractual estatal y convertirla en distributiva y compensatoria de daños.

Otra situación que sin duda incidió en que el juez haya realizado al Estado la imputación del daño sin haberlo causado, provocado o insinuado, es la facultad que el ordenamiento jurídico le concede el juez al momento de dictar sentencia<sup>161</sup>; sin dicha potestad no hubiese sido posible la atribución de los daños por conducto de la solidaridad y la equidad.

Si lo anterior resulta de esta manera, no se aprecia como correctas las posturas de los autores y de la jurisprudencia que han enseñado que este tipo de responsabilidad de los entes jurídicos se efectúa por razones de equidad o de justicia ó o la solidaridad-, las que ni siquiera entran a definir con miras a verificar sus asertos. Luego por este motivo se encuentra infundada tal responsabilidad, que además, como se indicó, corresponde a una justicia conmutativa que implica que el Estado no es en justicia el responsable extracontractual del proceder de sus agentes. Aspecto que además deberá concatenarse con los restantes controles jurídicos como los ya auscultados. Si el objeto de la responsabilidad es determinar, señalar, atribuir o imputar a un sujeto o individuo un efecto o consecuencia jurídica, en nuestro caso, patrimonial, no se ve como dicha figura es desnaturalizada para referirla a una cosa o conjunto de cosas valorables en dinero que por el contrario impide arribar a la teleología de la responsabilidad<sup>162</sup>.

#### **4.4. Aproximación conceptual a la noción de justicia material, para adoptar como título jurídico de imputación a la solidaridad y la equidad**

La justicia material, como expresión del pensamiento iusnaturalista del derecho, ha sido explicada en relación con la justicia formal, manifestándose por algunas corrientes que en caso de colisión entre estas dos formas de aplicación de la justicia, frente a una situación concreta, se le debe dar prioridad o prelación a la justicia material, aún por encima de la formal, para este propósito se ha dicho que si las teorías iusnaturalistas son analizadas más de cerca, parece que tales conclusiones

<sup>160</sup> La segunda aproximación sostiene óla justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual- que la dimensión de la responsabilidad extracontractual debe ser entendida desde dentro, de la estructura misma de la responsabilidad. La idea de responsabilidad refleja una idea normativa entre un demandante particular y un demandado particular. WEINRIB, Ernest. Op. Cit., p. 327.

<sup>161</sup> La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. Corte constitucional, sentencia T-212 del quince (15) de marzo de dos mil doce (2012). Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Expediente T-3199440.

<sup>162</sup> GUTIERREZ GOMEZ, Geovanny. Op. Cit., p. 218.

también en las teorías iusnaturalistas óo al menos en la mayoría  
ones en cuanto a la comprensión de la respuesta a los casos  
posibles de colisión entre la realización de la justicia material ó representada por el derecho  
natural- y la justicia formal ó es decir la seguridad, la paz y el orden- representadas por el derecho  
positivo. De esta forma tenemos dos tipos de ideología iusnaturalista. En primer lugar puede  
entenderse que en caso de colisión entre justicia material y justicia formal siempre debe darse  
prioridad a la justicia material. Así, sólo existe una obligación de obediencia al derecho positivo  
cuando éste es conforme al derecho natural. Si el derecho positivo es contrario a este derecho  
superior, aunque realice los valores de la justicia formal, existe un deber moral de desobedecerlo.  
Estaríamos, en este caso, ante lo que Norberto Bobbio denomina òideología iusnaturalista  
extremao<sup>163</sup>.

No obstante, desde la otra orilla, existen pensadores que consideran que la prioridad, ante una  
presunta colisión entre estas dos formas de abordar la justicia, aquella le es dable a la justicia  
formal, por encima de la justicia material, salvo en aquellos casos en que la misma suponga una  
vulneración radical a la justicia material. Es decir, existe una obligación de desobedecer al derecho  
positivo, incluso aunque vulnere el derecho natural, siempre que dicha violación no afecte de  
forma radical a los contenidos de la justicia material que se considera como correcta<sup>164</sup>. En este  
caso nos encontramos frente a una òideología iusnaturalista moderadao según la cual òlas leyes  
pueden ser injustas, pero deben ser igualmente obedecidas salvo en casos extremoso<sup>165</sup>.

Ahora bien, ya situados en nuestro contexto jurídico-político, podemos advertir que desde el punto  
de vista del derecho constitucional, el concepto de justicia material, también ha sido tratado y es  
explicado en relación con la justicia formal; en tal sentido, nuestra corte constitucional ha  
manifestado que la expresión òjusticia materialo en múltiples oportunidades es asimilada a la  
prevalencia del derecho sustancial que en Colombia se fundamenta en el artículo 228 de la  
Constitución Política, y han sido en muchos casos contrapuestas con el proceso judicial. Estas son  
ideas diversas, pero que nutren el camino que sigue la justicia judicial hacia la justicia social<sup>166</sup>.

Nuestra corte constitucional, sobre la noción misma de justicia material ha considerado que ésta se  
opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación  
jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y  
por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar  
una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales<sup>167</sup>.

Sobre los alcances y aplicación por parte de los jueces, en sus decisiones, de la preeminencia de la  
justicia material, por encima de la justicia formal, en caso de colisión entre estas dos concepciones

<sup>163</sup> DORADO PORRAS, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en  
defensa del iuspositivismo*. Madrid: DYKINSON, 2004, p.98.

<sup>164</sup> Ibid., p. 98.

<sup>165</sup> BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico*. En: ID., *El problema del positivismo jurídico*. p. 79. Obra  
citada por DORADO PORRAS, Javier.

<sup>166</sup> RAMIREZ CARVAJAL, Diana. *Reflexiones sobre la justicia en el proceso Vs la justicia material*.  
Universidad de Medellín. 2007, p. 167.

<sup>167</sup> Corte constitucional, sentencia T-429 del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y  
cuatro (1994).Magistrado ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Expediente T-39312.

Aplicar la justicia, nuestra corte constitucional ha señalado que la aplicación absoluta e invariable óaquí coincide con el pensamiento de la ideología iusnaturalista moderada, según BOBBIO- en donde ha sostenido que, en contraste, este tribunal también ha manifestado que el principio de la justicia material no puede ser considerado como absoluto en cuanto a su aplicación para la determinación de una situación jurídica. En este sentido, ha sostenido que dicho supuesto es ónsostenible teóricamente e impracticable judicialmenteó dado que se estarían desconociendo las formalidades establecidas para el reconocimiento del derecho en beneficio de una consideración fáctica. En este punto es importante señalar que el artículo 229 de la Constitución consagra el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, en virtud del cual ólas formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismasö. En definitiva, tanto la actividad estatal como la función de administración de justicia están sometidas a la aplicación de los requisitos, formas y procedimientos establecidos para la demostración de los hechos que llevan al reconocimiento de los derechos reclamados. Sin embargo, en aras de la efectiva protección de las garantías fundamentales se deben ponderar tales requisitos con los demás principios que conforman el ordenamiento jurídico, para que sus decisiones no se basen únicamente en la observancia de la ritualidad sino en las condiciones específicas del afectado y las circunstancias particulares del caso concreto<sup>168</sup>.

De acuerdo con el carácter consecuente de dicha posición, a no dudarlo, podemos inferir intuitivamente que, la corte frente a la preeminencia de la justicia material sobre la formal o viceversa, adopta una posición ecléctica, pues toma los principios de ambas teorías (ideología iusnaturalista extrema e ideología iusnaturalista moderada) y deja a consideración del juez la aplicación de una u otra de acuerdo con las condiciones específicas del afectado y las circunstancias particulares del caso concreto.

A partir de esta delimitación conceptual podemos inferir que la justicia material, en contraposición con la justicia formal, es aquella que forma de pensamiento o corriente del derecho natural que se fundamenta en valores y principios naturales que no hacen parte de la justicia formal, del derecho positivo o del procedimiento judicial preestablecido, pero que encuentra asidero en lo justo, en lo correcto y su aplicación depende de la situación concreta de cada caso en particular.

Es así como, luego de discurrir por las sentencias objeto de estudio, podemos inferir que, el juez contencioso administrativo, al no haber podido establecer a través de la justicia formal o de los lineamientos jurisprudenciales que fundamentan la teoría del daño especial, sentados de vieja data por el mismo y máximo tribunal de lo contencioso administrativo, para efectos de poder imputarle responsabilidad civil extracontractual al Estado, acoge para esos dos casos concretos a la solidaridad y la equidad como fundamentos objetivos de responsabilidad civil extracontractual y sobre esos principios erige su sentencia.

#### **4.5. La responsabilidad civil del Estado desde la justicia distributiva**

El concepto, la virtud o el valor de la justicia ha sido entendido de múltiples maneras, por todos aquellos que han abordado dicha temática, esto, desde la misma antigüedad y en razón a la

<sup>168</sup> Corte constitucional, sentencia T-618 del nueve (9) de septiembre de dos mil trece (2013). Magistrado ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Expediente T-3945021.

a sociología, el derecho, etc. El diccionario de la real academia varias acepciones, entonces se considera traer a colación algunas de ellas: (Del lat. iustitia). 1. f. Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece, 2. f. Derecho, razón, equidad, 3. f. Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene, 4. f. Aquello que debe hacerse según derecho o razón. Pido justicia. En esa línea, se puede observar que una de las principales ideas que ha acompañado a la reflexión filosófica desde sus inicios es sin duda la idea de justicia. En las obras de los grandes filósofos siempre podremos encontrar algún pasaje dedicado especialmente a ella: desde Platón y Aristóteles, pasando por Hobbes, Locke, Hume, Rousseau y Kant, hasta Mill y Marx, por mencionar solo alguno de los autores más relevantes<sup>169</sup>.

Con arreglo a esas consideraciones, desde ya se advierte que, a dicho valor, virtud o concepto, no se le ha dado un tratamiento unívoco que nos permita inferir una conceptualización única o invariable sobre este particular.

Por tal razón y en relación, ya con la disciplina del derecho y la filosofía, se han establecido o clasificado diferentes conceptos y formas de justicia, pues, en un sentido amplio la justicia equivale al ejercicio de todas las virtudes, referido a otro. De aquí una de las notas fundamentales de la justicia: la alteridad. En sentido restringido, la justicia es una virtud ética particular, en la que se da además de la alteridad, la nota de igualdad. En la justicia se aplica y realiza el principio de igualdad como fundamento de la cohesión y la armonía en la vida social. El principio de igualdad puede aplicarse en dos maneras, dando así lugar a dos especies de justicia la justicia distributiva y la correctiva o sinalagmática, que a la vez se subdivide en conmutativa y judicial<sup>170</sup>.

Sobre lo que si se ha establecido un consenso es respecto a varias formas de justicia y, dentro de ellas, las que nos interesan, de acuerdo a la finalidad de este estudio, son los conceptos basilares de la justicia distributiva y de justicia correctiva.

El tema de la justicia distributiva ha cobrado gran importancia desde la segunda mitad del siglo XX debido, entre otras cosas, a la publicación del libro de John Rawls *Teoría de la Justicia*. También influyó el acercamiento de la filosofía a los desarrollos que tuvieron lugar en la teoría económica y la teoría política. Cuando hablamos de justicia distributiva entra en juego la discusión sobre los principios que se utilizan para asignar recursos y sobre la clase de Estado que se necesita para llevar a cabo la distribución<sup>171</sup>.

La justicia distributiva ósegún Aristóteles- se realiza en forma de *proporción geométrica*, ya que tiene por objeto el **reparto de honores y bienes en la comunidad**, y exige que cada cual perciba de acuerdo con sus méritos. Es el principio de igualdad el que postula una desigualdad de trato, que siendo los méritos distintos, también lo han de ser los premios.... Si la justicia **distributiva** ordena las relaciones entre la sociedad y sus miembros, la justicia **correctiva** o sinalagmática ordena la de los hombres entre sí. Cuando interviene en ella como elemento principal la voluntad de los

<sup>169</sup> DI CASTRO, Elisabetta y DIERTELEN, Comps. *Debates sobre justicia distributiva*. México D.F.: Universidad nacional autónoma de México, 2005, p.7.

<sup>170</sup> GONZALEZ DIAZ, Lombardo. *Compendio de historia del derecho y del Estado*. México D.F.: Llimusa Noriega editores, 2004, p. 113.

<sup>171</sup> DIETERLEN, Paulette. *Justicia distributiva*. En: HERRAN, Eric. *Filosofía Política contemporánea*. México D.F.: Universidad nacional autónoma de México, 2004, p.95.

ativa: y se llama **judicial** cuando se impone e incluso contra la  
on del juez, como sucede con el castigo de un delito<sup>172</sup>.

La justicia distributiva se ocupa precisamente de la estructura que presenta la distribución de los bienes sociales en las *polis*: se ocupa de la distribución de honores, o dinero o cualquier otra cosa que se reparte entre quienes comparten el régimen político (*politeia*)<sup>173</sup>.

Así las cosas, desde el punto de vista de la justicia distributiva, la responsabilidad civil del Estado<sup>174</sup>, está llamada a operar, para efectos de compensar los daños antijurídicos sufridos por las personas dentro del Estado. Ahora bien, dentro de esta posición dimana la disyuntiva que puede presentarse en razón a que la repartición de los bienes y honores debe realizarse de acuerdo a lo que Aristóteles consideró el: *mérito*, lo cual incluye una situación de desigualdad, pues la igualdad propia de la justicia distributiva tendrá un carácter proporcional<sup>175</sup>.

Pues bien, dentro de la concepción política del Estado moderno, la concepción de igualdad formal matemática viene siendo superada por los consensos políticos y concebida como principios que regulan la actividad de los Estados, situación a la que no es ajena el Estado colombiano, pues en el artículo 13 de la constitución política de 1991, instituyó al principio de la igualdad, en sentido formal ó igualdad ante la ley-, empero la misma preceptiva establece que se propende por la igualdad en sentido material, como aspiración real del Estado. Contenidos que ha desarrollado la jurisprudencia del máximo tribunal constitucional, entendiendo que, ese es, precisamente, el sentido que el constituyente le quiso imprimir al texto constitucional<sup>176</sup>.

De acuerdo con este marco valorativo y teniendo de presente las nociones ya definidas de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, con sus elementos y características, así como los alcances del principio de solidaridad, se considera, que el Estado, bien puede, con el fundamento jurídico filosófico de la justicia distributiva y en virtud de los principios de la solidaridad y la igualdad, responder integral y civilmente, en sede administrativa, por los daños antijurídicos que se

<sup>172</sup> *Ibíd.*, p. 113.

<sup>173</sup> GONZALEZ, José y THIEBAUT, Carlos. Convicciones políticas, responsabilidades éticas. Barcelona: Anthropos, 1990, p.113.

<sup>174</sup> Y, digo: õresponsabilidad civilõ omitiendo conscientemente la noción de responsabilidad civil extracontractual, en razón a la consideración, que más adelante se demostrará, de que la responsabilidad civil extracontractual del Estado, opera en el contexto de la justicia correctiva en su modalidad de judicial.

<sup>175</sup> GALLEGO, Elio. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid: DYKINSON. Reimpresión 2005, p.18.

<sup>176</sup> (...). DERECHO A LA IGUALDAD-Alcance frente a grupos tradicionalmente discriminados o marginados - La igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano. La Constitución reconoce la igualdad, como un principio, como un valor, y como un derecho fundamental, que va más allá de la clásica formula de igualdad ante la ley, para erigirse en un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material. Bajo esta perspectiva, un propósito central de la cláusula de igualdad, es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados; protección que en un Estado social de derecho, se expresa en una doble dimensión: por un lado, como mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios (mandato de abstención) y, por el otro, como un mandato de intervención, a través del cual el Estado está obligado a realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos (mandato de intervención). Corte constitucional, Sentencia T -291 del veintitrés (23) de Abril de dos mil nueve (2009). Magistrado ponente: CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ. Expediente: T-2043683 y acumulados.

estas no estén en la obligación jurídica de soportar, como una él no sea el responsable de los mismos debido a su conducta activa u omisiva, habida cuenta de ser precisamente esa la teleología de la justicia distributiva desde que Aristóteles se encargó de definirla, pues el repartir entre los asociados o personas de las polis (ciudades) los bienes y los honores, no se corresponde o fundamenta por ningún matiz filosófico o jurídico con los postulados de la responsabilidad civil extracontractual, pues aquella opera en el campo de las relaciones entre individuos considerados entre sí dentro de la comunidad. Situación que a renglón seguido se demostrará.

#### **4.6. Fundamento de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde la justicia correctiva**

De entrada se hace necesario aquilatar que, en general, las circunstancias en las cuales la justicia distributiva y la justicia correctiva son aplicables suelen ser diferentes, aunque nada de lo que he dicho en el apartado anterior impide reconocer que es posible que exista algún solapamiento entre ambas<sup>177</sup>.

La justicia correctiva, rectifica el desbalance causado por el daño o el beneficio inmerecido. Se obedece el principio de la igualdad buscando el punto intermedio entre beneficio y daño. La justicia correctiva se aplica tanto en las relaciones voluntarias como involuntarias. Las primeras se refieren al área de las relaciones contractuales. Las segundas son las nacidas del delito o cuasidelito<sup>178</sup>.

La justicia correctiva puede presentarse en distintas formas. Su carácter es conmutativo cuando, en el campo contractual principalmente se establecen relaciones de intercambio de acuerdo con cierta medida e importa asegurar que la medida prevalezca en caso de disputa. En el caso de los delitos se presenta como justicia judicial y se procede a la reparación contra la voluntad de las partes<sup>179</sup>.

Así mismo, la justicia correctiva puede considerarse en dos aspectos: en tanto que determina la formación de la relaciones de cambio según una cierta medida, y se presenta entonces como justicia conmutativa o en cuanto tienda hacer que prevalezca dicha medida en las cosas de controversias. Con el imperativo de la intervención del juez, y surge entonces como justicia judicial. En materia de delitos, la justicia correctiva se aplica necesariamente en forma judicial, puesto que se trata precisamente de reparar, contra la voluntad de una de las partes, un daño injustamente realizado. Además, cabe destacar que, la justicia correctiva también puede denominarse justicia rectificativa o igualitativa, se aplica por consiguiente, para toda clase de cambios y de interferencias, tanto de naturaleza civil como penal<sup>180</sup>.

<sup>177</sup> PAPAYANIS, Diego. Op. Cit., p.209.

<sup>178</sup> TRIAS MONGE, José. *Teorías de adjudicación*. Puerto Rico: Editorial de la universidad de Puerto Rico. 2000, p.20.

<sup>179</sup> Ibid., pp.20-21.

<sup>180</sup> GONZÁLEZ VALENCIA, Agenor. *La justicia social como fin primordial de los derechos humanos*. México D.F.: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006. p.18.

de alguna manera causa de la justicia distributiva: no es más la justicia distributiva la principal de las justicias parciales y la razón de ser de aquella. ¿Por qué ocurre esto? Porque el fin de la justicia distributiva no es otro que el reparto justo óesto es igual- de los bienes y cargas públicas atendiendo a los méritos de los ciudadanos que participan de dicha comunidad, lo que conlleva, dada la naturaleza del bien común a repartir, un tipo de igualdad proporcional a la cualidad de los sujetos. Una vez establecido esto en cada momento, adquiere sentido ejercer la segunda, la justicia correctiva, pues ésta toma como punto de partida el objeto de la anterior justicia: su fin no es otro que salvaguardar lo justo de ese reparto óque presupone siempre- y sólo entra en acción cuando ese reparto se ve injustamente desequilibrado en las relaciones particulares ó voluntarias o involuntarias- de los sujetos considerados ahora no ya en tanto que parte de la comunidad política, sino absoluta e independientemente. Esto último explica, en segundo lugar, que el criterio de igualdad o justicia que permite adecuar esta transacción estrictamente privada no sea ya de tipo geométrico, como en el caso de la justicia distributiva, sino de tipo aritmético. Presuponiendo como punto de partida lo justo en la distribución proporcional de los bienes comunes, se trata, únicamente de equiparar entre las relaciones particulares de los sujetos, la prestación y contraprestación de sus bienes óya privados -corrigiendo o rectificando para ello, con arreglo a un criterio exclusivamente numérico - pues nada hay que repartir, esto ya se ha hecho- el exceso de uno sustrayéndoselo, y compensado así la deficiencia del otro<sup>181</sup>.

Mediante la corrección de la injusticia que el demandado ha infligido al demandante, la justicia correctiva declara que existe una **conexión** entre el remedio jurídico y el daño. Desde la perspectiva de la justicia correctiva, un tribunal óla justicia encarnadaö en la hermosa formulación de Aristóteles- no trata el litigio como una tarea moralmente neutral ni como la determinación de cuál es el mejor curso de acción futuro tomando en consideración todos los factores relevantes. En vez de ello dado que el objetivo del tribunal es corregir la injusticia infligida por una parte a otra, el remedio responde a la injusticia y se esfuerza, en la mayor medida posible, por deshacer tal injusticia<sup>182</sup>.

Teniendo como punto de partida las anteriores conceptualizaciones y, al realizar un acercamiento o aparejamiento sobre la naturaleza ius filosófica de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, en especial teniendo en cuenta su naturaleza litigiosa, la cual es dirimida por una autoridad judicial (juez contencioso administrativo), la forma de reparar aún en contra la voluntad de una de las partes, que deviene como consecuencia de la declaración de aquella, de acuerdo a las partes que actúan dentro del proceso (el Estado es una parte y actúa como persona jurídica dentro de los mismos), de acuerdo al daño causado por una de las partes, en esta caso por el Estado, que desequilibra las cargas sociales, se puede considerar que dicha forma o clase de responsabilidad, descansa o tiene plena identidad en los fundamentos ius filosóficos de la justicia correctiva. No en otra forma de justicia.

Con arreglo a todo lo anterior puede decirse que, la responsabilidad civil extracontractual del Estado, es aquella que se origina dentro de las relaciones individuales de los actores sociales (teniéndose al Estado como tal, a través de sus agentes), la cual, en función del principio de igualdad tiene una dimensión rectificadora del daño irrogado a la víctima, el cual debe ser reparado o indemnizado de acuerdo con la magnitud del mismo, en razón de la conexión involuntaria que surge entre las partes cuando se produce el perjuicio. De tal suerte, que debe haber una conexión y,

<sup>181</sup> MUINELO COBO, José. *La invención del derecho en Aristóteles*. Madrid: DIKINSON, 2011, pp. 75-76.

<sup>182</sup> WEINRIB, Ernest. Op. Cit., p.328.

ar legítimo (para la responsabilidad objetiva) o del proceder  
bilidad subjetiva) del sujeto que produce el daño. Si es otra la  
consideración, no existe dicha conexión.

Por manera que, como colorarío preliminar podemos considerar que, la responsabilidad civil extracontractual -o relaciones involuntarias-, desde la perspectiva de la justicia correctiva, y más específicamente la justicia correctiva *judicial*<sup>183</sup>, propende por restablecer el desequilibrio causado por las relaciones civiles involuntarias nacidas entre individuos particulares e independientes considerados dentro de una sociedad, como consecuencia del daño sufrido o derivado del delito o cuasidelito (daño antijurídico en derecho administrativo), con la propensión de rectificar de forma aritmética, es decir, es su justa medida, el desbalance causado por el perjuicio al bien particular.

#### 4.7. ¿Pueden o no existir diferencias entre las formas de reparación indemnizatoria o compensatoria de daños?

Desde un punto de vista panorámico o desprevenido pareciera que entre estos dos términos no existiese una diferencia de fondo, tomados en relación con las consecuencias de la declaración de responsabilidad civil extracontractual. No obstante, comportan diferencias que si bien es cierto no son tan sustanciales sirven a efectos de delimitar su comprensión dentro del campo de la responsabilidad civil extracontractual.

Ahora, podemos observar que tanto la doctrina como la jurisprudencia no han delimitado desde el punto de vista de la reparación del daño antijurídico, dichos conceptos, y los utilizan indistintamente como si se trataran de palabras sinónimas.<sup>184</sup>

Así las cosas, se hace imperioso recurrir a la etimología de las palabras en estudio, con el objeto de auscultar el origen y significado de cada convención lingüística.

El diccionario Larousse sobre la palabra **compensación** establece como acepción: la acción de compensar, de consolar. Extinción de obligaciones vencidas entre varias personas recíprocamente acreedores y deudoras y, compensar como igualar una cosa con otra: compensar las pérdidas con las ganancias<sup>185</sup>; mientras que para la palabra indemnización la define como la acción de indemnizar. Reparación legal de un daño o perjuicio causado e indemnizar como resarcir un daño o perjuicio: indemnizar a las víctimas de un accidente<sup>186</sup>.

Por su parte, el diccionario de la real academia de la lengua española define a la primera en su tercera acepción como: f. Der. Modo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras. Consiste en dar por

<sup>183</sup> GONZALEZ DIAZ, Op. Cit., p.113.

<sup>184</sup> En este sentido consúltese la sentencia de la Corte constitucional, sentencia C-099 del veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013). Magistrada ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Expediente D-9214.

<sup>185</sup> GARCÍA, Ramón, PELAYO y GROSS. *Diccionario Larousse ilustrado*. Argentina: Ediciones Larousse, 1984, P. 253.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 572.

cantidad concurrente. Y, ya para efectos de definir a la palabra  
ión como: indemnizar, Resarcir de un daño o perjuicio.

Lo cierto es, lo que trasluce la raíz etimológica de dichas palabras, es que su significado no es igual, no son palabras con un sentido equivalente como se le ha querido hacer ver.

Con base en ese escenario podemos colegir que la indemnización por daños, deviene como consecuencia cierta y directa de un proceso legal de responsabilidad civil (contractual o extracontractual), en donde, y en caso de ser condenado, el demandado, se le ordena por parte del tribunal o juez dejar indemne al perjudicado, en razón de un perjuicio o daño causado. Así lo ha considerado la corte constitucional, al establecer que la reparación debe ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional al daño sufrido y comprende la restitución de la persona afectada al estado en que se encontraba antes de la violación; la indemnización de los perjuicios ocasionados, de los daños físicos y morales, la rehabilitación de la víctima y la adopción de medidas de no repetición<sup>187</sup>.

Ahora bien, el concepto de compensación, como se vio, no deviene en estricto sentido como un mandato de carácter judicial ante la causación de daños, sino como una obligación de carácter moral o natural que propende por compensar por fuera de los estrados judiciales, los daños irrogados entre pares en igualdad de posiciones, es decir, como una forma de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras<sup>188</sup>, lo cual encuentra asidero en el concepto de justicia correctiva; es decir, te compenso porque te causé un daño y dicha actividad la realizo de forma voluntaria; en otras palabras, se compensa cuando se ha dañado a otro par, sin que medie orden judicial y, se indemniza cuando el mandato deviene como la orden imperativa de un juez para resarcir el daño irrogado.

Retomo lo dicho para observar que, desde el punto de vista de la responsabilidad civil y de la justicia correctiva, las dos acciones (compensar o indemnizar) pueden operar; empero en escenarios totalmente diferentes, habida cuenta que, si civil y extracontractualmente se causó un daño, se puede compensar el perjuicio irrogado a la víctima de forma previa a un proceso por responsabilidad<sup>189</sup> y, ante la eventualidad y prosperidad de dicho juicio, el juez declara la responsabilidad de alguna de las partes, entonces lo que ordenaría técnicamente a la parte vencida sería, indemnizar los daños, pues ya no media la voluntad entre las partes en condiciones de

---

<sup>187</sup> Corte constitucional, sentencia T-085 del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009). Magistrado ponente: JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Expediente: T-2.050.591, T-2.056.396, T-2.056.402 (Acumulados).

<sup>188</sup> En este caso el Estado sería deudor desde el punto de vista de la justicia social o desde la justicia distributiva, no de la correctiva.

<sup>189</sup> Responsabilidad en sentido jurídico es la obligación que tiene un sujeto de derecho (por ejemplo, una persona, una compañía o un Estado) a dar compensación por daños ocasionados por una acción de la cual es responsable esa persona jurídica. KUMMER. *Responsabilidad y compensación en el contexto de la convención sobre biodiversidad y el protocolo sobre biodiversidad*. San José, de Costa Rica: Instituto iberoamericano para la agricultura IICA. 2007, p. 7.

ciones recíprocas, sino la orden expresa de un juez, que como  
al, es el que ordena la acción indemnizatoria<sup>190</sup>.

#### 4.8. Límites a la compensación de daños en sede administrativa

En la reciente sentencia de constitucional referenciada C-099 del 27 de Febrero de 2013, nuestra corte constitucional en juicio de constitucionalidad realizado a la ley 1448 de 2011 o ley de asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, en relación con los daños causados por agentes del Estado en los eventos en que se trate de daños antijurídicos producidos por crímenes de lesa humanidad, tales como tortura, genocidio, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, y violaciones, entre otros, determinó que la reparación administrativa puede resultar adecuada; empero, en los casos en que se trata de daños antijurídicos causados por crímenes de lesa humanidad, la imposibilidad de acudir a la justicia para obtener una reparación pecuniaria complementaria resulta manifiestamente desproporcionada, para los derechos de las víctimas y para el deber constitucional del Estado establecido en el artículo 90 Superior, pues no podrá entenderse que la compensación en sede administrativa se produce en el marco de un contrato de transacción, pudiéndose descontar de la reparación que se reconozca por vía judicial a cargo del Estado, los valores pagados por concepto de reparación administrativa<sup>191</sup>.

Así pues, ante esta nueva concepción jurisprudencial, cuando se pretenda la reparación de daños en sede administrativa queda abierta la posibilidad para la víctima de daños antijurídicos, sufridos por violaciones o delitos de lesa humanidad, de acudir ante jurisdicción o justicia contenciosa administrativa, efectos de hacer valer sus derechos cuando en sede administrativa no se compensen los daños irrogados por agentes estatales y, aun habiéndose compensado, poder demandar sin que se considere que sea descontable de la indemnización- en caso de ser condenado el Estado- el descuento de la compensación a *fort fait*. En este tipo de contextos, el principio de reparación proporcionada al daño entra en una tensión aguda con otros deberes del Estado, en especial su obligación de proveer servicios sociales a todas las personas pobres, incluso si no han víctimas de crímenes atroces. Esta situación genera entonces...una aguda tensión entre la justicia correctiva y la justicia distributiva... Por consiguiente, es la tensión entre el deber de los Estados de realizar todos los esfuerzos para rectificar un daño injusto perpetrado contra una víctima (justicia correctiva), y su deber de realizar igualmente todos los esfuerzos para alcanzar una distribución equitativa de los bienes y cargas entre todos los miembros de la sociedad (justicia distributiva)<sup>192</sup>.

Con base en ese escenario se puede llegar a establecer que la compensación, en estricto sentido jurídico, bien puede darse en sede administrativa por parte del Estado, sobre aquellas víctimas de daños antijurídicos que no están en la obligación de soportar. No obstante, esta compensación no

<sup>190</sup> Consultar la sentencia del Consejo de estado, sección tercera, sentencia del diez (10) de mayo de dos mil uno (2001). Consejero Ponente: JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS. Radicación: 20001-23-31-000-1993-0273-01(11783).

<sup>191</sup> Para la verificación de estos efectos se puede consultar la Sentencia de la corte constitucional C-099 de 2013- Referencia: expediente D-9214- Magistrada sustanciadora: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA - Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)

<sup>192</sup> UPRIMNY, Rodrigo. *Transformative reparations of massive Gross human rights violations: Between corrective and distributive justice*. En: *Netherland Quaterly of human rights*, vol. 27. No. 4. Cita primigenia en: RINCON, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario. 2010, p.13.

tapistas que anule el derecho de la víctima a reclamar la  
de judicial, cuando considera que con aquella compensación no  
fue reparado de forma integral teniendo en cuenta la magnitud del perjuicio irrogado.

De lo que viene a colegirse que, la compensación pagada por el Estado, en sede administrativa, como manifestación de la justicia distributiva, tiene como límites, dentro del sistema normativo colombiano, los daños antijurídicos causados por crímenes de lesa humanidad, tales como la tortura, genocidio, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, y violaciones, entre otros, o cuando concurran en una misma víctima varios de estos hechos y éstos sean atribuibles a agentes del Estado, por lo que le asiste aquellas la facultad de acudir ante la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo, ahora sí, con miras a obtener la indemnización plena e integral del perjuicio.

#### **4.9. ¿Existen en Colombia, Fondos públicos de compensación y Fondos públicos de ayuda humanitaria?**

En relación con esta temática necesario tal vez resulta realizar un breve estudio de derecho comparado entre la forma como el Estado francés compensa a las víctimas de situaciones dañosas no imputables a su conducta activa u omisiva<sup>193</sup> en relación con el derecho de la responsabilidad civil extracontractual del Estado y las políticas públicas que pudo haber adoptado el Estado colombiano en esa misma materia.

Pues bien, de acuerdo al sistema normativo del Estado Francés, debido a la exigencia de la ciudadanía sobre un mejoramiento de las indemnizaciones para las víctimas debido a una ola de atentados terroristas en los años 70 y 80, se expidió la ley 9 de septiembre de 1986, varias veces completada y reorganizada lo que buscó responder a esa espera<sup>194</sup>. En donde el legislador francés tuvo como objeto mejorar y reforzar la garantía del seguro en donde se prohibió la cláusula de exclusión tradicional de dicho contrato. De esta manera, los contratos de seguro no podía excluir la garantía del seguro por los daños resultantes de los actos de terrorismo o de atentados cometidos en el territorio nacional francés. Además, el decreto de aplicación completó esta interdicción prohibiendo también en sus mismos contratos, las exclusiones a los topes de garantía que apuntaran especialmente a los daños que tuvieran como origen un acto de terrorismo o un atentado<sup>195</sup>.

De entrada puede advertirse que el Estado francés en lo relacionado con los daños causados por actos terroristas, no asume por conducto de la responsabilidad civil extracontractual del Estado la indemnización de dichos daños y los trasladó al contrato de seguros excluyendo de ellos la cláusula de exclusión tradicional que antes de la precitada ley aquellos contenían.

En materia de responsabilidad por actos terroristas TAMAYO JARAMILLO, considera que en Francia no está consagrado el régimen de responsabilidad del Estado por actos terroristas y que por el contrario lo que existe son sistemas de indemnización basados en principios de solidaridad

---

<sup>194</sup> GENEVIÉVE, Viney - MONTOYA MATEUS, Fernando, Traductor. *Tratado de derecho civil introducción a la responsabilidad*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007, p.263.

<sup>195</sup> *Ibid.*, pp.263-264.

espalda su criterio basado en una obra francesa de ROUGEN

<La responsabilidad del poder público francés no puede comprometerse, ni sobre el terreno de la falta, ni sobre el de la igualdad ante las cargas públicas (salvo una ley que establezca un régimen especial de indemnización), del hecho de daños cuyo hecho generador este ligado a la conducción de la guerra a operaciones de guerra. Esta regla planteada desde un comienzo, se mantiene invariable por la jurisprudencia. En ausencia de una disposición legislativa que brinde derecho a la indemnización, la responsabilidad del estado no podría comprometerse por ese hecho. (Redacción de la decisión del Consejo de Estado 31 de mayo de 1961, compañía francesa de cueros, rendida a propósito del desvío de un navío sobre Inglaterra en mayo de 1940)<sup>197</sup>

En el mismo sentido el profesor español RICARDO DE ANGEL YAGUEZ, plantea que la indemnización en Francia por actos terroristas se lleva a cabo por medio de un fondo de garantía (creado sobre el modelo de accidentes de circulación que se financia por medio de un impuesto que grava todas las pólizas de seguro sobre la propiedad)<sup>198</sup>

No obstante, el papel del fondo de garantía es más amplio en caso del atentado terrorista puesto que entonces es él quien verifica la existencia del derecho a indemnización y evalúa la misma, mientras que, para las infracciones ordinarias es la comisión de indemnización de las víctimas de infracciones (CIVI) la que debe hacerlos y el fondo debe sólo pagar<sup>199</sup>.

Ahora bien, para efectos de determinar cuál ha sido la respuesta del Estado Colombiano en materia de protección de la integridad y del patrimonio de las víctimas de daños antijurídicos, entre otros, se hace necesario a este estudio establecer los mecanismos resarcitorios utilizados y nos encontramos que ya en vigencia de la constitución de 1991, como primer antecedente, por vía legal con la expedición del decreto 444 de 1993<sup>200</sup>, el cual fue expedido por el ejecutivo ante las facultades extraordinarias derivadas de la declaración del estado de conmoción interior dispuestas mediante los decretos 1793 de 1992 y 261 de 1993, en el cual se establecieron ayudas humanitarias para las víctimas de atentados terroristas, en donde se estableció que el Estado no asumía por vía general dicha responsabilidad, lo establecía como ayudas humanitarias con algunos beneficios a favor de las víctimas, lo cual de cierta manera ya nos muestra **la génesis del problema** que hoy nos ocupa, pues el Estado por esta senda, si bien es cierto asume una posición muy plausible, pues las víctimas de estas acciones por medios legales no venían siendo protegidas, no propendió en esta normativa por una reparación integral del daño, sino, que por el camino de la solidaridad realizó ayudas administrativas humanitarias insuficientes que desde ninguna perspectiva reparaban integralmente el daño causado, lo que dejó abierta la posibilidad para que los afectados acudieran a

<sup>196</sup> RUIZ OREJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Segunda edición. Bogotá D.C.: ECOE EDICIONES. 2013, p. 319.

<sup>197</sup> ROUGEN, Vabille. Cita primigenia por TAMAYO JARAMILLO (1997), p. 94. Cita secundaria por RUIZ OREJUELA, Wilson (2013), p. 319.

<sup>198</sup> ROUGEN, Vabille (1973), pp 511 y ss. Citado por RUIZ OREJUELA, Wilson (2013), p. 264.

<sup>199</sup> Ibid., p. 264.

<sup>200</sup> MARTINEZ RAVE Gilberto y MARTINEZ TAMAYO Catalina. Op. Cit., p. 654.

os de deprecar su reparación integral por el título subjetivo de  
epcional por el título del daño especial.

Posteriormente se expidió la ley 104 de 1993, con una corta vigencia de dos años, la cual acogió desde sus artículo 18 al 47, por vía de ley formal, mecanismos de protección a las víctimas de atentados terroristas y desde sus artículos 63 al 75 estableció los beneficios y protección debidas a dichas personas intervinientes en los procesos penales por actos delincuenciales diferentes a los terroristas; empero se siguió con el mismo matiz del decreto 444 de 1993. Ante la expiración de la ley 104 de 1993, se expidió la ley 241 de 1995, la cual prorrogó la vigencia de la ley precitada, por dos años más. Ya en el año de 1997, se expidió la ley 418 que extendió la vigencia definitivamente hasta el 26 de diciembre de 1999; posteriormente se expidió la ley 515 que prorrogó la vigencia de la ley 418 de 1997; para el año 2002 se expidió la ley 782 que prolongó la vigencia de la ley 418 de 1997; es decir, se continúa con la modalidad de excepcionalidad de las ayudas humanitarias a las víctimas y no como una política seria y sostenible del Estado en procura de una indemnización administrativa plena e integral de daños que desnaturalice la acción -ahora pretensión o medio de control- judicial de la reparación de daños.

En el año de 1993, se expidió la ley 100 la cual entró en vigencia el primero de abril de 1994, por medio del cual se estableció en nuestro sistema normativo el sistema general de seguridad social integral y a través del decreto 1813 de 1993, se reglamentaron y distinguieron los riesgos originados por atentados terroristas, entre otros, para efectos de ordenar algunos beneficios por medio del fondo de solidaridad y garantías Fosyga, como servicio médicos, psiquiátricos, hospitalarios y quirúrgicos e indemnizaciones por incapacidad permanente parcial hasta por 180 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por muerte hasta 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes y gastos funerarios hasta por 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes transporte a centros asistenciales hasta por 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La ley 548 de 1999 instituyeron la red de solidaridad social encargada de atender a las personas afectadas por los hechos derivados del conflicto armado, de las circunstancias que dicha confrontación comporta y a las personas desplazadas.

Mediante el decreto 2764 de 1990 y sus posteriores desarrollos legales, el Estado dispuso contratar con algunas aseguradoras, a través del Ministerio de hacienda, para que se cubrieran los riesgos por atentados terroristas contra los vehículos de servicio público. No obstante, luego de que el Estado pagara cuantiosas primas para cubrir dichos riesgos, las aseguradoras hacían y hacen todo lo posible para excusarlos, para reducirlos y para no pagarlos, lo cual hace que el afectado, nuevamente, tenga que acudir por diferentes vías judiciales en procura de defender su patrimonio<sup>201</sup>.

Con la expedición de la ley 387 de 1997, se crea el sistema nacional de atención integral a la población desplazada por la violencia (Snaipd) conformado por el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias que realizaran planes, programas proyectos y acciones para la atención integral de la población desplazada por la violencia y define las competencias institucionales para tal fin<sup>202</sup>.

La ley 975 de 2005 o ley de ñjusticia y pazö, de acuerdo a su artículo primero tenía como objeto garantizarle los derechos a las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y el artículo quinto

<sup>201</sup> Ibid., p. 654 y ss.

<sup>202</sup> ARBOLEDA GARCÍA, Juan. *El lugar de las víctimas en Colombia*. Bogotá D.C: Temis, 2013, p. 187.

..., por este medio no se lograron avances en esta materia y se resarcitorio, como un medio político para traer a la legalidad a grupos de autodefensas a través de mecanismos judiciales que no han arrojado ningún significado. Nuevamente los derechos de las víctimas se ven burlados y, al alternativa sigue siendo, por vía de acción -ahora mecanismo de control- ante el juez de lo contencioso administrativo y el constitucional por vía del control en concreto de constitucionalidad.

La reciente ley 1448 de 2011, o ley de víctimas del conflicto armado colombiano, en su artículo primero tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo tercero de esa misma ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición. No obstante merece la crítica la limitación del concepto de víctima de acuerdo a la ocurrencia de los hechos, es decir desde el primero de enero del año 1985, lo cual si bien es cierto fija un límite indemnizatorio, no se corresponde con el concepto de víctima del conflicto por que esta lo es indistintamente de la fecha de la causación de los perjuicios a ella causados y en su artículo 132 establece de forma general los mecanismos para la compensación de daños por vía administrativa, los instituye como un contrato de transacción con el objeto de precaver futuros procesos judiciales o terminar un litigio pendiente deja un sabor agrí dulce pues la reparación integral por la ruta del contrato de transacción no se puede obtener en forma plena. Tanto es así, que en su artículo 133, entre otros, deja abierta la posibilidad de que la persona victimizada pueda acudir a la jurisdicción especializada, obtener la indemnización plena e integral del daño y descontarse de aquella lo recibido en sede administrativa. ¿Por qué, entonces no resarcir los daños en sede administrativa de manera integral y no por transacción?

Esto queda claro, las víctimas por el hecho de recibir ayudas humanitarias o compensatorias, no renuncian o pierden sus derechos de reclamarle al Estado, por vía judicial, la reparación plena del perjuicio, tanto del Estado mismo, como de los particulares que resultaren implicados en aquellos.

Así, el derecho a la reparación integral supone el derecho a la restitución de los derechos y bienes jurídicos y materiales de los cuales ha sido despojada la víctima; la indemnización de los perjuicios; la rehabilitación por el daño causado; medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; así como medidas de no repetición para garantizar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan; (vii) la reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tiene tanto una dimensión individual como colectiva; (viii) en su dimensión individual la reparación incluye medidas tales como la restitución, la indemnización y la readaptación o rehabilitación; (ix) en su dimensión colectiva la reparación se obtiene también a través de medidas de satisfacción y carácter simbólico o de medidas que se proyecten a la comunidad; (x) una medida importante de reparación integral es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación<sup>203</sup>.

La reciente ley 1448 de 2011, o ley de víctimas del conflicto armado colombiano, dentro de su articulado creo la ñunidad para la atención y reparación integral de víctimas del conflicto armado lo cual, en principio, puede tomarse como una respuesta positiva y progresista por parte del Estado con el objeto de dignificar y de reparar integralmente aquellas personas, la cual según sus mismas

<sup>203</sup> Corte constitucional, Sentencia C-099 del veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013), Magistrado ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, expediente D-9214.

an número de esta población, lo cierto es que desde una y por qué no decirlo jurisprudencial, lo que se ha podido establecer es que estas ayudas han sido insuficientes, es decir, la reparación no ha sido integral como retóricamente se ha querido hacer ver, pues las personas que han sido victimizadas se encuentran que múltiples situaciones administrativas, trámites y consideraciones burocráticas que hacen nugatorios sus derechos teniendo que acudir a la jurisdicción constitucional en acciones de tutela<sup>205</sup>, contra aquella entidad, con el objeto de poder ser atendidas dignamente.

Luego del recorrido normativo precitado, sin desvirtuar otras conclusiones que se pueden derivar, podemos colegir, que:

- En el ordenamiento jurídico del Estado francés, para efectos de indemnizar los daños causados por atentados terroristas se encuentran establecidos fondos públicos de compensación o de garantía los cuales se nutren de tributaciones grabadas sobre todas las pólizas de seguro sobre la propiedad y para las infracciones ordinarias se creó legalmente la comisión de indemnización de las víctimas de infracciones (CIVI).
- Que en el sistema normativo colombiano no están establecidos esos fondos, esos gravámenes, pues han sido tibias las respuestas del Estado colombiano frente a los daños antijurídicos o perjuicios sufridos por parte de las víctimas del conflicto interno óen todos sus ángulos, guerrillas, paramilitarismo, narcotráfico, delincuencia común organizada etc.- y más que reparación integral, en sede administrativa, lo que se ha hecho, en parte, es reiterar bajo el concepto de ayudas humanitarias, unas pocas ayudas, muy exiguas las cuales se han venido incrementado en los últimos tiempos, es decir, no ha habido una reparación, verdaderamente plena e integral del daño.
- Que con la creación de los fondos de compensación o garantía y la CIVI, para efectos de compensar de manera integral y plena los daños en sede administrativa, no se permite ni legal, ni jurisprudencialmente accionar contra el Estado francés por medio de la responsabilidad civil extracontractual, debido a una falla o falta del servicio público, por falta de los deberes de vigilancia, de prevención y de seguridad, habida cuenta de haber sido compensado el daño, en sede administrativa, lo que no permite comprometer la responsabilidad estatal. Mientras que, en Colombia, la jurisprudencia ha sido prolija en ese aspecto y permite el accionar judicial de la víctima del daño por medio de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, con el objeto de reclamar la indemnización plena e integral del mismo, sin que sea posible el descuento de la compensación otorgada en sede administrativa; esto, más que todo en los eventos en que se trata de daños antijurídicos causados por crímenes de lesa humanidad, tales como tortura, genocidio, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, y violaciones, entre otros, o cuando concurren en una misma víctima varios de estos hechos y éstos sean atribuibles a agentes del Estado.

<sup>204</sup> Hoy en Colombia, 13 ciudades capitales registran más de 100 mil víctimas, y en 9 de ellas, la población afectada por el conflicto armado supera el 50% de la población total, afirmó la directora de la Unidad para las Víctimas, Paula Gaviria. <http://www.unidadvictimas.gov.co/index.php/en/79-noticias/3259-todos-debemos-comprometernos-con-la-reparacion-integral-a-las-victimas-paula-gaviria>.

<sup>205</sup> Ver en este sentido la sentencia: Corte constitucional, Sentencia T-218 de 2014, del primero (1) de abril de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, expediente T-4125439.

posición asumida por el Estado francés en el sentido que si bien es bastante rígida en torno a la prohibición de accionar contra él por daños ajenos a su actuar, éste no deja desamparados a la víctimas de dichas conductas y procura una indemnización plena e integral del daño en sede administrativa, es decir, con fundamento en la justicia distributiva o justicia social, lo que hace que no se desnaturalicen las bases ius filosóficas de la responsabilidad civil extracontractual del Estado la cual tiene su arraigo ontológico en la justicia correctiva o conmutativa judicial.

#### 4.10. El concepto de reparación integral a las víctimas de daños antijurídicos

La reparación integral de las víctimas es un tema complejo pues aborda situaciones en cuanto a bienes patrimoniales y extrapatrimoniales, teniendo como fundamento el sistema normativo nacional y supranacional.

El concepto de reparación integral se encuentra establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998<sup>206</sup>, en donde el legislador estableció como parámetro obligatorio para los administradores de justicia el concepto de reparación integral, a efectos de indemnizar los daños antijurídicos que pudiesen sufrir las personas.

Dicha preceptiva fue sometida a juicio de constitucionalidad, en donde la corte constitucional, mediante la sentencia C-114 del veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y nueve (1999), lo declaró ajustado a la constitución; sin embargo no hubo un pronunciamiento de fondo sobre el contenido de dicha preceptiva.

El Consejo de Estado, en relación con la noción de reparación integral consideró que debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos<sup>207</sup>.

<sup>206</sup> **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. Exequible Sentencia Corte Constitucional, sentencia C-114 del veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999). Magistrado Ponente: FABIO MORON DÍAZ. Expediente D-2158.

<sup>207</sup> Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del veinte (20) de febrero de dos mil ocho (2008), consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación: 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996).

pecto ha señalado que la reparación integral en materia de las víctimas, que dicho estatuto va más allá del concepto tradicional de la reparación como indemnización, la cual se limita al aspecto pecuniario, extendiéndolo, de manera mucho más integral y conducente al restablecimiento del derecho, a la restitución y a la rehabilitación". Cfr. folios 18 y 19 del concepto enviado por el Procurador<sup>208</sup>.

Nuestra máxima corporación constitucional y guardiana de los derechos humanos, refiriéndose a los deberes del Estado para lograr la indemnización integral de las víctimas, en relación con las funciones de la reciente ñunidad para la atención y reparación integral de víctimas del conflicto armado, manifestó que de acuerdo con lo establecido en este pronunciamiento, el derecho de las víctimas a obtener una reparación integral incorpora la obligación del Estado de garantizar todas las medidas, tanto de atención como de reparación a la población desplazada y, en general a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, hasta el restablecimiento total y goce efectivo de sus derechos. Bajo estas circunstancias, para la Corte resulta justificado que el Estado continúe prestando la ayuda humanitaria que sea requerida hasta que la situación de especial vulnerabilidad sea superada o haya finalizado. Para ello, es indispensable que se analice en cada caso concreto, la situación particular de quien la solicita, pues ñasí como el Estado no puede suspender abruptamente la ayuda humanitaria de quienes no están en capacidad de autosostenerse, tampoco pueden las personas esperar que vivirán indefinidamente de dicha ayuda.<sup>209</sup>

En tal virtud, las entidades estatales creadas con el objeto de propender por la indemnización integral del daño deben inclinarse positivamente, en sede administrativa, por indemnizar de forma plena e integralmente el daño sufrido por las víctimas hasta el restablecimiento total y goce efectivo de sus derechos y, de manera concomitante, por valorar las condiciones particulares de cada caso en particular con el objeto de restablecer dichos derechos si persisten las circunstancias de vulnerabilidad, marginalidad e indefensión de las personas desplazadas que solicitan la ayuda, sin que éste se torne en vitalicia, pues, necesariamente hay que mirar cada caso en concreto, para que, una vez restablecido en sus derechos las víctimas reinicien sus actividades dentro de la sociedad con las cargas que dicha situación impone a todos los ciudadanos.

De igual modo, ha señalado la corte interamericana que lo concerniente a la reparación integral de las víctimas de violaciones al derechos internacional de los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario en un principio *ius cogens*. Así lo estableció en el caso *Aloeboetoe v. Surinam*<sup>210</sup>.

La organización de las naciones unidas, mediante la resolución No. 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005, en el aparte, VII, relacionado con el Derecho de las víctimas a disponer de recursos para su reparación integral consideró, que estas tiene derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida que tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. Y enfatiza, que por tal razón la reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

<sup>208</sup> Corte constitucional, sentencia C- 578 del treinta (30) de julio de dos mil dos (2002), magistrado ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Expediente: LAT-223.

<sup>209</sup> Corte constitucional, Sentencia T-218 de 2014, Op. Cit., p. 14.

<sup>210</sup> DIAZ DEL CASTILLO, Stella. *Principio de justicia, verdad y reparación integral retos de la justicia administrativa para su cumplimiento*. Bogotá D.C.: 2012, p. 272.

y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados son responsables por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima. Los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones<sup>211</sup>.

Por manera que, el principio de la reparación integral puede ser entendido como un valor o un principio con carácter deontológico que se manifiesta en unas preceptivas que etiológicamente y desde su mismo contenido obligacional obedecen a mandamientos o imperativos categóricos de orden nacional e internacional, las cuales hacen parte del *ius cogens*, por medio de las cuales se ordena a los Estados partes a adoptar legislaciones internas, con el objeto de indemnizar de forma integral a las víctimas de los daños antijurídicos dables al Estado; entendida esa integralidad en una dimensión ultra comprensiva y teleológica que abarca muchos más allá del simple resarcimiento económico.

#### 4.11. Medidas de reparación (simbólicas y pecuniarias)

Teniendo como norte ético la indemnización plena<sup>212</sup> e integral del perjuicio, se procede al estudio de estas dos formas de solventar los daños antijurídicos.

La reparación o indemnización pecuniaria ha sido entendida por la enciclopedia jurídica<sup>213</sup> en su versión 2014, como la contraprestación dineraria que está obligado a satisfacer el autor de un acto u omisión ilícita civil por los daños ocasionados a una persona o su patrimonio como consecuencia de aquél. Tiene como finalidad restablecer la situación patrimonial del perjudicado antes de producirse el daño. Esta misma obra, en la segunda acepción del concepto y, en relación con la responsabilidad civil, consideró que en Derecho de daños, es la forma habitual de proceder a la reparación del daño causado. Consiste el también llamado resarcimiento pecuniario en atribuir al perjudicado el derecho a cobrar la cantidad de dinero que le compense por el daño sufrido; la indemnización ha de restablecer la situación patrimonial que existía antes de producirse el daño. Lo que no debe hacer la indemnización es producir un enriquecimiento sin causa. En todo caso, la reparación del daño siempre queda incompleta, puesto que es imposible retrotraerse al momento anterior a sufrir el daño.

El artículo 8 de la ley 975 de 2005<sup>214</sup>, por medio del cual se determinó el contenido y alcance del derecho a la reparación a las víctimas de daños antijurídicos, sobre la noción de reparación

<sup>211</sup> GALLON GIRALDO, Gustavo y REED HURTADO, Michael. *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá D.C.: Comisión Colombiana de Juristas, Opciones Gráficas Editores Ltda., 2007, p. 224.

<sup>212</sup> HINESTROSA, Fernando. Prologo. En: HENAO, Juan *et al.* El daño. Bogotá D.C. 1998, p.19.

<sup>213</sup> En: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/indemnizaci%C3%B3n-pecuniaria/indemnizaci%C3%B3n-pecuniaria.htm>

le por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

El Consejo de Estado colombiano, sobre el particular ha estimado que, por consiguiente, resulta perfectamente viable, en aplicación del principio de reparación integral, como se ha visto, que el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado, entre las cuales encontramos:

- a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la Violación, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias<sup>215</sup>.
- b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial<sup>216</sup>.
- c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole<sup>217</sup>.
- d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.<sup>218</sup>.
- e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras<sup>219</sup>.

Las políticas de reparación forman parte de la memoria institucional del Estado y, al mismo tiempo, expresan las obligaciones de ese Estado en relación con los ciudadanos cuyos derechos fueron violados. La verdad sobre lo ocurrido y sus consecuencias, el ejercicio de la justicia

---

<sup>214</sup> Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera, efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

<sup>215</sup> Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

<sup>216</sup> Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

<sup>217</sup> Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

<sup>218</sup> Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. párr. 68.

<sup>219</sup> *Ibíd.*

la reparación a las víctimas constituye, condiciones políticas (y procesos de reconciliación política<sup>220</sup>.

En línea con ese objetivo, nos encontramos que la reparación integral a las víctimas no se comprende solamente con el pago de prestaciones dinerarias a través de una indemnización o pensión, sino muchas otras medidas individuales y colectivas, materiales y simbólicas<sup>221</sup>. Así lo han entendido la comunidad internacional y, en especial, los países que han padecido conflictos internos como es el caso de Chile, en donde la reparación social y simbólica de los detenidos, desaparecidos y ejecutados políticos se ha expresado en la creación de diversas iniciativas para mantener sus nombres en la memoria, valorar su vida y también su muerte. La mayor parte de las iniciativas fue impulsada por los familiares, algunos contaron con el apoyo del gobierno. A mediados de 2004 se habían realizado más de 176 obras de reparación simbólica<sup>222</sup>.

Así, tanto la ley colombiana como la jurisprudencia nacional, a tono con la internacional en especial con la corte interamericana de derechos humanos, unívocamente han considerado que las medidas de reparación a las víctimas de conductas dañosas, debe ser integral y comprende medidas el pago de prestaciones dinerarias con base en indemnizaciones, compensaciones, el pago de pensiones, indemnizaciones individuales y colectivas, materiales y simbólicas; todo, dentro de un marco de políticas estatales que garanticen dicha derechos y prestaciones.

No obstante, de cierta manera, al avizorar de manera panorámica dicha conceptualización, podemos, intuitivamente considerar de forma muy respetuosa que bajo nuestra óptica la reparación simbólica no es propiamente o en estricto sentido, una indemnización, pues, a través de ella no se repara a la víctima en sus derechos, ni en su patrimonio, ni mucho menos se le dignifica, habida cuenta que, por este medio no se pretende resarcirle a la víctima sus derechos y dejarla en un estado igual o mejor al que se encontraba antes de la causación del daño.

Más bien, lo que se pretende por este conducto es el reconocimiento público por parte del victimario de que éste deba públicamente admitir de que él causó un daño en contra de alguien, para que, de alguna manera pueda ser perdonada dicha conducta por parte de la víctima y de la sociedad. Y, es que dicho reconocimiento por parte de él o los victimizantes no deviene, en las más de las veces, como un reconocimiento espontáneo de la conducta irregular asumida, como un compromiso con las víctimas o como un interior arrepentimiento, sino como búsqueda de prebendas jurídicas que tiendan a redimir, mutar o anular su pena o la hagan menos onerosa o extensa<sup>223</sup>. La dignidad de las víctimas no se logra por el mero reconocimiento por parte del victimario de que en contra de la integridad física y moral de la víctima cometió un daño, sino por el resarcimiento integral y pleno de sus daños tanto en lo patrimonial para dejarlo, en este sentido, en una situación igual o mejor a la que se encontraba antes de la causación de aquél y, de manera concomitante, con la toma de medidas que tiendan a dignificarlo.

<sup>220</sup> BRIAN LOVEMAN, Elizabeth. *Política de reparación Chile 1990-2004*. Santiago de Chile: 2005, p. 5.

<sup>221</sup> RETTBERG, Angélica. *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Nota compiladora (ver también, el capítulo de Filippini y Margarell de este libro). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes; Canadá: International Development Research Centre, 2005., p. 19.

<sup>222</sup> BRIAN LOVEMAN, Op. Cit., p. 2013.

<sup>223</sup> ARTÍCULO 3º, ley 975 de 2005.

## 5. Conclusiones

Al observar la redacción del artículo 90 de la constitución política de 1991, establecida dicha normativa como cláusula general de responsabilidad civil precontractual, contractual y extracontractual del Estado, se puede advertir que el constituyente primario, desde su posición original, exigió que para efectos de poder declarar judicialmente la responsabilidad civil extracontractual del Estado, es necesario verificar que haya causado a través de cualquier autoridad pública una acción u omisión que genere un daño antijurídico.

Si las cosas son así, no podría imputársele por vía de responsabilidad civil extracontractual al Estado, la reparación de daños antijurídicos cuando el ente estatal, a través de sus agentes, no haya desplegado una acción u omitido cumplir con un deber.

Así mismo, se puede colegir de manera diáfana, que en la hipótesis normativa de la norma en comento, que aquella exige y establece para efectos de poder declarar la responsabilidad civil extracontractual del Estado, la materialización del dogma causal o relación de causalidad, habida cuenta que en su contenido normativo se establece que el daño antijurídico deber ser *causado* por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En las sentencias donde se acogió a la solidaridad y la equidad como títulos jurídicos de imputación normativa, el Estado, no ejerció conductas atentatorias de los derechos e intereses de las víctimas; tampoco omitió el cumplimiento del contenido obligacional de una norma. De igual manera, el juez declaró la responsabilidad judicial, sin determinar la exigencia jurisprudencial previa del daño especial que tenía como presupuesto necesario al nexo causal que debía presentarse entre la conducta legítima del Estado y el resultado dañoso.

De igual manera, podemos establecer como colorarío que la responsabilidad civil extracontractual del Estado, desde el punto de vista de la justicia correctiva, propende por restablecer el desequilibrio causado en razón de las relaciones civiles involuntarias nacidas entre individuos particulares e independientes considerados dentro de una sociedad, como consecuencia del daño antijurídico sufrido, con la propensión de rectificar de forma aritmética, es decir, es su justa medida, el desbalance causado por el perjuicio al bien particular. Dado que, la responsabilidad del demandado, siempre es una responsabilidad ópor conexión- frente al demandante, la correlatividad es la formulación más abstracta de esta estructura. La justicia correctiva explica así desde la práctica de la responsabilidad hasta las implicaciones normativas de la propia estructura correlativa de la responsabilidad<sup>224</sup>, se propende por una forma de justicia reconstructiva, pues, ésta última, se orienta a la búsqueda de la paz, a una forma concreta de pacificación social<sup>225</sup>.

<sup>224</sup> WEINRIB, Ernest. Op. Cit., p. 335.

<sup>225</sup> RODRIGUEZ PALOP, María. *Justicia retributiva y justicia restaurativa. Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción*. En: *Justicia para la convivencia, los puentes de Deusto, encuentro Justicia retributiva y justicia restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo*. Junio 2012. Universidad de Deusto, 2012, p.41.

principios de la solidaridad y la equidad, se pudo establecer que el principio de solidaridad es un principio que estructura que se instituye el Estado social y democrático de derecho; el segundo establecido como un criterio auxiliar de la administración de justicia; empero, si se observa con mucho cuidado se puede advertir que, el primero, es un postulado el cual se considera como base de la organización política, el cual, como se vio, tiene un carácter deontológico establecido desde el consenso constitucional lo cual obliga e impone al Estado ser solidario en las situaciones que las circunstancias así lo demanden. No obstante, ello no implica, *per se*, de que sea un fundamento jurídico o título jurídico de imputación que haga al Estado responsable, civil y extracontractualmente, pues la solidaridad considerada como la no indiferencia<sup>226</sup>, no puede conllevar por esa misma razón a declarar la existencia de responsabilidad civil y extracontractual del Estado, pues, como principio fundante, se ubica dentro del contexto de las relaciones generales del Estado ó que es el contorno donde se ubica la justicia distributiva- en relación con los particulares y no como fundamento de responsabilidad civil extracontractual.

Podemos entonces considerar y ultimar que, es desde el campo conceptual de la justicia correctiva ó que es el contexto donde se verifican las relaciones particulares entre individuos de una misma sociedad, es decir, donde tiene su campo de acción la responsabilidad civil extracontractual por daños<sup>227</sup>- que la solidaridad no puede ser considerada como título jurídico de imputación o como un principio que impone, dentro del Estado social y democrático de derecho, la indemnización de daños antijurídicos por conducto de la responsabilidad extracontractual, dado que desde su fundamentación *ius filosófica* no se corresponden, en sentido estricto, con la noción de responsabilidad civil extracontractual, habida cuenta que si el Estado, como persona jurídica, individualmente considerado<sup>228</sup>, dentro del contexto de las relaciones sociales, no ha dañado a la víctima, por este cauce no sería responsable; vale decir, no habría una conexión jurídicamente valedera que justificara esa posición de responsabilidad por algo que no causó, no generó, no validó u omitió accionar para que se causara; por lo tanto no estaría llamado a responder y consecuentemente a indemnizar.

Lo anterior que no quiere significar, desde ningún punto de vista ó por ningún motivo eso se pretende-, que permanezca impávido ante la cruda realidad de la víctima y más aún dentro ámbito del conflicto social que sufre el país en donde se genera una multiplicidad de situaciones dañosas a personas que no están en la obligación de soportar, habida cuenta de que desde el campo de la justicia distributiva, en virtud de este principio, estaría llamado a compensar los daños antijurídicos, empero por sede administrativa, de manera integral y plena para evitar acciones

---

<sup>226</sup> D<sup>o</sup> COSTA RODRIGUEZ, Camilo. *El principio de solidaridad como fundamento de la responsabilidad del Estado por terrorismo en Colombia*. Bogotá D.C.: 2011, p.47. (Tesis para optar al título maestría en derecho). Universidad nacional de Colombia, facultad de derecho, ciencias políticas y sociales.

<sup>227</sup> La vida en sociedad comporta para toda persona un doble riesgo permanente: dañar y ser dañado. El daño es por cierto un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psico-física, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio, hasta llegar a otras manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derechos e intereses suyos. HINESTROSA, Fernando. Prologo. En: HENAO, Juan *et al.* El daño. Bogotá D.C. 1998, p.13.

<sup>228</sup> Obsérvese que al Estado dentro de las demandas por responsabilidad civil extracontractual se le admite la demanda como una persona jurídica individualmente considerada y representada por la autoridad pública demandada.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

políticos de compensación y de ayuda humanitaria. En ese sentido la responsabilidad civil extracontractual y la víctima quedaría a cargo del Estado, pena e integral, lo que honraría su dignidad humana con medios y ayudas económicas suficientes para mitigar su daño, sin que tenga que soportar además del perjuicio erogaciones para acudir a la justicia.

Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual, se ha entendido como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o emocionales de una conducta dañosa<sup>229</sup>; empero, obsérvese que esas relaciones dañosas se generan dentro de un campo o contexto y, es éste, el de las relaciones entre personas naturales o jurídicas individualmente considerados dentro de una sociedad; vale decir, dentro del ámbito de las relaciones sociales que gobierna la justicia correctiva.

No obstante, desde esa perspectiva, la posición del Consejo de Estado, aunque de avanzada en la materia que nos ocupa, en lo que respecta a los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, propiamente dicha, va al rompe con dichos postulados con el ánimo de proteger a las víctimas -hasta ahora de esos dos casos concretos- de aquellos atentados donde el Estado no ha tenido ninguna participación desde el punto de vista causal o por el despliegue de su actividad legítima y se inclina por establecer la responsabilidad a través de una imputación objetiva, empero que, en estricto sentido jurídico, no sería una responsabilidad como tal, como se ha concebido a lo largo de su desarrollo jurisprudencial y desde su fundamento jurídico filosófico ó como justicia correctiva judicial-, sino una forma compensatoria de resarcirle los daños a las víctimas de los atentados terroristas; en otras palabras, si bien es cierto la tendencia objetivista de la jurisprudencia en esta materia se acepta sin discusión alguna ante la falta de operatividad por vía administrativa del Estado, para resarcirle los daños a las víctimas de dichos atentados -y coincidimos con el juez contencioso que justo ahí el juez debe observar el caso a expensas de aplicar la justicia material-, esta forma de responsabilidad objetiva, tiende, a nuestro juicio, además de remar contra la naturaleza misma de la responsabilidad civil, marchar contra los fundamentos *ius filosóficos* sobre los cuales se erige dentro del ámbito de la justicia.

Con la adopción de la solidaridad y la equidad como título jurídico de imputación normativa, se abre una puerta inconmensurable a la responsabilidad civil extracontractual del Estado, como una cláusula general abierta para imputarle una responsabilidad que en estricto sentido jurídico no obedece a sus mismos criterios naturales y estructuradores, sino como medio de justicia subsidiario óo más como justicia social- que ante la ausencia de políticas públicas para proteger a las víctimas, en sede administrativa, y se despliega jurisprudencia que buscan enmendar dicha situación, empero sin reglas objetivas de verificación, que se extienden en sus efectos y son aplicables de acuerdo y al arbitrio del juez y en los casos que él a bien lo tenga o establezca.

De lo cual se sigue y bajo estos mismos fundamentos iusfilosóficos el estudio del principio de la equidad como título de imputación jurídica de daños al Estado. La doctrina de la justicia se halla completada con la de la equidad (*epieikeia*). La ley tiene un carácter general y no se acomoda

---

<sup>229</sup> MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO. Op. Cit., p. 38.

a la realidad y a los casos particulares sobre todo. De allí esta tensión entre la generalidad abstracta de la ley y la *equidad*<sup>230</sup>.

Para el caso de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ésta forma de responsabilidad no ha sido definida o normatizada, en estricto sentido, por una ley que la regule de forma específica, habida consideración de no existir, por vía de ejemplo, una norma jurídica contenga los diferentes títulos jurídicos de imputación. La responsabilidad civil extracontractual del Estado, ha sido desarrollada, en nuestro contexto político ó jurídico, desde la corte suprema de justicia, cuando ejercía dicha función, y por el Consejo de Estado, en ambas jurisdicciones, por una senda jurisprudencial.

Lo anterior no quiere decir que no existan preceptos en nuestro sistema normativo, inclusive, con raigambre constitucional<sup>231</sup>, o con carácter legal<sup>232</sup>, donde se establezcan las formas o circunstancias en el que el Estado pueda ser llamado a responder civil y extracontractualmente por daños antijurídicos causados a las personas.

Necesaria resulta hacer dicha precisión, pues, cuando se habla de la equidad como criterio auxiliar de la administración de justicia o como principio fundante de aquella, se mira y valora su aplicación, en algunos casos, en relación con la ausencia de una ley que contenga la solución para el caso concreto. Sentada la precisión precedente, como elemento de valía tenemos que, la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la administración de justicia, para estos efectos, se mirará en relación con la ausencia de jurisprudencia precedente al caso que se pretende solucionar y no en estricto sentido frente la ausencia de ley en sentido formal.

Téngase en cuenta que la equidad es un principio, es un valor de la justicia o en palabras del tratadista NOGUERA LABORDE, es un complemento del valor de justicia, pues la equidad es un criterio que permite realizar *justicia en los casos particulares*. Se ha dicho, por ello, que la *equidad* es la misma *justicia*, pero no la justicia abstracta, sino la justicia aplicada a la solución de los conflictos que suelen presentarse en el diario vivir<sup>233</sup>. A partir de la anterior delimitación, la cual se acompasa con el concepto de equidad que explicó Aristóteles, desde la antigüedad, en donde la asemeja a la misma justicia, siendo que según el filósofo, la primera resulta siendo mejor aún, podemos inferir y determinar como conclusión final en relación con la equidad como principio y fin, como valor de la justicia o como la justicia misma, que ésta no puede ser encasillada dentro de un título jurídico de imputación, habida cuenta que aquella regula todas las actividades políticas, sociales y económicas u operaciones jurídicas donde se administre justicia, toda vez que su espectro es del mismo valor, peso y alcance que el de la justicia. Por tal motivo, no podría reducirse su contenido ontológico aún mero título objetivo de imputación, sin reglas objetivas, sujeto a la discrecionalidad del juez.

<sup>230</sup> GONZALEZ DIAZ, Op. Cit., pp.113-114.

<sup>231</sup> Véase por ejemplo los artículos 2, 3, 6 y 90, entre otros de la constitución política.

<sup>232</sup> Para estos efectos se puede observar la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia.

<sup>233</sup> NOGUERA LABORDE, Rodrigo. *Los fines del derecho o los valores jurídicos*. En: hermenéutica jurídica homenaje al maestro Darío Echandía. Primera edición. Bogotá D.C: Ediciones Rosarinas. 1997, p.86.



## Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Principio de solidaridad y derecho privado: comentario a una sentencia del tribunal constitucional*. En: Revista Ius Et Praxis.

AGUILLÓN PORRAS, Gloria y MERCHÁN CABALLERO, Sandy. *Responsabilidad del Estado por actos terroristas: título de imputación daño especial*. Bogotá D.C.: 2012, p.15. (Tesis para optar al título de especialista en derecho administrativo). Universidad Militar Nueva granada.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá D.C: Universidad externado de Colombia. 1995, pp. 52-59.

ASCHNER MONTOYA, María y JIMENEZ DE METKE, María. *El Estado debe indemnizar los perjuicios que cause con ocasión de la administración de Justicia*. Bogotá D.C.: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1977.

ARBOLEDA GARCÍA, Juan. *El lugar de las víctimas en Colombia*. Bogotá D.C: Temis, 2013.

BALADRON, Gerardo. *Justicia distributiva*. En: Pensamiento latinoamericano y alternativo. <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=199>

BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía*. Bogotá D.C: Universidad Santo Tomas, 2006.

BENSON, Peter. *The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice*. 77 Iowa L. Rev., 1992.

BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. *Filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico*. En: ID., El problema del positivismo jurídico. p. 79. Obra citada por DORADO PORRAS, Javier.

BLASCO IBAÑEZ, Jimeno. *La equidad criterio auxiliar de la interpretación judicial*. En: Revista de derecho, Universidad del Norte, 1992.

BRIAN LOVEMAN, Elizabeth. *Política de reparación Chile 1990-2004*. Santiago de Chile: 2005.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *El derecho a la igualdad*. Bogotá D.C: defensoría del Pueblo, 2001.

a congestión judicial en Colombia. Bogotá D.C.: 2009, p.29.  
icador social y periodista). Pontificia universidad Javeriana de

CHAFUEN, Alejandro. *Justicia distributiva en la escolástica tardía, ensayo*. Buenos Aires, p. 6.

CHANTAL, Mouffe. "Religión, Liberal Democracy and Citizenship", - en ASCA Report 2001, Amsterdam, Asca Press, 2002, p.110. Citado originalmente por Slavoj Zizek. Más allá de la democracia, la impostura liberal.

DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Barcelona: Bosch, 1970.

DIAZ DEL CASTILLO, Stella. *Principio de justicia, verdad y reparación integral retos de la justicia administrativa para su cumplimiento*. Bogotá D.C., 2012.

DI CASTRO, Elisabetta y DIERTELEN, Comps. *Debates sobre justicia distributiva*. México D.F: Universidad nacional autónoma de México, 2005.

DIETERLEN, Paulette. *Justicia distributiva*. En: HERRAN, Eric. Filosofía Política contemporánea. México D.F.: Universidad nacional autónoma de México, 2004.

DORADO PORRAS, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: DYKINSON, 2004.

D' COSTA RODRIGUEZ, Camilo. *El principio de solidaridad como fundamento de la responsabilidad del Estado por terrorismo en Colombia*. Bogotá D.C.: 2011, (Tesis para optar al título maestría en derecho). Universidad nacional de Colombia, facultad de derecho, ciencias políticas y sociales.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, 1990.

Enciclopedia jurídica, En: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/indemnizaci%C3%B3n-pecuniaria/indemnizaci%C3%B3n-pecuniaria.htm>

Ética a Nicómaco, citada en: Gordley, James. *Equality in Exchange*. 69 Cal. L. Rev., 1981.

GALANTER, Marc. *Por qué los òposeedoresö salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico*. Ensayo. 1995.

GALINDO, Laura. *Evolución del código civil Colombiano*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, facultad de derecho.

GARDNER, John. *The Purity and Priority of Private Law*. 46 U.T.L.J., 1996.

GARGIA VASQUEZ, Diego. *Manual de responsabilidad civil y del Estado*. Bogotá D.C.: Librería ediciones del profesional Ltda., 2009.

GARCÍA DE ENTERRERÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid: Editorial Civitas. S.A. Reedición 1984.

GARCÍA AMADO, Juan. *Robert Alexy sobre reglas y principios en el Derecho. Algunas críticas*. En: Dura lex-Política, derecho, sociedad y algo de otras cosas, Edición del 8 de marzo de 2010. dirección electrónica: <http://garciamado.blogspot.com/2010/03/robert-alexysobre-reglas-y-principios.html>.

GONZALEZ DIAZ, Lombardo. *Compendio de historia del derecho y del Estado*. México D.F.: Llimusa Noriega editores, 2004.

GIL GONZALEZ, Francisco. *El principio de solidaridad*. En: Solidaridad mundi, dirección electrónica, <http://solidaridadmundi.blogspot.com/2009/07/el-principio-de-solidaridad.html>, 2009.

GONZALEZ, José y THIEBAUT, Carlos. *Convicciones políticas, responsabilidades éticas*. Barcelona: Anthropos, 1990.

GONZÁLEZ VALENCIA, Agenor. *La justicia social como fin primordial de los derechos humanos*. México D.F.: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006.

GALLEGO, Elio. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid: DYKINSON. Reimpresión 2005.

GALLON GIRALDO, Gustavo y REED HURTADO, Michael. *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá D.C.: Comisión Colombiana de Juristas, Opciones Gráficas Editores Ltda., 2007.

GUNTHER, Jakobs. *El principio de culpabilidad*. En: IBAÑEZ, Augusto. El concurso de delitos la culpabilidad. Bogotá D.C: editorial jurídica bolivariana, 1995.

GUTIERREZ GOMEZ, Geovanny. *Estado social de derecho o Estado garantista y el mito de la responsabilidad extracontractual de los entes públicos*. Bloomington E.E. U.U: Palibrio LLC, 2014, p. 209.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta Editorial S.A., 1998, p. 272.

HENAO, Juan. *El daño*. Bogotá D.C: Universidad externado de Colombia, 2007.

HINESTROSA, Fernando. Prologo. En: HENAO, Juan et al. El daño. Bogotá D.C. 1998.

HEVIA, Martin. *Justicia correctiva y derecho contractual*. En: Revista de estudios socio ó jurídicos, vol. 12, núm. 1, (enero-junio, 2010), p. 35-48, ISSN (Versión impresa): 0124-0579.

IRISARRI BOADA, catalina. *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Bogotá D.C. 2000, pp. 74-75. Trabajo de grado (abogado). Pontificia universidad Javeriana, faculta de ciencias jurídicas departamento de derecho público.

JANSEN, Nils. *Estructura de un derecho europeo de daños Desarrollo histórico y dogmática moderna*: Barcelona: Facultad de Derecho Universidad de Regensburg, 2005, p.11.

MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil y extracontractual*. Undécima edición, Bogotá D.C.: Temis, 2003.

MEJIA QUINTANA, Oscar. *La adjudicación Constitucional en la Teoría del derecho de JURGEN HABERMAS*.

MEJIA QUINTANA, Oscar. *La norma básica como problema ius filosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación*.

MOTTA, Cristina. *Ética y conflicto- Lecturas para una transición democrática*. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes. 1995.

M'CAUSLAND SANCHEZ, María. *Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos*. En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. *Filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013.

MUINELO COBO, José. *La invención del derecho en Aristóteles*. Madrid: DIKINSON, 2011.

NOGUERA LABORDE, Rodrigo. *Los fines del derecho o los valores jurídicos*. En: hermenéutica jurídica homenaje al maestro Darío Echandía. Primera edición. Bogotá D.C: Ediciones Rosarinas. 1997, p.86.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la Sociedad*.: México D.F.: Universidad Iberoamérica. 2005.

PAPAYANIS, Diego. *Filosofía y derecho. Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

PAPAYANNIS, Diego. *Filosofía y derecho Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

PATIÑO, Héctor. *Causales exonerativas de responsabilidad extracontractual ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado*. En: Revista de derecho privado, 2011.

PEÑARANDA QUINTERO, Héctor. *Principio de equidad procesal*. En: Nómadas, revista crítica de ciencias sociales y jurídicas, 2009.

PINILLA PINILLA, Nelson. *La crisis del sistema judicial*. En: Universitas, ciencias jurídicas y socioeconómicas No. 105. Junio de 2003.

PINO EMHART, Alberto. *Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios*. En: Revista Chilena de derecho privado, 2013, p. 97.

RAMIREZ CARVAJAL, Diana. *Reflexiones sobre la justicia en el proceso Vs la justicia material*. Universidad de Medellín. 2007.

uidad una reformulación. Barcelona: Ediciones Paídos ibérica,

RETTBERG, Angélica. *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Nota compiladora (ver también, el capítulo de Filippini y Margarell de este libro). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes; Canadá: International Development Research Centre, 2005.

Revista de teoría del derecho y análisis jurídico - Pensamiento jurídico No. 1., Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 1994.

RODRIGUEZ PALOP, María. *Justicia retributiva y justicia restaurativa. Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción*. En: Justicia para la convivencia, los puentes de Deusto, encuentro Justicia retributiva y justicia restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo. Junio 2012. Universidad de Deusto, 2012.

ROSENKRANTZ, Carlos. *Tres concepciones de justicia correctiva*. En: BERNAL SERRANO ESCOBAR, Luís. *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá D.C: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2011.

ROJAS GONZALEZ, Germán. *Filosofía del Derecho*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.1981.

ROJAS, Víctor Manuel. *La enseñanza del derecho en la universidad iberoamericana*. México D.F.: Universidad Iberoamericana A, C., 2002.

ROUGEN, Vabille. Cita primigenia por TAMAYO JARAMILLO (1997), p. 94. Cita secundaria por RUIZ OREJUELA, Wilson (2013), p. 319.

RUIZ OREJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Segunda edición. Bogotá D.C: ECOE EDICIONES. 2013, p. 319.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, tomo III, 2004.

SERRANO ESCOBAR, Luís y TEJADA RUIZ, Claudia. *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá D.C: Ediciones doctrina y ley, 2014.

SLAVOJ, Zizek. *Más allá de la democracia, la impostura liberal*.

TORRES CALDERÓN, Leonardo. Ensayo: *Congestión Judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana*. En: Revista Dikaión - Lo justo.

TRIAS MONGE, José. *Teorías de adjudicación*. Puerto Rico: Editorial de la universidad de Puerto Rico. 2000.

UPRIMNY, Rodrigo. *Transformative reparations of massive Gross human rights violations: Between corrective and distributive justice*. En: Netherland Quaterly of human rights, vol. 27. No. 4. Cita primigenia en: RINCON, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario. 2010.

Vanguardia.com, Galvis Ramírez y Cía. S.A., sobre este tópico, en noticia del 28 de agosto de 2013, titulada *Preocupación por falta de recursos para la descongestión judicial*.

WEINRIB, Ernest. *Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva*. En: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. *Filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 327.

## FUENTES JURISPRUDENCIALES

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012). Magistrado Ponente: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ ó Radicación No. 76001-31-03-009-2006-00094-01.

Corte Constitucional, sentencia C-254 del veinticinco (25) de marzo de dos mil tres (2003), Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA, expediente LAT-229.

Corte suprema de justicia, Sala de Casación civil, sentencia de cuatro (4) de abril de mil novecientos sesenta y ocho (1968). Magistrado Ponente: Magistrado Ponente: FERNANDO HINESTROSA G. F. CXXIV, Nos. 2297 a 2299.

Corte suprema de justicia, Sala de negocios generales, Sentencia de Diciembre diez (10) de mil novecientos treinta y siete (1937). Magistrado Ponente: PEDRO A. GOMEZ NARANJO. Gaceta judicial, tomo XLV Nos 1923-1938.

Corte suprema de justicia, sala de casación civil, sentencia del once (11) de marzo de mil novecientos cincuenta y dos (1952).

Consejo de Estado, Sentencia del veintiocho (28) de abril de mil novecientos sesenta y siete (1967). Consejero Ponente: CARLOS PORTOCARRERO MUTIS, anales del congreso de Estado, tomo LXLL No. 413-414, p. 257 y SS.

Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil once (2011), Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005, expediente 24.671, M.P.: Dr. ARIEL HERNANDEZ ENRIQUEZ.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991). Magistrado ponente: DANIEL SUAREZ HERNANDEZ. Radicación: 6453.

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), Consejero Ponente: DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, Expediente. 6453.

de junio de 1947. Ref. òEl siglo S.A.ö

Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del veintitrés (23) de mayo de mil novecientos setenta y tres (1973). Consejero ponente: ALFONSO CASTILLA SAIZ. Expediente; 978.

Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Sentencia del 30 de enero de 1987. Consejero ponente: CARLOS BETANCURT JARAMILLO. Expediente: 4493.

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992). Consejero Ponente. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, Expediente, 6828.

Consejo de estado, Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), Expediente: 7577.

Consejo de Estado, sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil once (2011). Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912).

Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejero Ponente. Dr. JULIO CESAR URIBE.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993). Consejero Ponente: CARLOS BETANCURT JARAMILLO. Expediente: 7742.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009), Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Expediente 30340.

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del diez (10) de mayo de dos mil uno (2001). Consejero Ponente: JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS. Radicación: 20001-23-31-000-1993-0273-01(11783).

Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del veinte (20) de febrero de dos mil ocho (2008), consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación: 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996).

Corte constitucional, sentencia C-892 del veintidós (22) de agosto de dos mil uno (2001), Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL. Expediente D-3404.

Corte constitucional, Sentencia C- 644 del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Expediente D-8422.

Corte constitucional, sentencia C-333 del primero (1) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996), Magistrado ponente: Alejandro Martínez caballero, Expediente D-111.

Corte constitucional, Sentencia C-254 del veinticinco (25) de marzo de dos mil tres (2003). Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Expediente: expediente LAT-229.

Corte Constitucional, sentencia C-198 del catorce (14) de marzo de dos mil dos (2002). Magistrado ponente: NILSON PINILLA PINILLA, Expediente D-3664.

a, Sentencia del 28 de octubre de 1976. Magistrado Ponente: p. 1482.

Corte constitucional, sentencia C-083 del primero (1) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995). Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DIAZ. Expediente No. D-665.

Corte Constitucional sentencia C- 644 del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO, expediente D-8422.

Corte constitucional, sentencia T-658 del veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013). Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Expediente No. T-3928373.

Corte constitucional, sentencia T-126 del veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012). Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Expediente No. T-3.193.974.

Corte constitucional, Sentencia C-037 del veintiséis (26) de enero de dos mil (2000). Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA, Expediente D-2441.

Corte constitucional, sentencia T-426 del veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992). Magistrado ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Expediente: T-824.

Corte Constitucional, sentencia C- 1064 del diez (10) de octubre de dos mil uno (2001), Magistrado Ponente: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, expediente D-3449.

Corte constitucional, Sentencia C-237 del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997). Magistrado ponente: CARLOS GAVIRIA DIAZ. Expediente D-1482.

Corte constitucional, sentencia T-1095 del veintiséis (26) de octubre de dos mil cinco (2005). Magistrado ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Expediente: T-1147853.

Corte constitucional, sentencia T-170 del veinticinco (25) de febrero de dos mil cinco (2005). Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Expediente T-924312.

Corte constitucional, sentencia C-032 del veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008), Magistrado ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA, Expediente: D-6832.

Corte constitucional, sentencia C-529 del veintitrés (23) de junio de dos mil tres (2003). Magistrado ponente: MAURICIO GONZALEZ CUERVO, Expediente D-7920.

Corte constitucional, sentencia del doce (12) de abril del dos mil (2000), magistrado ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL, expediente D-2585.

Corte constitucional, sentencia T-212 del quince (15) de marzo de dos mil doce (2012). Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Expediente T-3199440.

Corte constitucional, sentencia T-429 del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Magistrado ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Expediente T-39312.

Corte constitucional, sentencia T-618 del nueve (9) de septiembre de dos mil trece (2013). Magistrado ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Expediente T-3945021.

-291 del veintitrés (23) de Abril de dos mil nueve (2009).  
JENARA REALES GUTIÉRREZ. Expediente: T-2043683 y

Corte constitucional, sentencia C-099 del veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013).  
Magistrada ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Expediente D-9214.

Corte constitucional, sentencia T-085 del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009).  
Magistrado ponente: JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Expediente: T-2.050.591, T-2.056.396, T-  
2.056.402 (Acumulados).

Corte constitucional, Sentencia T-218 de 2014, del primero (1) de abril de dos mil catorce (2014),  
Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, expediente T-4125439.

Corte Constitucional, sentencia C-114 del veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa  
y nueve (1999). Magistrado Ponente: FABIO MORON DÍAZ. Expediente D-2158.

Corte constitucional, sentencia C- 578 del treinta (30) de julio de dos mil dos (2002), magistrado  
ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Expediente: LAT-223.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo- sección tercera, Sentencia del veintiocho  
(28) de octubre de 1976, C.P. Jorge Valencia Arango. Expediente. 1482. Cita primigenia en: RUIZ  
OREJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Segunda edición. Bogotá  
D.C.: ECOE EDICIONES. 2013, p. 35.

Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del veinticinco (25) de septiembre de mil  
novecientos noventa y siete (1997). Consejero Ponente. Dr. JESUS MARIA CARRILLO.  
Expediente No. 10392.

Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del dieciséis (16) de julio de mil novecientos  
noventa y cuatro (1994). Consejero Ponente. Dr. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Corte Interamericana de derechos humanos. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la  
sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

Corte Interamericana de derechos humanos. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones,  
párr. 50.

Corte Interamericana de derechos humanos. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

Corte Interamericana de derechos humanos. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de  
diciembre de 2001. Párr. 68.