

UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

# **LA REPARACIÓN DE LOS DERECHOS**

Una mirada desde la responsabilidad extracontractual del Estado

**Sebastián Marcelo Morillo Carrillo**

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, D.C., Colombia

2020

---

# **LA REPARACIÓN DE LOS DERECHOS**

Una mirada desde la responsabilidad extracontractual del Estado

**Sebastián Marcelo Morillo Carrillo**

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:

**Magister en Derecho**

**Perfil de profundización en Derecho Administrativo**

Director:

Mg. Roberto Molina Palacios

Línea de Investigación:

Responsabilidad Extracontractual del Estado/ Constitucionalización del Derecho

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, D.C., Colombia

2020

*A José y Elena, por el cariño y el apoyo incondicional*

*“Apenas expresamos algo lo empobrecemos singularmente. Creemos que nos hemos sumergido en las profundidades de los abismos, y cuando volvemos a la superficie la gota de agua que pende de la pálida punta de nuestros dedos ya no se parece al mar del que procede. Creemos que hemos descubierto en una gruta maravillosos tesoros y cuando volvemos a la luz del día sólo traemos con nosotros piedras falsas y trozos de vidrio; y sin embargo en las tinieblas relumbra aún, inmutable, el tesoro.”*

*Maurice Maeterlinck*

---

## **Agradecimientos**

Quiero extender mi más profundo agradecimiento al profesor Roberto Molina Palacios, director de esta tesis, quién desde el inicio se mostró entusiasmado por el tema de investigación, sin su apoyo y guía esta tesis no hubiera llegado a buen puerto. También quisiera agradecer a todos aquellos que me escucharon pacientemente hablar sobre esta investigación y quienes se tomaron el tiempo de analizar y discutir aquellas ideas que surgían en el camino; en especial a Lina María, comentarista y crítica de los planteamientos aquí contenidos.

A mis profesores de la maestría, muchísimas gracias; la idea que guío esta investigación nació en sus clases.

Finalmente, quisiera agradecer a la Universidad Nacional de Colombia, a sus estudiantes, empleados y maestros por acogerme, formarme y permitirme ser participe de la alegría que circula en sus aulas, bibliotecas, pasillos y pastizales.

---

## Resumen

La presente investigación versa sobre los efectos y los alcances de la constitucionalización y la convencionalización en la responsabilidad extracontractual del Estado. Expone en qué consisten los mencionados fenómenos y las herramientas de las que se valen para impactar esa institución del derecho administrativo. Así mismo, hace un análisis crítico, desde el lenguaje de los derechos y las teorías de la justicia, de la reingeniería que viene sufriendo la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de fenómenos ya mencionados, para culminar proponiendo un modelo de los derechos para tal institución que permita un entendimiento más amplio e integral, así como la reformulación de algunas de sus categorías básicas y la posibilidad de una tutela inhibitoria.

**Palabras clave:** constitucionalización, convencionalización, responsabilidad extracontractual, derechos subjetivos, daños, justicia correctiva y justicia distributiva.

---

## **Abstract**

The present investigation talks about the effects and the scope of the constitutionalization and the conventionalization in the non-contractual responsibility of the State. It shows what the phenomena consist of and the tools they use to impact that institution of administrative law. Likewise, this research makes a critical analysis, from the language of rights and theories of justice, of the reengineering that has been suffering the extra-contractual responsibility of the State, to culminate proposing a model of rights for such an institution, which allows a broader and more comprehensive understanding; as well as the reformulation of some of its basic categories and the possibility of an inhibitory protection.

**Key words:** constitutionalization, conventionalization, non-contractual liability, subjective rights, damages, corrective justice and distributive justice.

---

## **SIGLAS Y ABREVIATURAS**

<b>DIDH</b>	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
<b>Sistema IPDH</b>	Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
<b>Convención ADH</b>	Convención Americana de Derechos Humanos
<b>Corte IDH</b>	Corte Interamericana de Derecho Humanos
<b>C.P.</b>	Constitución Política de Colombia
<b>CPACA</b>	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>Capítulo 1: Constitucionalización y convencionalización de la responsabilidad     extracontractual del Estado</b> .....	13
<b>1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD     EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO</b> .....	14
<b>1.1. Normas constitucionales que sirven de fundamento a la responsabilidad         extracontractual del Estado</b> .....	17
1.2. Criterios sobre responsabilidad extracontractual del Estado fijados a partir de sentencias de la Corte Constitucional.....	19
1.2.1. Contenido y alcance del artículo 90 superior .....	20
1.2.2. El daño antijurídico según la jurisprudencia constitucional.....	21
1.2.3. La reparación integral como principio y como derecho fundamental .....	22
1.3. Lectura constitucional de la responsabilidad extracontractual por parte del Consejo de Estado .....	24
<b>2. LA CONVENCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD     EXTRA CONTRACTUAL</b> .....	26
2.1. EL bloque de constitucionalidad y la recepción de normas del sistema interamericano de derechos humanos.....	28
2.1.1. Bloque de constitucionalidad y vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	31
2.1.2. Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad .....	34
2.2. El control de convencionalidad .....	36
2.3. El control de convencionalidad en materia de responsabilidad extracontractual ....	44
2.3.1. Tres casos de control de convencionalidad por vía de excepción .....	44
2.3.2. Control de convencionalidad en la declaración de responsabilidad por vulneración de derechos humanos.....	57
2.4. Convencionalización a partir de fallos de la Corte IDH.....	60
<b>Capítulo 2: El qué, cómo y por qué de la reparación en la Responsabilidad     extracontractual del Estado: respuestas desde la constitucionalización y     convencionalización del derecho</b> .....	63
<b>1. LA REPARACIÓN</b> .....	63
1.1. consideraciones sobre los fundamentos de la reparación .....	65
1.1.1. El fundamento del derecho a ser reparado y el deber de reparar.....	65
1.1.2. El restablecimiento del statu quo aliter como contenido del principio general de la reparación .....	70
1.2. La Reparación Integral .....	75
1.2.1. La reparación integral como principio .....	76
1.2.2. La reparación integral como regla.....	77
1.2.3. La reparación integral como metodología.....	79
1.2.4. La reparación integral Como derecho fundamental .....	81
1.2.5. Balance de la reparación integral .....	82



1.3.	La reparación integral producto del proceso de convencionalización.....	83
1.4.	Las diferentes formas de reparación.....	87
1.5.	¿Justicia restaurativa o justicia correctiva? .....	94
<b>2.</b>	<b>LOS DERECHOS (CONSTITUCIONALES) COMO OBJETO DE TUTELA POR PARTE DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO .....</b>	<b>95</b>
2.1.	Evolución del daño inmaterial en Colombia .....	95
2.2.	Los derechos fundamentales en el ojo de la responsabilidad extracontractual del Estado 100	
2.2.1.	Daño a la salud .....	100
2.2.2.	El <i>Daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos</i> 102	
2.3.	Observaciones sobre la responsabilidad por afectación <i>a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos</i> .....	104
2.3.1.	¿Bienes, intereses o derechos? .....	105
2.3.2.	¿Derechos constitucionales, fundamentales o derechos humanos?.....	114
2.3.3.	¿Daño, perjuicio o reparación del derecho? .....	117
2.3.4.	¿Restituir o compensar? .....	121
2.3.5.	Balance de la responsabilidad extracontractual del Estado y del daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos .....	123
2.4.	Algunos derechos constitucionales que se han venido reparando.....	125
<b>3.</b>	<b>SOLIDARIDAD Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO .....</b>	<b>128</b>
3.1.	Responsabilidad extracontractual y el statu quo .....	129
3.2.	La socialización de los daños atribuibles al Estado.....	130
3.3.	La solidaridad como fundamento del deber de reparar .....	131
3.3.1.	La solidaridad como fundamento complementario de la reparación del daño especial 131	
3.3.2.	La solidaridad como fundamento principal .....	134
3.4.	La responsabilidad extracontractual como mecanismo de redistribución .....	142
	<b>Las Respuestas.....</b>	<b>146</b>
	<b>Capítulo 3. Perspectivas y prospectivas sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.....</b>	<b>150</b>
<b>1.</b>	<b>Consideraciones previas .....</b>	<b>150</b>
1.1.	El <i>modelo de los derechos</i> de la responsabilidad extracontractual del Estado.....	150
1.2.	Sobre función preventiva y resarcitoria de la responsabilidad extracontractual del Estado 151	
<b>2.</b>	<b>La tutela resarcitoria en el modelo de derechos de la responsabilidad extracontractual del Estado.....</b>	<b>158</b>
2.1.	El Daño.....	159
2.2.	El daño antijurídico, daño resarcible.....	164

---

2.3.	El principio de proporcionalidad en la tutela resarcitoria .....	167
2.4.	Un ejemplo interesante: la responsabilidad del Estado por la privación preventiva de la libertad.....	169
2.5.	¿Daño moral? De sentimientos a posiciones jurídicas .....	181
<b>3.</b>	<b>La tutela preventiva o inhibitoria en el modelo de los derechos de la responsabilidad extracontractual del Estado.....</b>	<b>183</b>
3.1.	El principio de precaución en la responsabilidad extracontractual del Estado.....	185
3.2.	La amenaza no es daño, pero sí le concierne a la responsabilidad extracontractual	188
3.3.	Cesación del daño y la prevención sobre su agravación .....	191
3.4.	Garantías de no repetición como medidas preventivas y no resarcitorias .....	192
3.5.	La tutela inhibitoria en el medio de control de reparación directa .....	195
<b>4.</b>	<b>Hacia la comprensión de la responsabilidad extracontractual del Estado como un derecho público de daños.....</b>	<b>202</b>
	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>205</b>
	<b>Bibliografía .....</b>	<b>210</b>

---

## INTRODUCCIÓN

En general, desde la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991 es habitual hablar de la constitucionalización del derecho y de los cambios que ha suscitado el enfoque constitucional en algunas ramas del derecho. Entre ellas, por supuesto, el derecho administrativo y la responsabilidad extracontractual del Estado. A lo anterior se suma que desde hace algunos lustros también es lugar común hacer referencia a la influencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sobre la mencionada institución del derecho administrativo colombiano. Sin embargo, la naturalidad con la que se habla de este tipo de procesos en el marco de la responsabilidad del Estado contrasta con la ausencia de estudios profundos sobre la materia que expliquen adecuadamente cómo se presentan este tipo de fenómenos y sus implicaciones.

La falta de un análisis integral de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de los procesos de constitucionalización y convencionalización es razón suficiente para revisar sus bases y sus alcances; de manera que sea posible entender qué lugar ocupa o puede ocupar esta institución en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de esa reingeniería a la que se ha visto sometida en los últimos tiempos.

Adelantando la respuesta, el presente estudio tiene como propósito plantear que la simbiosis que surge a partir de la constitucionalización y convencionalización, entre Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cada vez vuelca más la teoría de los daños hacia la teoría de los derechos. En esa medida, el papel que está llamada a cumplir la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho contemporáneo supera aquella imagen tradicional de mecanismo exclusivamente dedicado a indemnizar económicamente aquellas víctimas de las actuaciones u omisiones del Estado. Actualmente se revela como una institución en busca de la protección y reparación de los derechos de los administrados.

Para arribar a tal conclusión, este documento se divide en tres capítulos. El primero está dedicado a abordar los fenómenos de la constitucionalización y la convencionalización y señalar cómo estos se presentan en la responsabilidad extracontractual del Estado. Se hace particular énfasis en la figura del control de convencionalidad, dada la importancia creciente de esta herramienta en nuestro ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia del tribunal superior de lo contencioso administrativo, pero cuyo entendimiento parece difícil de aprehender.

El análisis sobre estos fenómenos, al igual que se hace en los temas tratados más adelante, vincula necesariamente el estudio de la jurisprudencia de tres cortes: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado colombianos, en un intento, no solo de evidenciar el dialogo entre ente tales corporaciones judiciales, sino también de mostrar las diferentes tensiones que se presentan entre sus pronunciamientos.

El segundo capítulo está dedicado a una reconstrucción crítica de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado, las formas de reparar y el objeto de sus reparaciones. En esa medida se aborda, desde criterios normativos y de las teorías de la

---

justicia, las razones de la reparación de ciertos daños que sufren los particulares y que eventualmente son imputables al Estado. Adicionalmente, se expone cómo los derechos, particularmente los derechos fundamentales, se han abierto camino a través del denominado daño inmaterial, para posicionarse como objeto de la tutela resarcitoria o reparadora que brinda la responsabilidad extracontractual del Estado a través del medio de control de reparación directa. Se muestra también la ruptura del paradigma indemnizatorio, lo que ha conllevado que la tradicional tutela resarcitoria que ha caracterizado a esta institución haya adoptado nuevos mecanismos, distintos de la reparación pecuniaria, con el fin de brindar una reparación integral de derechos subjetivos conculcados.

A partir del anterior estudio, en el último capítulo se plantea la posibilidad de un *modelo de los derechos* para la responsabilidad extracontractual del Estado. Este modelo implica la reconceptualización de algunos elementos tradicionales de este tipo de responsabilidad, especialmente en lo que atiende a la tutela resarcitoria que se despliega sobre las víctimas de daños imputables al Estado, tales como la noción de daño y daño antijurídico, a fin de compaginarlos con un tratamiento normativo y con el lenguaje de los derechos. Adicionalmente, vincula los esbozos de una tutela inhibitoria o preventiva frente a la ocurrencia de los daños, su continuación, agravación y repetición. Bajo el entendido que en lo referente a los derechos es mejor prevenir que reparar y que entender el daño como afectación a derechos implica necesariamente, por la naturaleza de estos, la posibilidad para la víctimas de acudir a la justicia no solamente para que se reparen, sino también para que no se lleguen a consumir daños, o si ya se consumaron para que la violación no continúe y no avance hacia la agravación del daño; así como también para que se garantice en ciertas ocasiones la no repetición de los eventos dañosos.

El *modelo de los derechos* de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fin poner de presente que esta rama del derecho nacional se encuentra acotada por dos elementos estructurales: los derechos subjetivos y los daños. Se pretende con lo anterior sentar las bases para una nueva interpretación o entendimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual resulte, no solo más armónica con el contexto jurídico actual y con los avances de la teoría jurídica, sino con los propios pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Ha de precisarse que, aunque el presente estudio se centra en la responsabilidad extracontractual del Estado que se debate en sede del medio de control de reparación directa, el entendimiento de esta institución a partir de la relación entre derechos subjetivos y los daños atribuibles al Estado no está limitado a tal medio de control. Con lo cual este documento se une a voces académicas ya existentes que propugnan por un estudio mucho más amplio sobre la materia que permita una mejor comprensión sobre las funciones que cumple y las herramientas que tiene a su disposición para la protección y reparación de derechos subjetivos individuales y subjetivos colectivos.

---

## **CAPITULO 1: CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONVENCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

En Colombia, la responsabilidad extracontractual del Estado ha venido pasando por un proceso de constitucionalización desde la expedición de la Carta Política de 1991. Este fenómeno de transformación a partir de normas constitucionales se ha visto acompañado por cambios impulsados desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), especialmente a partir del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Sistema IPDH). Con lo cual, también puede afirmarse que la responsabilidad extracontractual del Estado es objeto de un proceso de convencionalización.

Estos procesos se generan a partir de (i) normas constitucionales, (ii) normas del Sistema IPDH, (iii) la interpretación y aplicación constitucional y convencional del juez administrativo en temas de responsabilidad extracontractual, (iv) la interpretación y aplicación constitucional – siendo además interpretación convencional por vía del bloque de constitucionalidad – que hace la Corte Constitucional colombiana, (v) la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención ADH) por parte de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) y (vi) un diálogo permanente entre las mencionadas cortes.

Teniendo en cuenta los anteriores elementos, el presente capítulo se centra en explicar en qué consisten los procesos de constitucionalización y convencionalización y cuales han sido algunos de los cambios que han suscitado en la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así, la primera parte de este capítulo trata los aspectos esenciales del proceso de constitucionalización. Al final de tal sección, se plantea que algunas de las innovaciones que el proceso de constitucionalización conlleva se deben también al proceso de convencionalización, razón por la cual se introduce su análisis. La segunda parte aborda este último proceso, entendiendo que puede existir una convencionalización indirecta – dada por la intermediación del bloque de constitucionalidad – y una convencionalización mucho más frontal, en la que el juez nacional accede de manera directa a los instrumentos del Sistema IPDH y a la interpretación de los órganos internacionales autorizados, con el fin de aplicarlos en sus decisiones.

Estas dos formas de convencionalización confluyen y en la práctica no se distinguen mucho una de la otra; tampoco generan mayores disparidades, salvo por algunas discusiones sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH y la determinación del intérprete autorizado de las normas del DIDH que entran a nuestro ordenamiento jurídico.

Sin el análisis de la constitucionalización y la convencionalización no es posible comprender la naturaleza de los cambios que ha sufrido la responsabilidad extracontractual del Estado, los desafíos que enfrenta y el origen de los nuevos roles que se le insinúan desde la doctrina y la jurisprudencia; de ahí la importancia de lo que sigue.

---

## 1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

De acuerdo con Guastini<sup>1</sup>, la constitucionalización puede entenderse como un proceso de transformación del ordenamiento jurídico, al final del cual este resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Tal fenómeno conlleva la adaptación, ordenación y reorganización del derecho ordinario frente a los mandatos, prohibiciones, principios, derechos y demás parámetros constitucionales.

En cuanto a la forma como el proceso de constitucionalización se desarrolla en materia de derecho administrativo, Schmidt-Assmann habla de dos dimensiones: la función dogmática de la constitucionalización y la función configuradora del sistema.

La primera consiste en la formación de dogmas a partir de preceptos constitucionales específicos, especialmente derechos fundamentales, que se irradian hacia el derecho ordinario. Este tipo de constitucionalización depende de la forma cómo el derecho administrativo reciba y adopte esos dogmas. En esto juegan un papel trascendental los tribunales constitucionales y administrativos, por cuanto se ven obligados a considerar las implicaciones constitucionales y en materia de derechos fundamentales que sus decisiones comportan.

La segunda dimensión conlleva la transferencia de grandes temas del Estado constitucional al derecho administrativo. Se toman los principios constitucionales y se determina en qué medida estos deben erigirse en factores característicos del derecho administrativo, generando con ello un impacto en sus estructuras<sup>2</sup>.

Sin embargo, debe aclararse que el proceso de constitucionalización no se da en una única dirección (de la Constitución o el tribunal constitucional hacia el derecho administrativo), dado que se presenta un proceso inverso de penetración e influencia del derecho administrativo sobre el derecho constitucional<sup>3</sup>. De este fenómeno se ocupa el profesor Javier Barnes<sup>4</sup> cuando trata la interacción de mutua necesidad presente entre el derecho constitucional y el derecho administrativo.

Al respecto, el mencionado autor señala que, si bien el derecho constitucional es el encargado de establecer límites a la administración y, por tanto, al derecho administrativo, la Constitución, mediante su tabla de derechos y libertades, expresa un concepto de

---

<sup>1</sup> GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico italiano. En Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 49.

<sup>2</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. El concepto de constitucionalización del Derecho administrativo. En Montaña Plata, Alberto y Ospina, Andrés (eds.) *La constitucionalización del Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2014. pp. 30-32.

<sup>3</sup> CASSESE, Sabino. Las tres etapas de la constitucionalización del derecho administrativo. En Montaña Plata, Alberto y Ospina, Andrés (eds.) *La constitucionalización del Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2014. p. 304.

<sup>4</sup> BARNES, Javier. La interacción entre la Constitución y el Derecho administrativo: límites y patologías. En Montaña Plata, Alberto y Ospina, Andrés, (eds.) *La constitucionalización del Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2014. pp. 504 a 517.

---

ciudadano basado en la dignidad humana, que al derecho administrativo le incumbe hacer realidad. En ese sentido, la Constitución no solo cumple una función de iluminación o irradiación, sino que conlleva una obligación de reconstrucción, en búsqueda de la materialización de los objetivos constitucionales por parte del derecho administrativo.

En esa interacción hay lugar a que el derecho administrativo incida en el derecho constitucional mediante dos funciones que el profesor español identifica: la función de transposición y la función de transferencia.

La función de transposición se centra en la capacidad transformadora del derecho administrativo que se encuentra al servicio de la Constitución. Además de respetar la carta de derechos, el derecho administrativo contribuye a rellenar su contenido. Así, este último no se limita a una simple labor de derivación aplicativa, dado que tiene una función creativa y creadora importante para la materialización de los derechos fundamentales y los objetivos constitucionales.

Por su parte, la función de transferencia consiste en el traslado de experiencias acumuladas en el derecho administrativo hacia las diferentes Constituciones. Lo anterior puede observarse en dos momentos: **i)** el primero es la constitucionalización mediante el envío a la Constitución de numerosos elementos tradicionales de la administración y del derecho administrativo; **ii)** el segundo es la exportación desde el derecho administrativo hacia el derecho constitucional de principios que han nacido en su seno, pero que al llegar a la Constitución se refractan y adquieren un significado propio, *“como le ha ocurrido al principio de proporcionalidad, y ello ya no solo por la específica función constitucional de hacerse resistente frente al legislador, sino sobre el ámbito sobre el que se proyecta: derechos fundamentales”*<sup>5</sup>.

De ahí que, la constitucionalización del derecho administrativo y, por ende, de la responsabilidad extracontractual del Estado, sea un proceso que no se reduce a la implementación mecánica ni al desarrollo lineal de la Constitución, sino que comporta la reestructuración y transformación del derecho administrativo. En estas acciones existe un enorme componente de creatividad y plasticidad en el que derecho administrativo y derecho constitucional comparten el mismo objetivo: la efectividad de los derechos fundamentales y la materialización de los fines constitucionales.

El proceso de constitucionalización del derecho administrativo no se debe de manera exclusiva a la Constitución, ni puede entenderse como una aplicación irreflexiva de esta, como si se tratara de una mera correa de transmisión. El referido proceso y su producto obedecen, más bien, a una política constitucional que vincula tanto al legislador como a los jueces administrativos, y que pretende cumplir con las directrices, objetivos y fines de la Constitución, mediante el perfeccionamiento y optimización de las categorías propias del derecho administrativo.

Como lo afirma Zagrebelsky, en el contexto actual, la Constitución y el derecho constitucional no conforman un centro de ordenación, son, en realidad, los elementos

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 513.

---

mediante los cuales se construyen estructuras constitucionalizadas, que buscan la materialización de la Constitución, siguiendo una especie de política constitucional:

*Para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como un centro del que todo deriva por irradiación a través de la soberanía del Estado en el que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo converge; es decir, más bien como centro al que alcanzar que como centro del que partir. La 'política constitucional' mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva<sup>6</sup>.*

Ese nuevo papel de la Constitución y la consolidación de una política constitucional brindan al derecho público – y por esa vía al derecho administrativo y a la responsabilidad extracontractual del Estado – la oportunidad de formular, proponer y perfeccionar sus propias categorías a través de un ejercicio de creación y construcción concertado.

En el caso de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado resulta de central relevancia la influencia de la Constitución y del Tribunal Constitucional mediante sus sentencias, pero el proceso no se agota ahí; sino que vincula la capacidad creadora de derecho de los jueces administrativos, la cual asume gran relevancia si se tiene en cuenta que la responsabilidad extracontractual del Estado ha tenido un desarrollo fundamentalmente pretoriano.

En ese sentido, se pueden identificar tres formas que la constitucionalización del derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado ha adoptado en Colombia: i) la primera de ellas es la consagración constitucional de normas que le sirven de fundamento<sup>7</sup>, ii) la segunda se genera a partir de pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional<sup>8</sup> y iii) la última consiste en la reformulación de categorías propias de la responsabilidad extracontractual por parte del Consejo de Estado, con el fin de establecer estructuras constitucionalizadas que procuren una mayor protección sobre los derechos fundamentales. esta última forma que asume la constitucionalización proviene de la interpretación directa que los operadores jurídicos hacen de la Constitución, en otras palabras, se trata de la lectura constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado. A continuación, se muestran algunos ejemplos de esas tres formas de constitucionalización.

---

<sup>6</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia. 11<sup>o</sup> ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016. p. 14.

<sup>7</sup> GIL BOTERO, Enrique. La constitucionalización del derecho de daños: Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial Temis, 2014. pp. 19- 23.

<sup>8</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia. *Revista Jurídica. nro. 13 (1), enero- junio de 2016.* pp. 50 – 54. Disponible en: DOI: 10.17151/jurid.2016.13.1.4.



---

## 1.1. Normas constitucionales que sirven de fundamento a la responsabilidad extracontractual del Estado

Antes de la Constitución de 1991 no existía ni a nivel legal ni a nivel constitucional una disposición expresa que estableciera el deber del Estado de reparar los daños que le fueren imputables.

Lo anterior no quiere decir que antes de la reforma constitucional de 1991 no existiera responsabilidad del Estado por los daños que hubiere causado. Como se sabe, la falta de una cláusula expresa de este tipo obligó a la Corte Suprema de Justicia, en un primer momento, y después al Consejo de Estado a fundar la responsabilidad estatal principalmente en normas del Código Civil y posteriormente en el artículo 16 de la Constitución de 1886 (artículo en el que se establecía que las autoridades están en la obligación de proteger a las personas y asegurar sus derechos).

La actual constitución zanjó ese vacío normativo. En su artículo 90 estableció el fundamento de la responsabilidad estatal extracontractual, precontractual y contractual<sup>9</sup>:

*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.*

Además de la anterior disposición, existen otras normas de rango constitucional que operan como “*fundamento, basamento o apoyatura a la importancia del principio filosófico según el cual la administración se encuentra compelida a reparar integralmente el daño que cause, siempre que este sea de naturaleza antijurídico (...)*”<sup>10</sup>.

Entre estas normas se encuentra el principio de solidaridad, contenido en el artículo 1 de la nuestra Carta Política<sup>11</sup>, el principio de protección y garantía al que se refiere el inciso 2° en el artículo 2 superior<sup>12</sup> y el principio y derecho fundamental a la igualdad<sup>13</sup>.

La Corte Constitucional considera que además de los artículos mencionados, la Constitución también reconoció otros principios y derechos constitucionales que sustentan la idea de la responsabilidad extracontractual del Estado, tales como la igualdad frente a las cargas públicas (art. 13 C.P.) y “*la obligación de proteger el patrimonio de*

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>10</sup> GIL BOTERO, Enrique. La constitucionalización del derecho de daños. Op. cit. p. 19.

<sup>11</sup> “ARTICULO 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

<sup>12</sup> “ARTICULO 2° (...)

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*

<sup>13</sup> “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

---

*los asociados y de reparar los daños causados por el actuar del ente público, en atención a los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución”<sup>14</sup>*

De igual forma, la doctrina también ha identificado en las disposiciones normativas referidas fundamentos constitucionales complementarios e ideológicos de la responsabilidad extracontractual del Estado. Por ejemplo, Gil Botero sostiene que la solidaridad constituye un fundamento filosófico de la responsabilidad y del consiguiente deber de reparar, dado que ha permitido el uso de instituciones como la posición de garante o el desequilibrio en las cargas públicas, con el fin de sustentar la imputación fáctica y jurídica<sup>15</sup>.

En esa vía, el Consejo de Estado ha hecho uso del principio de solidaridad para atribuir responsabilidad al Estado en determinados eventos, entre los que se encuentra el daño ocasionado por actos violentos de terceros<sup>16</sup> o la responsabilidad por enfermedades nosocomiales<sup>17</sup>.

Por su parte, el derecho/principio de igualdad se ha considerado como uno de los ejes principales de la responsabilidad extracontractual, mediante el cual los jueces determinan qué bienes o intereses son objeto de protección y fijan criterios que limitan la subjetividad a la hora de valorar y reparar el daño irrogado, de tal manera que no se den discriminaciones injustificadas o enriquecimientos sin justa causa para las víctimas<sup>18</sup>.

A su vez, la dimensión material del principio de igualdad, conocida como principio de equidad<sup>19</sup>, ha impactado en la definición de las categorías de daño inmaterial, en la

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-957 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>15</sup> GIL BOTERO, Enrique. La constitucionalización del derecho de daños, Op. cit. p. 21.

<sup>16</sup> “*Estos hechos sirven como fundamento de aplicación de la teoría del daño especial, visión que acentúa su enfoque en la lesión sufrida por la víctima, que debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco merecido. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad y la solidaridad, se enmarca dentro (sic) de los factores objetivos de imputación de responsabilidad estatal con los que se ha enriquecido este catálogo*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 7 de julio de 2011, Rad. 05001-23-24-000-1994-00332-01(20835). C. P. Enrique Gil Botero.

<sup>17</sup> “*Sin embargo, la Sala considera que existe otra ruta. Si bien la regla de justicia correctiva no puede justificar claramente la responsabilidad en un caso como este, ello no significa que la solución deba ir de la mano de la excepción tipo eficiencia y maximización. Otra regla puede entrar en el balance de razones. Se trata de la justicia distributiva, una regla que parece cobijar casos “marginales” como los que están asociados a la responsabilidad sin culpa u objetiva*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de abril de 2014. Rad. 25000-23-26-000-2001-01960-01(28214). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>18</sup> GIL BOTERO, Enrique. La constitucionalización del derecho de daños. Op. cit. p.22

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-890 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa: “*la dimensión material del principio constitucional de igualdad se conoce también con el nombre de equidad y aboga por tomar en consideración las circunstancias particulares de los distintos sujetos a la hora de tomar decisiones estatales en el nivel de política pública, política legislativa, adjudicación judicial, entre otros espacios. El principio de equidad busca prevenir la adopción de determinaciones que puedan resultar irrazonables o desproporcionadas desde el punto de vista de las circunstancias particulares de los administrados, por lo que abandona una concepción puramente formal del ordenamiento jurídico*”.

---

determinación del valor de la reparación ante este tipo de daños y se ha constituido como criterio para establecer medidas de reparación no pecuniarias<sup>20</sup>.

Por último, en cuanto al principio de protección y garantía del inciso 2° en el artículo 2 superior (de acuerdo con el cual las autoridades tienen el deber de proteger los derechos y libertades de los coasociados y garantizar el cumplimiento de los deberes del Estado Social de Derecho), este se considera un fundamento indispensable para declarar responsable al Estado y ordenar que se repare el daño irrogado; dado que, como la Corte Constitucional lo señala, la *“garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”*<sup>21</sup>.

## 1.2. CRITERIOS SOBRE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO FIJADOS A PARTIR DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Con ocasión de los problemas jurídicos planteados a partir de acciones de inconstitucionalidad o de tutela que son de su conocimiento, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre diversos tópicos de la responsabilidad extracontractual del Estado. En tales ocasiones, el mencionado tribunal colombiano ha colaborado en la interpretación constitucional de algunos elementos estructurales en la materia y ha definido parámetros y reglas que no solo vinculan a los jueces administrativos, sino que también constituyen estándares para el ejercicio de las facultades del propio legislador.

Esta forma de constitucionalización parte de la interpretación que hace esa Corporación respecto de los artículos de la Constitución Política mencionados en el apartado anterior, en consonancia con algunos de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado y del mecanismo procesal tradicional para declararla, el medio de control de reparación directa.

Entre los diversos pronunciamientos que sobre esta temática ha tenido la Corte Constitucional, algunos que se destacan por reflejar su entendimiento sobre la materia son los siguientes: a) el contenido y alcance del artículo 90 la Constitución, b) el concepto de daño antijurídico y c) la aplicación del principio de reparación integral<sup>22</sup>.

A continuación, se expondrán los tres tópicos arriba descritos. Sin embargo, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y su importancia para el proceso de

---

<sup>20</sup> M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2015. pp. 7 – 12.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>22</sup> Aunque se omiten en lo que sigue del texto, es importante resaltar la labor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional al señalar como límite de la configuración legislativa al artículo 90; así como, también, su labor frente a la responsabilidad del Estado con ocasión de normas declaradas inconstitucionales.

---

constitucionalización no se agotan ahí. Por lo cual, a lo largo de este trabajo se hará, de manera constante, referencia a pronunciamientos del máximo tribunal constitucional colombiano sobre temáticas específicas de la responsabilidad extracontractual, que han obligado al Consejo de Estado a replantearse algunos de sus pronunciamientos y que reflejan esta forma de constitucionalización. En ese sentido, los ejemplos que se pasa a exponer son meramente enunciativos y no taxativos.

### 1.2.1. CONTENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 90 SUPERIOR

La mencionada norma contiene dos premisas jurídicas distintas. En su primer inciso establece la cláusula de responsabilidad que obliga al Estado a responder por todos los daños antijurídicos que le sean imputables. Mientras que el inciso segundo contempla el deber del Estado de repetir contra sus agentes cuando estos hayan causado un daño antijurídico con una conducta dolosa o gravemente culposa<sup>23</sup>.

Esa primera parte de la cláusula de responsabilidad ha sido entendida por la Corte Constitucional como una garantía de los administrados, íntimamente relacionada con el derecho al acceso a la administración de justicia<sup>24</sup>.

Adicionalmente, el tribunal constitucional colombiano ha considerado que, aunque existan diferentes regímenes de responsabilidad del Estado, a partir de la Constitución de 1991 deben considerarse englobados bajo la noción de daño antijurídico<sup>25</sup>. Es decir que los regímenes de responsabilidad objetivos (daños especial y riesgo excepcional) y subjetivos (falla del servicio) perviven con el auspicio del artículo 90 de la Constitución Política.

Esta norma constitucional no solamente sirve de fundamento para la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que también cobija la responsabilidad precontractual y contractual<sup>26</sup>. Es decir, toda responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que irroque encuentra su fundamento en el artículo 90 superior. Esta responsabilidad se extiende a todas las autoridades estatales, cualquiera que sea la rama del poder público a la que pertenezcan. Sin importar que se trate de órganos autónomos e independientes creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-778 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería y Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 2000. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>26</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Véase también, Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Corte Constitucional. Sentencia C-528 de 2003. Marco Gerardo Monroy Cabra.

---

Todo lo anterior, ha sido sintetizado por la Corte Constitucional en sentencia C–286 de 2017 de la siguiente manera:

*“En suma, el artículo 90 constitucional consagra (i) la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, (ii) en forma de mandato imperativo, (iii) que es aplicable a todas las autoridades estatales y (iv) a los diversos ámbitos de la responsabilidad (contractual o extracontractual, entre otras). Así mismo, de tal artículo se desprende (v) una garantía para los administrados, que está estrechamente relacionada con el derecho de acceso a la administración de justicia y (vi) una obligación para el Estado de repetir contra sus agentes, cuando la administración pública haya resultado condenada y se demuestre la culpa grave o el dolo de los mismos”<sup>28</sup>.*

### 1.2.2. EL DAÑO ANTIJURÍDICO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional acudió a la doctrina española<sup>29</sup> y a los pronunciamientos del Consejo de Estado<sup>30</sup>, con el fin de precisar los elementos centrales del daño antijurídico, al cual considera como un concepto constitucional parcialmente indeterminado, dado que no cuenta con una definición constitucional o legal.

Con esos insumos, en sentencia C–333 de 1996, la Corte Constitucional determinó que el daño antijurídico puede existir, aunque no haya culpa o falla del servicio, pues es posible que provenga de una actividad lícita del Estado. Además, consideró que el daño antijurídico puede definirse como aquel daño provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo:

*“Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.*

*“Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos.”<sup>31</sup>*

---

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 286 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

<sup>29</sup> Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Bogotá: Editorial Temis, 2008. pp. 361 - 372.

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 8163 del 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

---

De la anterior cita, es posible extraer las siguientes tres conclusiones: (i) como ya se mencionó, para la Corte Constitucional el daño antijurídico es aquel que la víctima no tiene el deber de soportar, (ii) no todo daño es antijurídico y (iii) el daño antijurídico es elemento esencial pero no suficiente para que se declare la responsabilidad de Estado, es necesario que tal daño le sea imputable.

Si bien este entendimiento del daño antijurídico se ha venido reiterando en la jurisprudencia constitucional hasta nuestros días, el Tribunal Constitucional en sus providencias ha profundizado en la antijuridicidad del daño señalando que la responsabilidad extracontractual del Estado no se deriva de cualquier daño, sino exclusivamente del que *“no se está obligado a soportar, pues, en ocasiones, puede existir un daño que, sin embargo, jurídicamente constituya una carga, o una molestia que en beneficio del interés general halle justificación constitucional.”*<sup>32</sup>

En esa línea, también ha considerado que *“en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado”*<sup>33</sup>. Así, *“(l)a antijuridicidad del daño, en consecuencia, ocurre, en principio, cuando la actuación del Estado no se encuentra justificada, bien sea porque (i) no existe un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado, –caso en el que el Estado no está legitimado para producir la afectación correspondiente–, o (ii) cuando el daño excede las cargas que normalmente un individuo en la sociedad está obligado a soportar”*<sup>34</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, es válido concluir que, para la Corte Constitucional, el daño antijurídico es aquel que la víctima no está en la obligación de soportar<sup>35</sup>, y la razón por la que no se encuentra en tal deber es porque proviene de una falla del servicio, un daño especial o de un riesgo excepcional.

### 1.2.3. LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO PRINCIPIO Y COMO DERECHO FUNDAMENTAL

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional. Sentencia C-908 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos; Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>34</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-957 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; véase, además, Corte Constitucional. Sentencia C- 286 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>35</sup> No obstante, debe advertirse que esta definición (la de que el daño antijurídico es aquel que la víctima no está en la obligación de soportar) representa algunas perplejidades frente a los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto la misma Corporación en algunos pronunciamientos pareciera considerar que el daño antijurídico es preexistente a la imputación. Sin embargo, de acuerdo con la posición jurisprudencial expuesta, no es posible determinar la antijuridicidad del daño sin antes haber superado la etapa de atribución, dado que si el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad, ya sea objetivos - daño especial y riesgo excepcional - o subjetivos -falla del servicio-, para establecer la antijuridicidad del daño se hace necesario determinar previamente si este es atribuible al Estado y en cuál de los regímenes mencionados encaja.

---

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 dispuso lo siguiente: “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*” (Resaltado fuera de texto).

Existe, entonces, un deber para cualquier juez, y por supuesto para el juez de la reparación directa, de aplicar los principios de reparación integral y de equidad, al momento de establecer las medidas resarcitorias del daño.

Sobre la reparación integral ha dicho la Corte Constitucional que se trata de un “*principio general del derecho, según el cual ‘debe repararse todo el daño, y sólo el daño’*”. Es decir, “*el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite*”<sup>36</sup>.

Consiste, entonces, en “*un supuesto de coherencia, lógico y empírico, ya que si la reparación no coincide con la entidad del daño, simple y llanamente la ecuación de equilibrio no corresponde*”<sup>37</sup>.

De acuerdo con el tribunal constitucional colombiano, las reparaciones al ser integrales y plenas deben, en la medida de las posibilidades, garantizar la restitutio in integrum y de no ser ello posible se deberá adoptar medidas indemnizatorias y compensatorias<sup>38</sup>.

No obstante, ha señalado que para la aplicación del principio de reparación integral es necesario atender a dos parámetros: el primero es el deber de justificar la decisión judicial<sup>39</sup> y el segundo es la obligación de acatar los precedentes relevantes para el caso en concreto<sup>40</sup>.

En cuanto a la aplicación del principio de equidad, la Corte Constitucional ha dejado claro que es necesaria una esmerada motivación de la decisión con el fin de evitar que la libertad que resulta del mencionado principio derive en un acto arbitrario<sup>41</sup>.

Ahora bien, además del anterior entendimiento sobre el principio de reparación integral, La Corte Constitucional también ha considerado que esta forma de reparación constituye

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 694 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1130 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>40</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz Y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz: “*Si un juez, en la situación límite antes descrita, recurre a la equidad como fundamento de su fallo, no habrá hecho nada diferente de proyectar al caso sub judice su concepción de lo que es la justicia, construyendo a partir de ella un principio que materialmente no hace parte del sistema pero que encuentra en él su fundamento formal. El juez en cuestión deberá entonces esmerarse en mostrar que su decisión está justificada por un principio ético o político (en todo caso extrajurídico), al que él adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el derecho positivo. No será, pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como derecho natural o equidad, esta última en el más riguroso sentido aristotélico del término. Uno y otra sirven pues al propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado*”.

---

un derecho fundamental de las víctimas del conflicto armado y que como tal puede ser protegido por vía de la acción de tutela:

*“Así, las víctimas del desplazamiento forzado tienen el derecho fundamental a obtener una **reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, comoquiera que no estaban obligadas a soportarlo** y que desencadenó una vulneración masiva de sus derechos fundamentales, como son el derecho a la libertad de circulación, de residencia, elección de profesión u oficio, entre otros, que implicaron su desarraigo y el sometimiento a unas circunstancias ajenas a su existencia y a la ausencia de condiciones mínimas de existencia, de allí la procedencia de la reparación del daño sufrido.*

*De este modo las personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos tienen el derecho a la reparación integral del daño causado. **Esta reparación debe ser plena y efectiva y comprender acciones (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición)** que distan de la asistencia social que el Estado tiene la obligación de brindar de forma prioritaria por el hecho de ser los desplazados personas en estado de desigualdad y vulnerabilidad”<sup>42</sup>. (Énfasis propio)*

En esa medida, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la reparación integral comparte, en ciertas circunstancias, una doble naturaleza, como principio y como derecho fundamental. En cualquiera de los dos eventos se busca una reparación plena, que ponga a la víctima en una posición como si el daño no hubiese ocurrido. Con ese fin, el juez que dicte la reparación puede ordenar medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

### 1.3. LECTURA CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO

*Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional<sup>43</sup>.*

Esta tercera forma de constitucionalización obedece a una *política constitucional* que busca la realización de la Constitución. De ahí que no se trate de simplemente acatar o aplicar un mandato específico de la Constitución o del Tribunal Constitucional— en ese sentido no es ejecución de la Constitución —, sino que se trata de la interpretación constitucional de los jueces administrativos sobre temas de su competencia, lo cual genera que se reformulen categorías tradicionales y se transformen en figuras constitucionalizadas que permitan la materialización de los preceptos constitucionales — se trata, así, de realización de la Constitución—.

En el caso del derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado, materia de desarrollo fundamentalmente jurisprudencial y tradicionalmente influenciada por una

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-085 de 2009. M.P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>43</sup> PRIETO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 130.



---

visión civilista y patrimonialista, esa interpretación judicial de la Constitución se ha traducido en (i) una reformulación de los “bienes” o “intereses” que son objeto de reparación (muestra de ello es la introducción de una nueva categoría de daño denominada afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos) (ii) la forma como han de repararse (bajo los parámetros de la reparación integral) y (iii) el fundamento del deber de reparar (acudiendo tanto a la justicia correctiva como a la distributiva a través del principio de solidaridad). Así, la *política constitucional* ha ocasionado una transformación en el ¿Qué?, ¿Cómo? y ¿Por qué? de la reparación.

En cuanto al fundamento del deber de reparar, el Consejo de Estado ha hecho uso del principio de solidaridad, contenido en el artículo 1° de la Constitución política de Colombia con el fin de justificar el resarcimiento de algunos daños que no proviene directamente del Estado. Bajo esta perspectiva el deber de reparar no parece encontrarse estructurado de manera exclusiva en el comportamiento del causante del daño, sino que, aparentemente, su principal mecanismo de acción se encuentra en la necesidad de reparar el daño. De tal forma que “*no se parte de propiamente de un derecho de la responsabilidad sino de un derecho de daños*”<sup>44</sup>. Así, el porqué del surgimiento del deber de reparar deja de centrarse en el establecimiento de una relación de responsabilidad entre el daño y a quién se le imputa, para pasar a contemplar otros elementos.

Por otro lado, el cambio en la aplicación del principio indemnizatorio por el principio de reparación integral ha permitido superar el resarcimiento exclusivamente pecuniario que tradicionalmente había imperado en la reparación del daño. Dando paso a otras medidas de reparación de naturaleza no pecuniaria. Esto constituye una importante transformación en la forma como se repara el daño en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

Por último, la lógica de la protección de derechos fundamentales y derechos humanos ha entrado a modificar la tipología de daño inmaterial, introduciendo una nueva categoría de daño: “*afectaciones relevantes a bienes constitucional y convencionalmente protegidos*”, con lo cual el objeto de reparación de la responsabilidad extracontractual del Estado que opera bajo el medio de control de reparación directa adquiere nuevos matices.

Las transformaciones mencionadas se deben no solo al proceso de constitucionalización, sino, también a la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual ha encontrado al menos dos vías para impactar el ordenamiento jurídico interno. La primera mediante la figura del control de convencionalidad (bien a través de la puerta que abre el artículo 93 de la Constitución Política<sup>45</sup>, el cual establece la prevalencia de los convenios, tratados y protocolos relativos a derechos humanos en el orden jurídico

---

<sup>44</sup> GIL BOTERO, Enrique. La constitucionalización del derecho de daños. Op. cit. p 47.

<sup>45</sup> ARTÍCULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

---

interno, lo que deriva en la conformación del bloque de constitucionalidad o prescindiendo de esta figura de una manera más directa), mientras que la segunda vincula las sentencias que la Corte IDH ha proferido en casos contenciosos contra Colombia.

A partir de tales caminos no solamente se establece una interacción entre la Constitución Política de 1991 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que, además, la responsabilidad extracontractual se acerca y se impregna de esta última, así como también de la jurisprudencia de la Corte IDH, en un proceso que constituye una nueva faceta de la constitucionalización.

Los tres cambios mencionados se analizarán con más detalle en el segundo capítulo de este trabajo. Conviene, por el momento, analizar el proceso de convencionalización de la responsabilidad extracontractual de Estado y mostrar algunas de sus manifestaciones.

## **2. LA CONVENCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

Si la constitucionalización del derecho administrativo puede entenderse como el proceso mediante el cual este último se ve impregnado de normas constitucionales, generando con ello transformaciones y reformulaciones en sus estructuras básicas; por convencionalización se hace referencia a aquel proceso que se da en iguales términos, ya no con base en normas de rango constitucional, sino a partir de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente de la Convención ADH y de las demás normas que hacen parte del Sistema IPDH.

Este proceso es considerado por Cassese<sup>46</sup> como la tercera etapa de la constitucionalización del derecho administrativo. Etapa en la cual se presenta una penetración de principios propios del derecho constitucional supranacional en los derechos administrativos nacionales. El autor italiano plantea que la globalización jurídica se extiende rápidamente, estableciendo normas y principios que afectan el derecho administrativo, además que multiplica los jueces “de modo que se asegura una tutela judicial multinivel”. En esa medida, los derechos de los ciudadanos frente a la administración son tutelados no solo por jueces nacionales, sino también por jueces de carácter supranacional.

Esta nueva faceta del proceso de constitucionalización obedece a un fenómeno de “internacionalización del derecho”, que corresponde con la apertura del derecho nacional hacia el derecho internacional. A partir de esas interacciones: derecho local - derecho internacional, el primero termina siendo interferido y modificado por normas

---

<sup>46</sup> CASSESE, Sabino. Las tres etapas de la constitucionalización del derecho administrativo. Op. cit. P 304 a 305. Las otras dos etapas según este autor son, en un primer momento, la separación entre la administración respecto del ejecutivo, del cual sigue siendo parte y, en un segundo momento, el reconocimiento normativo de la administración y el derecho administrativo en las constitucionales escritas y con fuerza jurídica superior a la ley.

---

provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Penal Internacional, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional Privado<sup>47</sup>.

Ahora bien, las transformaciones que ha implicado la convencionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado tienen como principales protagonistas al denominado control de convencionalidad y a las sentencias de fondo que sobre Colombia ha proferido la Corte IDH.

Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico interno, la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte IDH y el papel del control de convencionalidad se pueden analizar a partir de la figura del bloque de constitucionalidad; mirada bajo la cual el control de convencionalidad puede ser visto como un producto derivado de otorgar a la Convención ADH y a otros tratados de derechos humanos ratificados por Colombia una jerarquía normativa igual a la de la Constitución. desde esa perspectiva podrá entenderse que el control de convencionalidad se encuentra subsumido en el ejercicio del control de constitucionalidad. Esta es una de las vías que toma la convencionalización de la responsabilidad extracontractual del derecho.

Otra forma de entender el proceso de convencionalización, una vía en la que no intermedia el bloque de constitucionalidad, parte de la base de que la figura del bloque de constitucionalidad es un mecanismo interno para la armonización normativa; a la luz del derecho internacional de los derechos humanos no resulta necesaria su presencia para adelantar el control de convencionalidad, ni para que se predique la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH. Desde el punto de vista del DIDH, el control de convencionalidad adquiere mayor autonomía y la vinculatoriedad de la jurisprudencia y doctrina de la mencionada corte internacional resulta mucho más evidente. Los jueces y en general cualquier autoridad pública no solo están facultados, sino que se ven obligados, a hacer uso de esas figuras planteadas en el Sistema IPDH con el fin de resolver los asuntos que se le presentan. Esta es

A continuación, se pasa a explicar el lugar que ocupa el control de convencionalidad y la vinculatoriedad de las sentencias de Corte IDH desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad. Posteriormente, se explica la figura del control de convencional como se ha planteado en el Sistema IPDH. Finalmente, se expone como el Consejo de Estado ha hecho uso de la mencionada figura, en ocasiones con el auspicio del bloque de constitucionalidad, y en otras, sin siquiera mencionarlo.

---

<sup>47</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, El control de convencionalidad. 3º ed. Bogotá: Editorial Temis, 2017. p. 131.

---

## 2.1. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA RECEPCIÓN DE NORMAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El bloque de constitucionalidad – figura de origen francés<sup>48</sup>– es un mecanismo de inserción del derecho internacional al derecho interno<sup>49</sup>, que obedece a la existencia de múltiples normas de rango constitucional o supralegal que no se encuentran contenidas en los textos constitucionales.

Según explica Uprimny<sup>50</sup>, este fenómeno se genera porque las Constituciones no son códigos normativos totalmente cerrados, sino que contienen cláusulas de apertura o reenvío – la cuales pueden ser expresas o tácitas – hacia otras reglas, principios o compilados normativos, los cuales tiene relevancia en la práctica constitucional. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la constitución chilena establece que los órganos del Estado deben respetar y garantizar no solo los derechos contenidos en dicha carta, sino aquellos que se encuentren en los tratados internacionales ratificados por dicho país. En el mismo sentido, el numeral 22 del artículo 37 de la constitución argentina otorga rango constitucional a varios instrumentos internacionales para la protección de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana de Derecho Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En Colombia, el artículo 93 de nuestra constitución<sup>51</sup> señala expresamente lo siguiente:

*ARTICULO 93. [a] Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. [b] Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Énfasis propio)*

Si bien la primera parte de la citada norma establece la prevalencia de tratados y convenios de derechos humanos en el ordenamiento interno colombiano, no dispone de manera precisa cuál es su jerarquía normativa, es decir, no señala si esas normas internacionales ingresan al sistema jurídico interno con rango legal, supra legal, constitucional o supraconstitucional. Frente a tal problema, en sentencia C-225 de 1995, hizo aparición en Colombia la noción de bloque de constitucionalidad:

*Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que*

---

<sup>48</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, p. 4. Disponible en: [https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_46.pdf](https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf).

<sup>49</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad. Op. cit. p. 145.

<sup>50</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal. p. 2 Disponible en: [https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_46.pdf](https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf)

<sup>51</sup> Junto a este, es importante mencionar los artículos constitucionales 53, 94 y 214.

---

*puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.*

*En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).*

*Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”<sup>52</sup>. (Énfasis propio)*

De acuerdo con la sentencia citada, el bloque de constitucionalidad es esa unidad normativa compuesta por la Constitución y los tratados de derechos humanos, la cual permite armonizar la prevalencia otorgada a los tratados y convenios mencionados en el artículo 93 Superior con la primacía de la Constitución (artículo 4 de la Constitución Política de Colombia), al considerar que comparten una misma jerarquía.

Ahora bien, una vez formulada la noción de bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional inició una labor encaminada a dar precisión a su significado, contenido y funciones. De ahí que en sentencia C-358 de 1997 se precisara que no todos los tratados firmados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad y que para considerar a una norma como parte de este era necesario una disposición constitucional que así lo permitiera; tal como sucede con los tratados de derechos humanos que se incorporan mediante el artículo 93 Superior y las incorporaciones que se realizan en virtud de los artículos constitucionales 9, 44, 94, 102 y 214. Adicionalmente, en la referida sentencia se sentaron las bases para diferenciar entre bloque de constitucionalidad en *sentido estricto* y bloque de constitucionalidad en *sentido lato*, por cuanto se sostuvo que también hacían parte del bloque de constitucionalidad normas que no tenían rango constitucional, pero sí supralegal, en tanto que resultarían útiles para la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad.

En efecto, después de la anterior providencia se consolidó la diferencia entre bloque de constitucionalidad en sentido stricto y en sentido lato<sup>53</sup>. Esta distinción ha sido reiterada y sintetizada en sentencia C-147 de 2017:

*En ese sentido, la jurisprudencia ha señalado que es posible distinguir dos acepciones del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero se refiere al stricto sensu, que es conformado por aquellos principios y normas que han sido integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces gozan de rango constitucional.*

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>53</sup> Corte Constitucional, sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

---

*El segundo de ellos, se refiere al lato sensu, que recoge las disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.<sup>54</sup>*

Cabe resaltar que la Corte Constitucional ha considerado que la principal función del bloque es la de constituir un parámetro para el control de constitucionalidad. Con ese fin cuenta con dos subfunciones específicas: **a)** una función integradora que se encarga brindar marcos específicos de constitucionalidad a partir de lo dispuesto en la primera parte del artículo 93 de la Carta Política, así como de estipulado en sus artículos 94, 44 y 53<sup>55</sup>, función que se ve reflejada en esa distinción entre bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato; y **b)** una función interpretativa que consiste en ayudar a la interpretación de las cláusulas constitucionales y los derechos fundamentales, función que proviene de la segunda parte del artículo 93<sup>56</sup>.

En igual sentido, el máximo tribunal constitucional colombiano también ha sostenido que el bloque de constitucionalidad resulta útil para los siguientes propósitos:

*(...) (i) hace procedente la demanda de protección de derechos subjetivos reconocidos en normas internacionales ante autoridades nacionales; (ii) sirve para orientar las políticas públicas, de conformidad con la normatividad internacional incorporada al ordenamiento interno; (iii) cumple un papel de complementariedad, en tanto amplía el alcance del contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el texto de la Constitución; (iv) implica la ampliación del catálogo de derechos reconocidos en el ámbito interno por la Carta Fundamental, en tanto incorpora a ésta derechos no incluidos en la Constitución; y, (v) cumple una función de actualización en la labor hermenéutica de los derechos fundamentales constitucionales.<sup>57</sup>*

Teniendo claro lo anterior, resulta pertinente preguntarse por las normas que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y las normas que lo hacen en sentido lato.

Al respecto, la Corte Constitucional ha identificado entre aquellas que conforman el bloque de constitucionalidad en estricto sentido todos los tratados de derechos humanos y tratados de derecho internacional humanitario firmados y ratificados por Colombia, las normas consuetudinarias sobre derecho internacional humanitario y las normas *ius cogens*<sup>58</sup>. Por otra parte, entre aquellas normas que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido lato se encuentran aquellos tratados que incluyen derechos que pueden ser limitados en estados de excepción, los tratados limítrofes, las leyes orgánicas y algunas leyes estatutarias<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-147 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>55</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Corte Constitucional. Sentencia C-458 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>56</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 488 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>57</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2007. M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>58</sup> Corte Constitucional Sentencia C-750 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Corte Constitucional. Sentencia C-941 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>59</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

---

Con base en lo expuesto hasta este punto, se puede afirmar que la Convención ADH se integra al ordenamiento jurídico interno, por cuanto hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, dado que es un tratado de derechos humanos, de aquellos mencionados en el artículo 93 de la Constitución<sup>60</sup>. Así las cosas, la Convención ADH, la Constitución, los otros tratados de derechos humanos ratificados y firmados por Colombia, las normas *ius cogens* y las normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario conforman una unidad normativa, que sirve como principal referente para adelantar el correspondiente control de constitucionalidad, para la interpretación y ampliación del catálogo de derechos, para orientar políticas públicas y para integrar la normativa, ante ausencia de norma directamente aplicable al caso.

### 2.1.1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y VINCULATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como se expuso, la Convención ADH hace parte del bloque de constitucionalidad, por tanto, es una norma de rango constitucional que opera como parámetro para determinar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. Sin embargo ¿sucede lo mismo con las sentencias de la Corte IDH?, ¿son vinculantes?

Sobre el particular existen dos posibles escenarios: **i)** si Colombia es parte del proceso que dio lugar al fallo de la Corte IDH o **ii)** que no haya sido parte de este.

En el primero evento resulta pacífica su obligatoriedad, en virtud del acatamiento de la competencia contenciosa de esa corte internacional por parte de Colombia y la aplicación de principios como el *pacta sunt servanda*, así como la organización del sistema interno para dar cumplimiento a ese tipo de sentencias. Por otro lado, es debatible el valor normativo que tiene en nuestro ordenamiento jurídico las sentencias dictadas por la Corte IDH en procesos adelantados contra otros países de la región. Por esto, lo que sigue se centrará en el segundo evento.

Al respecto, sostiene Uprimny<sup>61</sup> que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte IDH son criterios interpretativos relevantes para determinar el contenido y alcance de las normas de la Convención. Para el mencionado autor, su vinculatoriedad en nuestro sistema jurídico deriva de la aplicación del principio de *Pacta Sunt Servanda* y del inciso segundo del artículo 93, toda vez que señala que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, lo que conduce a que sean interpretados también con base en las decisiones de los órganos jurisdiccionales autorizados para la interpretación de esas normas internacionales.

---

<sup>60</sup> Al respecto véase, entre otras, Corte Constitucional. Sentencia C- 774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil y Corte Constitucional. Sentencia T- 786 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>61</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal. Op cit. p. 24-25.

---

Por su parte, Fajardo<sup>62</sup> plantean que la jurisprudencia de la Corte IDH no constituyen fuente formal ni en el derecho interno ni en derecho internacional, y tampoco tiene fuerza vinculante en Colombia, aunque pueden entenderse como criterios hermenéuticos para la interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

Esta posición ha sido compartida por la Corte Constitucional, quién en varias sentencias ha manifestado que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye un criterio relevante para la interpretación de derechos fundamentales<sup>63</sup> y ha utilizado la jurisprudencia de la Corte IDH para resolver, tanto asuntos objeto de acciones con constitucionalidad, como de aquellos que se debaten en sede de la acción de tutela.

Así, por ejemplo, en sentencia C-370 de 2006, en la cual se resolvió una demanda de constitucionalidad sobre la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) se utilizó la jurisprudencia de la Corte IDH para determinar el alcance de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en especial respecto de los derechos a la verdad justicia y reparación. En ese línea también está la sentencia C-936 de 2010, que declaró la inexecutable de la Ley 1312 de 2009 que pretendía otorgar el principio de oportunidad a grupos paramilitares o de autodefensa. De igual manera, la sentencia C-729 de 2014 sobre la doble instancia en proceso penal ante sentencia que es absolutoria en primera instancia y condenatoria en segunda o la sentencia C-458 de 2015 sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad.

Recientemente, la Corte Constitucional ha sistematizado de una mejor manera los elementos jurisprudencias y doctrinales que a la luz del bloque de constitucional resultan obligatorios y cuales resultan simplemente interpretativos. Tal como se desprende de la cita de la sentencia C-327 de 2016 que se hace a continuación:

*(...) los diferentes tipos de pronunciamientos de derecho internacional se entienden desde dos parámetros: uno **como una obligación** en el marco del cumplimiento del tratado y otro **como criterio hermenéutico** en el control de constitucionalidad.*

*Así las cosas, el primer parámetro se refiere a los deberes que se desprenden directamente de las obligaciones del tratado o convención de derechos humanos de los que Colombia hace parte. Por lo tanto, por ejemplo, cuando la Corte se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos entiende que el respeto, protección y garantía de los derechos y obligaciones que reconoce son de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano. Así, el valor vinculante o no de los efectos de un pronunciamiento de derecho internacional está supeditado a lo que establece el mismo tratado sobre el carácter de éstos. En general, este tipo de decisiones comprenden: i) las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resuelven asuntos contra Colombia, cuyos fallos como órgano judicial frente al que se ha reconocido y otorgado competencia son vinculantes; ii) las recomendaciones a Colombia del Comité de Libertad Sindical, iii) las de la Comisión Interamericana en virtud de los artículos 41 y 42 de la Convención Americana que también se han entendido como vinculantes; y iv) las*

---

<sup>62</sup> FAJARDO, Luis Andrés. Implementación del sistema interamericano de derechos humanos en Colombia a través del bloque de constitucionalidad. Bogotá: Biblioteca jurídica Dike y Universidad Sergio Arboleda, 2010. p. 129.

<sup>63</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006 M.P Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional. Sentencia C-376 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. entre otros.



---

*recomendaciones hechas a Colombia por órganos cuasi judiciales que tienen el carácter de guía o directrices, pero en razón al principio pacta sunt servanda y a la obligación de derecho internacional de no frustrar el objeto y el fin de un tratado se entiende que deben ser acatadas por el Estado.*

*El segundo parámetro se refiere a la jurisprudencia, en general, de los órganos judiciales y cuasi judiciales que monitorean tratados de derechos humanos de los que Colombia hace parte y a las recomendaciones generales sobre la interpretación de un derecho o una obligación del Estado. La jurisprudencia constitucional no ha hecho una diferencia para otorgar un mayor o menor valor en su interpretación de los derechos fundamentales según el órgano o el tipo de pronunciamiento. Es decir, en la interpretación de los derechos fundamentales, la Corte ha utilizado sin distinción precedentes de la Corte IDH, los comités de monitoreo de tratados de Naciones Unidas, así como sus recomendaciones generales. De esta manera, se puede concluir que hasta el momento, para esta Corporación la relevancia del criterio hermenéutico se desprende del hecho de que los pronunciamientos sean emitidos por el órgano encargado de monitorear el cumplimiento del convenio internacional.<sup>64</sup> (Énfasis propio)*

Es claro, entonces, que para la Corte Constitucional colombiana la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio hermenéutico importante, en otras palabras, es una “presencia tutelar”, que esta ‘irradiando, guiando y delimitando la normatividad y la aplicación concreta de sus preceptos’<sup>65</sup>. Sin que ello le impida o le haya impedido al tribunal constitucional colombiano apartarse de los criterios, reglas o estándares fijados por la Corte IDH en sus sentencias.

En cuanto a si la jurisprudencia de esa corte internacional hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto o en sentido lato, la Corte Constitucional no ha hecho referencia alguna a ello, aunque sostiene que su relevancia interpretativa deviene del inciso segundo del artículo 93<sup>66</sup>, lo que permite afirmar que en efecto viene e integrar el bloque de constitucional, pues la corte ya había señalado refiriéndose a los dos incisos del mencionado artículo constitucional, que: “*El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas. Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente*”<sup>67</sup>.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH que no se deriva de casos contenciosos contra Colombia, cuando menos, debe considerarse parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, es decir, como normas que no tienen rango constitucional, pero sí valor interpretativo, aunque no resulte del todo obligatoria, a diferencia de las normas del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

---

<sup>64</sup> Corte constitucional. sentencia C-327 de 2016. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>65</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

---

## 2.1.2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A pesar de que la Corte Constitucional ha considerado a la Convención Americana de Derechos Humanos como parte del bloque de constitucionalidad (en ese sentido como norma obligatoria y parámetro de control de constitucionalidad) sostuvo durante un tiempo que no era juez de convencionalidad, posición que solo recientemente se ha matizado.

La postura según la cual la Corte Constitucional no opera como juez de convencionalidad se desprendió de un aparte de la sentencia C-028 de 2006 en el que se afirmó que la confrontación entre una ley y un tratado internacional no deriva en la inconstitucionalidad automática de la norma nacional, por cuanto, en Colombia no existen normas supraconstitucionales<sup>68</sup>. Mas adelante, esa corporación sostendría lo siguiente:

*La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado. Como lo sostuvo esta Corporación: “la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución”. Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas.<sup>69</sup>*

La anterior posición fue reiterada en sentencias C-291 de 2007, C-750 de 2008, C-941 de 2010, C-051 de 2012 y C-089 de 2015. Sin embargo, Dentro de la misma corporación se elevaron algunos salvamentos de voto señalando que la Corte Constitucional se encuentra obligada y en efecto ha desarrollado verdaderos ejercicios de control de convencionalidad, entre ellos se destaca el salvamento de voto de la exmagistrada María Victoria Calle en la sentencia C-586 de 2016<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>69</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-941 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>70</sup> “La cuarta etapa y actual puede ser caracterizada como de integración, en el sentido que en el cumplimiento de sus funciones, la Corte Constitucional usa intensamente el derecho convencional y la jurisprudencia interamericana. Para el efecto basta referir casos emblemáticos como la Sentencia C-936 de 2010, que declaró la inexecutable de la Ley 1312 de 2009 por la que pretendía otorgar el principio de oportunidad a los paramilitares; la Sentencia C-771 de 2011, que en decisión dividida declaró la constitucionalidad de algunos apartes de la Ley 1424 de 2010 que contiene beneficios judiciales de alta intensidad para los desmovilizados; las sentencias C-715 de 2012, C-099 de 2013 y C-795 de 2014, entre otras, relacionadas con la constitucionalidad de enunciados contenidos en la Ley 1448 de 2011, llamada Ley de víctimas; la Sentencia C-579 de 2013, que declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012, que contiene el “marco jurídico para la paz”; la Sentencia C-577 de 2014, que reiteró la declaratoria de constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2012, precisando sus reglas de aplicación; la Sentencia C-458 de 2015, sobre los derechos de las personas en condición de discapacidad; o la Sentencia C-297 de 2016, que examinó la constitucionalidad de del artículo 2 de la Ley 1761 de 2015 “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”.

En esos casos se advirtió que la jurisprudencia interamericana y el derecho convencional eran un “criterio relevante” para hacer control de constitucionalidad, precisando además en algunos de ellos, que “no

---

Finalmente, en sentencia C-659 de 2016, haciendo referencia al bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional señaló que este se acompasaba perfectamente con el control de convencionalidad y recordó la aplicación del principio *pro homine* para la resolución de discrepancias normativas entre normas de tratados de derechos humanos fijados por Colombia y el ordenamiento jurídico interno:

*Esta herramienta [Bloque de Constitucionalidad] se acompasa perfectamente con aquella desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a partir del caso Almonacid Arellanos Vs. Chile [control de convencionalidad], exige de todas las autoridades del Estado, un control del derecho interno a la luz de la convención, fundado en la obligación del art. 2 del Pacto de San José, que exige adecuar las normas del derecho interno a los compromisos en materia de derechos humanos adquiridos con la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el control al que se refiere la Corte IDH no está diseñado como un procedimiento específico, sino que se trata de un ejercicio complementario dentro de las funciones y competencias propias de cada órgano”.*

*Ahora bien, el control a la luz del bloque de constitucionalidad no es el ejercicio resultante de una “prioridad jerárquica” de la Convención Americana o de cualquier otro tratado sobre DDHH o DIH aprobado y ratificado por Colombia sobre la Constitución, ni sobre las leyes del país. No se trata de eso, porque la relación entre el derecho internacional e interamericano y el derecho interno, no es una cuestión de jerarquía normativa sino de un vínculo guiado por los principios de complementariedad y subsidiariedad de aquellos sistemas frente al derecho interno. (...)”<sup>71</sup> (paréntesis propios)*

En ese sentido, según el planteamiento del tribunal constitucional colombiano, es posible arribar al ejercicio del control de convencionalidad por una vía indirecta, es decir, a través del bloque de constitucionalidad. Este control realizado a la luz del bloque de constitucionalidad resulta tanto control de constitucionalidad como control de convencionalidad.

Sin embargo, este tipo de control indirecto plantea algunos interrogantes de difícil resolución. Por ejemplo, para el control por vía de bloque de constitucionalidad la jurisprudencia y la doctrina de la Corte IDH que no está directamente relacionada con Colombia es simplemente un parámetro de interpretación relevante; sin embargo, como se expone más adelante, para el control de convencionalidad por vía directa esa jurisprudencia resulta de obligatorio cumplimiento; razón por la cual un juez puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado si falla bajo unos estándares de protección inferiores a los que ese órgano jurisdiccional internacional fija en sus providencias.

---

*constituyen referentes autónomos de control de constitucionalidad, de manera que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad”; lo que no es cierto, pues lo que esos fallos y muchos otros evidencian, es que la Corte Constitucional sí es juez de convencionalidad, que aplica el derecho convencional, así diga que no lo hace y que por lo mismo, ejerce control de convencionalidad desde hace tiempo”. Aclaración de voto de la magistrada María Victoria Calle en sentencia C-586 de 2016.*

<sup>71</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-659 de 2016. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

---

## 2.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La irradiación del ordenamiento jurídico interno por parte del Sistema IPDH, no solamente se genera a través de su recepción mediante el bloque de constitucionalidad. El sistema tiene mecanismos propios para impactar los sistemas jurídicos nacionales en procura de la protección de derechos humanos.

Estos mecanismos pueden ser de origen normativo, a partir de la obligación de adecuación del ordenamiento jurídico interno a lo dispuesto en la Convención ADH<sup>72</sup>, o de origen judicial, como el control de convencionalidad que la Corte IDH exige a todas las autoridades públicas en el tratamiento de asuntos de sus competencias y, por supuesto, las sentencias condenatorias que ha proferido esa corte internacional contra Colombia.

Una precisión es importante en este punto: al hablar de control de convencionalidad se puede hacer referencia a dos manifestaciones que, aunque concurrentes, no resultan del todo idénticas.

La primera hace referencia al control de convencionalidad externo, o control concentrado de convencionalidad<sup>73</sup>, es decir, aquel que realiza la Corte IDH en el nivel internacional. De hecho, la noción de control de convencionalidad que surgió de los votos razonados del Juez García Ramírez hacía referencia a la actividad judicial de control que realizaba la Corte IDH sobre las leyes, actos u omisiones de los Estados parte del Convención IDH que eran objeto de su conocimiento.

Primero en un voto razonado en el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala y después en el caso Tibi Vs. Ecuador, el juez García Ramírez planteó que la actividad de la Corte IDH se asemeja a la de un tribunal constitucional, en la medida en que este juzga a la luz de las normas constitucionales, mientras que la *“Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos”*<sup>74</sup>.

En ejercicio de tal control, la Corte IDH ha establecido en varias oportunidades la no convencionalidad de leyes internas de los Estados parte<sup>75</sup>, por considerar que violaban la

---

<sup>72</sup> Mientras que el artículo 1° de la Convención ADH establece la obligación para los Estados parte de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos en ella reconocidos, su artículo 2 consagra el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para garantizar la afectividad de esos derechos.

<sup>73</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control Difuso de Convencionalidad. p. 173. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>

<sup>74</sup> Corte IDH. Caso TIBI Vs. ECUADOR, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr., 3.

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Y Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

---

Convención ADH o aquellos tratados que hacen parte del corpus iuris interamericano<sup>76</sup>. En otras ocasiones han sido las actuaciones u omisiones de los Estados los que han dado lugar a la declaratoria de responsabilidad internacional por violación de los mandatos convencionales<sup>77</sup>.

En 2006, en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, la noción de control de convencionalidad se usó en un sentido distinto, al señalar que los jueces de los Estados parte están en la obligación de realizar una “especie” de “control de convencionalidad”:

*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>78</sup>. (Énfasis propio)*

Alrededor de la anterior sentencia se ha ido construyendo la jurisprudencia sobre el denominando control de convencionalidad interno o difuso.

En los posteriores fallos sobre el tema, la Corte IDH, generalmente, ha presentado la misma fórmula: el deber de ejercer un control de convencionalidad con el fin de que las disposiciones Convencionales no se vean mermadas por la aplicación de leyes<sup>79</sup>, normas<sup>80</sup> o prácticas<sup>81</sup> contrarias a su objeto y fin. A este postulado se le han ido agregando matices mediante los cuales se han identificado algunas características del control de convencionalidad interno.

Así, la Corte IDH ha considerado que este control les corresponde a todos los jueces vinculados a la administración de justicia<sup>82</sup> y, en general, es una obligación de toda

---

<sup>76</sup> OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Teoría del Control de Convencionalidad. Estudios Constitucionales, Año 14, N° 1, 2016. p. 74. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art03.pdf>

<sup>77</sup> Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. Y Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

<sup>78</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. párr.124.

<sup>79</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. párrafo 128.

<sup>80</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

<sup>81</sup> Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186. párrafo 180, y Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348. párrafo 191

<sup>82</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Op. Cit.

---

autoridad pública<sup>83</sup>. Estos deben realizarlo ex officio, pero en el marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales<sup>84</sup>. Al realizarlo se deben tener en cuenta no solamente la Convención ADH, sino también otros tratados sobre la misma materia<sup>85</sup>, al igual que la jurisprudencia<sup>86</sup> de la propia Corte IDH y las opiniones consultivas<sup>87</sup>, pues estas últimas constituyen también un parámetro obligatorio para realizar el referido control.

Esta noción de control de convencionalidad en cabeza de toda autoridad pública, que se hace de oficio y de acuerdo con las competencias sustantivas y procesales, ha sido considerada por el juez Ferrer MaC-Gregor, en un voto razonado, como un control difuso de convencionalidad, estableciendo un símil respecto a las formas como se lleva a cabo el control constitucional al interior de algunos Estados.

En el mencionado voto razonado, que tuvo lugar con ocasión del caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, el juez mexicano también sostuvo que el juez nacional, en virtud del “*control difuso de convencionalidad*”, se convierte en un juez interamericano, por lo cual, atendiendo el carácter subsidiario de la competencia contenciosa de la Corte IDH, este será el primer y auténtico guardián de la Convención Americana y sus protocolos adicionales:

*El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo “control”<sup>88</sup> (Énfasis propio)*

En ese sentido, de acuerdo con la postura del juez Ferrer Mac-Gregor puede identificarse un control externo y concentrado de convencionalidad, en cabeza de la Corte IDH, y un control interno y difuso de convencionalidad, en cabeza de toda autoridad pública de los Estados parte del Sistema IPDH. Se coincide con esta esta distinción, en especial respecto

---

<sup>83</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

<sup>84</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Op. Cit.

<sup>85</sup> Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253. párrafo 330.

<sup>86</sup> Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

<sup>87</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014

<sup>88</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto razonado Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

---

de la denominación del control interno de convencionalidad como un control difuso, por la siguiente razón.

Si bien, al denominar al control interno como control difuso se hace una especie de paralelismo con el control judicial de constitucionalidad difuso que opera en algunos Estados (denominado de esa manera porque no se encuentra en cabeza de un solo juez, sino que está a cargo de todos o varios jueces nacionales), de acuerdo con la RAE, el adjetivo difuso también hace referencia a “vago” o impreciso”, siendo este una característica principal de este mecanismo de control.

En efecto, en la formulación del control de convencionalidad como aquella obligación de garantizar el efecto útil de la Convención evitando que las normas convencionales se vean mermadas por normas o prácticas internas, la Corte IDH no ha sido precisa en definir cuál es la operación jurídica que se debe llevar a cabo en su ejercicio, en qué eventos se debe aplicar, ni cuáles son sus efectos: es decir si estos deben ser expulsión o inaplicación de las normas contrarias a la convención, o si se trata de interpretación y aplicación de la Convención para la resolución de casos concretos.

Adicionalmente, en el caso *Liakat Ali Alibux Vs Suriname*, la Corte IDH señaló que la Convención no establece ningún modelo de control de convencionalidad, aumentando así la indeterminación de ese instrumento:

*124. Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión (supra párrs. 112 y 113) sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.<sup>89</sup>*

La vaguedad del control de convencionalidad interno aumenta si se tiene en cuenta que la Corte IDH no solamente se ha referido a este como un mecanismo de control normativo, sino también como un ejercicio interpretativo y aplicativo.

Del control de convencionalidad como control normativo se habla en muchos de los fallos en los que se aborda el control de convencionalidad, incluyendo el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*. Sin embargo, un ejemplo claro se encuentra en el caso *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, en el cual se señaló que no era suficiente declarar la constitucionalidad de una ley, sino que era necesario analizar su convencionalidad:

*El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de*

---

<sup>89</sup> Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276. Párrafo 124

---

*Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.*<sup>90</sup>

Así mismo, en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, la Corte IDH señala que la Corte Suprema de Justicia uruguaya había ejercido un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al declararla inconstitucional en octubre de 2009 en el caso *Sabalsagaray*<sup>91</sup>.

Por otra parte, en el caso *Radilla Pacheco Vs. México*<sup>92</sup>, la Corte IDH sostuvo que, en ejercicio del control de convencionalidad era necesario que las interpretaciones judiciales y legislativas se adecuaran a los principios establecidos en su jurisprudencia, pasando así a una noción de control de convencionalidad de carácter interpretativo y aplicativo. En igual sentido, se pronunció la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*:

*En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a(sic) lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana.*<sup>93</sup>  
(Énfasis propio)

Finalmente, en sentencia de seguimiento al caso *Gelman Vs. Uruguay*, la Corte IDH ha sido mucho más clara al exponer lo que entiende por control de convencionalidad difuso. Primero resalta que el control de convencionalidad es un instrumento para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el contexto interno de los Estados. En segundo lugar, plantea que existen dos manifestaciones distintas de control de convencionalidad, dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Si el Estado es parte, el control de convencionalidad se encargará de garantizar el cumplimiento de las sentencias, en ese sentido es aplicación de derecho internacional de los derechos humanos. Si el Estado no es parte, el control de convencionalidad tendrá incidencia en la producción y aplicación de normas, en la interpretación, en el examen de validez y compatibilidad con la convención, así como en la determinación, juzgamiento y resolución de casos concretos. Por su claridad y pertinencia se cita *in extenso* la mencionada providencia:

65. *Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.*

---

<sup>90</sup> Corte IDH. Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169. párrafo 78.

<sup>91</sup> Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Párrafo 239.

<sup>92</sup> Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. párrafo 139 y 140.

<sup>93</sup> Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.



---

(...)

67. *De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.*

68. *En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente (supra considerandos. 60 a 65).*

69. *Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.<sup>94</sup>*

En esa misma sentencia la Corte IDH estableció que la figura del control de convencionalidad guarda íntima relación con subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. La idea es que el ejercicio del control de convencionalidad interno evite que se active el Sistema IPDH:

*(...) es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos.<sup>95</sup>*

Por otra parte, la noción de control de convencionalidad a nivel interno al ser realmente amplia ha llevado a algunos doctrinantes a entender que este tipo de control de

---

<sup>94</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

<sup>95</sup> Ibid., párrafo 70.

---

convencionalidad es esencialmente aplicación de las normas y la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Así, por ejemplo, el profesor Quinche señala que “*el control de convencionalidad es una actividad por la cual los jueces de los Estados parte, tiene la obligación de aplicar la convención americana sobre derechos humanos y las interpretaciones de la Corte Interamericana sobre esos derechos, al fallar los casos de su competencia*”<sup>96</sup>.

Brewer Carías, por su parte, plantea que el control de convencionalidad es dar prelación a la aplicación de normas internacionales de derechos humanos o la aplicación de las sentencias vinculantes de la Corte IDH<sup>97</sup>

No obstante, esa noción amplia de control de convencionalidad que se deriva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido objeto de crítica por algunos autores. Henríquez Viñas no solo plantea la polisemia del concepto control de convencionalidad, sino que pone de presente que durante su formulación se ha presentado un crecimiento exponencial de su objeto, por cuanto empezó centrándose en las normas internas, hasta abarcar políticas públicas, prácticas y en general actuaciones del Estado. La autora plantea que ese crecimiento exponencial puede conllevar al extremo de considerar que cada actuación del Estado debe conllevar el ejercicio de un control de convencionalidad interno<sup>98</sup>.

Por otra parte, Castilla Juárez llama la atención sobre un punto importante. Señala que desde 2006 (año en el que surge el término control de constitucional interno o difuso) hasta 2016 la Corte IDH había emitido 163 sentencias y resoluciones en casos contenciosos; solo en el 23.3% de esas providencias se usó el término control de convencionalidad<sup>99</sup>. Sin duda esta cifra llama la atención, por cuanto si la aplicación del control de convencionalidad es tan amplia que vincula no solo el control normativo (exclusión e inaplicación de norma), sino también interpretación y aplicación en materias judiciales y administrativas, debería mencionarse en muchos más casos contenciosos, dado el carácter subsidiario del SIPDH.

Es decir que, si el juez interno hubiera actuado como juez interamericano y hubiera aplicado el control de convencionalidad, tal como lo propone el juez Ferrer Mac-Gregor, el Sistema Interamericano no habría tenido que activarse. Lo que supone que una condena por parte de la Corte IDH necesariamente implicaría la existencia de una falencia en el control de convencionalidad interno.

---

<sup>96</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano. 6° ed. Bogotá: Editorial Temis, 2015. p 90. Véase, además, Quinche Ramírez, Manuel Fernando. El control de convencionalidad. Op. Cit. p 57. Y Amaya, Jorge, Control de constitucionalidad. 2° ed. Buenos Aires: Astrea, 2015. pp 264 y 365.

<sup>97</sup> BREWER, Allan y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. Universidad Externado De Colombia: Bogotá, 2013. p. 47.

<sup>98</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. *La polisemia del control de convencionalidad interno. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 24, enero - junio de 2014. pp. 131 – 132.

<sup>99</sup> CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, Numero 64, 2016. p. 97

---

El mismo autor señala dos elementos muy importantes para determinar el contenido del control de convencionalidad difuso. Primero sostiene que no existe una única operación jurídica que corresponda con este tipo de control, debido que en cada Estado se debe establecer con precisión el conjunto de operaciones que se pueden llevar a cabo, atendiendo las regulaciones procesales existentes en cada sistema jurídico nacional<sup>100</sup>. En segundo lugar, plantea que la competencia del órgano en cabeza del cual se encuentra el deber de realizar el control de convencionalidad y la situación del Estado (si es parte o no de la sentencia) es esencial para determinar qué tipo operación jurídica se deriva: aplicación, interpretación, inaplicación, expulsión de normas del sistema jurídico, una de las anteriores, algunas de las anteriores o todas las anteriores.

En efecto, dependiendo de las competencias procesales de cada autoridad puede hablarse un control de convencionalidad por vía de interpretación, un control por vía de aplicación, un control por vía de excepción o un control por vía de expulsión del sistema normativo.

Sin embargo, para quien escribe estas líneas es posible afirmar que no toda aplicación de derecho internacional de los derechos humanos corresponde con el control de convencionalidad. Es necesario que haya tensión o confrontación entre las normas, interpretaciones o actuaciones del Estado con el derecho internacional de los derechos humanos; el ejercicio de control de convencionalidad consiste en evitar que este último sufra una merma.

Para que haya lugar al control de convencionalidad debe existir una confrontación normativa o interpretativa entre la norma o jurisprudencia nacional aplicable y la norma o jurisprudencia internacional; o una confrontación factual entre los hechos, actuaciones u omisiones del Estado y las normas del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Esto permite que se den las condiciones para hacer prevalecer la normativa internacional de los derechos humanos y evitar su merma. Si no existe esa confrontación o, cuando menos, un riesgo de que el mencionado derecho internacional se vea afectado no puede hablarse de control de convencionalidad.

Una posición similar sostiene Estrada al analizar algunas de las críticas que plantea Castilla Juárez. Sostiene el primero que el control de convencionalidad no puede compararse con el control judicial de constitucionalidad, por ser este último muy limitado, y que el control de convencionalidad *“no se trata de una mera interpretación conforme de la legislación interna –como a veces parece sugerir el artículo en estudio–, sino de una verdadera decisión interpretativa de no aplicar el derecho interno y, en su lugar, aplicar una fuente a la que se reconoce una jerarquía superior. Desde esta perspectiva considero que es comprensible utilizar la expresión control de convencionalidad, por muy imperfecta que parezca”*<sup>101</sup>.

Así las cosas, se adelanta un control de convencionalidad siempre que se tome una decisión de no aplicar el derecho interno, con el fin de aplicar una norma del sistema

---

<sup>100</sup> Ibid., pp. 108 - 114.

<sup>101</sup> ESTRADA, Julio Alexei. Comentario al artículo “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, de Karlos. Castilla Juárez. Revista Derecho del Estado n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015. p. 54.

---

interamericano de protección de derechos humanos o una interpretación de sus órganos autorizados, así como cuando se juzgan hechos, actuaciones u omisiones por la vulneración de las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y cuya resolución podría ser diferente o tener implicaciones distintas si no se tiene en cuenta los tratados de DIDH firmados por Colombia o los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. El caso en concreto y las competencias de la autoridad pública determinarían si ese control de convencionalidad implica la expulsión normativa, el acatamiento de una sentencia, la interpretación, la inaplicación de normas del ordenamiento interno, el apartamiento o modificación del precedente judicial, entre otras.

### 2.3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, dos son las formas en las que se puede aplicar el control de convencionalidad: la primera, por vía de excepción frente a normas que en el caso en concreto pueden resultar inconvencionales, por lo cual resulta necesaria su inaplicación o su flexibilización, y, la segunda, por vía de aplicación e interpretación respecto de aquellas actuaciones u omisiones del Estado que hayan dado lugar a graves violaciones de derechos humanos.

#### 2.3.1. TRES CASOS DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR VÍA DE EXCEPCIÓN

Cuando el juez de la reparación directa conoce de actuaciones u omisiones del Estado que comportan una grave violación de los derechos humanos se enfrenta a varias tensiones entre el derecho de acceso y administración de justicia y el derecho a una reparación integral, por un lado, y, por el otro, con normas, principios y procesales que tiene lugar en el marco del medio de control de reparación directa. En estos eventos, es deber del juez realizar el debido control de convencionalidad, en procura de que las formalidades, las normas y principios procesales no conlleven la merma del derecho de acceso a la administración de justicia o el derecho a una reparación integral para las víctimas.

A continuación, se presentan tres eventos en los que el control de convencionalidad ha conllevado la inaplicación o la flexibilización de normas procesales en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto una aplicación rigurosa puede resultar inconvencional para el caso concreto. Puntualmente, se trata de **a)** la excepción del término de caducidad cuando se está ante afectaciones graves de derechos humanos, **b)** la flexibilización probatoria en estos casos y **c)** la inaplicación del principio *non reformatio in pejus* en procura de garantizar una reparación integral.

---

### 2.3.1.1. FLEXIBILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

La caducidad es una figura procesal en virtud de la cual el legislador limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin obtener justicia. Su existencia se justifica en la necesidad de seguridad jurídica<sup>102</sup>. Se trata del interés público relativo a que no existan controversias y conflictos que se extiendan indefinidamente, sino que estos tengan, en algún punto, un cierre definitivo. De ahí que el legislador le imponga al ciudadano interesado en acceder a la administración de justicia la carga de accionar el sistema judicial dentro de unos términos perentorios, so pena de la extinción de su derecho de acción<sup>103</sup>.

De acuerdo con el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, el término de caducidad del medio de control de reparación directa es de 2 años “*contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia*”.

No obstante, en ciertos eventos el termino de caducidad depende de la forma en que se presenta el daño, así como de su cognoscibilidad y la de su autor. Cuando se trate de un daño continuado, el término cuenta desde el momento en el que cesa la conducta o el hecho que dio lugar al daño; por ejemplo, El Consejo de Estado ha considerado que se está en presencia de un daño continuado en aquellos casos de desplazamiento forzado cuando las causas violentas que generaron el éxodo todavía existen<sup>104</sup>, o cuando se trata de desapariciones forzadas<sup>105</sup>. Este último evento se encuentra regulado en el propio artículo 164 de la Ley 1437 de 2011<sup>106</sup>.

Por otra parte, en algunos casos en los cuales existían elementos oscuros que impedían determinar el autor del daño y solamente se tenía certeza de este años después, incluso trascurridos los dos años a partir del acaecimiento del daño o de cuando el demandante

---

<sup>102</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>103</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>104</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 26 de julio de 2011, Rad. 08001-23-31-000-2010-00762-01(41037). C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>105</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 19 de julio de 2007, Rad. 25000-23-26-000-2004-01514-01(31135). C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>106</sup> Artículo 164 de la Ley 1437: “(...) i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

**Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”**

---

tuvo conocimiento de este, el Consejo de Estado ha optado por dar prevalencia al acceso de administración de justicia sobre la norma procesal mencionada<sup>107</sup>.

En este escenario de excepciones y aplicaciones especiales del término de caducidad, se ubica el debate actual sobre su aplicación en casos de actos de lesa humanidad, crímenes de guerras y graves violaciones de derechos humanos.

Al respecto, una primera posición del Consejo de Estado había planteado que, cuando menos en los que se refiere a actos considerados delitos de lesa humanidad donde se hubiera visto comprometida la responsabilidad de agentes estatales, debía aplicarse como sucede en materia penal frente a este tipo de actos, una imprescriptibilidad respecto del medio de control para solicitar la reparación de los daños causados. Bajo tal postura el control de convencionalidad cumplía con un rol protagónico, como se expone a continuación.

En 2013 la Subsección C del Consejo de Estado, al resolver el recurso de apelación sobre una decisión que negaba la admisión de una demanda de reparación directa presentada por familiares de las víctimas del Palacio de Justicia, planteó una tesis que buscaba ser garantista del derecho al acceso a la administración de justicia y a la reparación integral. Sobre el particular es importante anotar que los hechos que dieron lugar a la mencionada decisión judicial acaecieron en 1985 y la demanda se interpuso en 2012. La providencia inicia con las siguientes palabras:

*Procede el ponente, en ejercicio de sus atribuciones como juez de convencionalidad, a pronunciarse respecto del recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto de 2 de mayo de 2012 proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el cual se rechazó la demanda por operar la caducidad de la acción.*<sup>108</sup> (Énfasis propio)

El control de convencionalidad que anunció el ponente se ocupó de resolver la tensión que presenta la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad y el término de caducidad del medio de control de reparación directa. Concluyó en aquella oportunidad que, en tanto, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es una norma ius cogens, resulta de obligatorio cumplimiento para todos los Estados, especialmente para aquellos que hacen parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Esto no solo en materia penal, sino también respecto de la responsabilidad extracontractual de Estado que se declara por vía de la reparación directa. En síntesis, al realizar el anunciado control de convencionalidad, sostuvo el ponente que la caducidad de la acción de reparación directa no opera en estos delitos de lesa humanidad, con el fin de que el paso del tiempo no sea óbice para el acceso de la administración de justicia.

La anterior posición fue reiterada en varias oportunidades por los miembros de las demás subsecciones de la Sección Tercera de la mentada corporación. Así por, ejemplo, en auto del 24 de noviembre de 2017, de la Subsección B, de la Sección Tercera del Consejo de

---

<sup>107</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 27 de julio de 2011, Rad. 54001-23-31-000-2010-00353-01(40474). C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

<sup>108</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 17 de septiembre de 2013, Rad. 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

---

Estado, se reiteró que “*la gravedad de las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad justifica el otorgamiento de un tratamiento diferenciado en punto a la caducidad del medio de control de reparación directa, ello en aras de hacer el efectivo el derecho de las víctimas a acceder a la administración de justicia*”<sup>109</sup>. Por lo anterior no habría lugar a aplicar la caducidad cuando se está en presencia de ese tipo de crímenes.

Adicionalmente, en tal providencia se precisó que no toda grave violación de derechos humanos, ni todo hecho relacionado con el conflicto armado interno constituyen un delito de lesa humanidad. Para que se configure ese tipo de delito se deben reunir cuando menos tres elementos: **1)** que el acto se ejecute contra la población civil, **2)** que ocurra en el marco de un ataque generalizado y sistemático y **3)** que se cometa con conocimiento de dicho ataque.

Por otra parte, el Consejo de Estado también había señalado que en casos en los que existieran dudas respecto de la configuración del delito de lesa humanidad y, por tanto, se generará incertidumbre sobre la ocurrencia o no de la caducidad del medio de control, esta debería “*(...) resolverse a favor de los demandantes con el fin de proteger su derecho de acceso a la administración de justicia*”, esto en aplicación de los principios *pro actio* y *pro damato*<sup>110</sup>.

Así las cosas, la posición del Consejo de Estado consistía en que los términos perentorios de caducidad del medio de control y la seguridad jurídica debían ceder, por la gravedad de los actos, ante los intereses superiores de la humanidad que guían la protección de los derechos humanos:

*En otros términos, la filosofía en que se inspira la caducidad de las acciones contencioso administrativas diseñada por el Código, es de una clara esencia individualista, esto quiere decir que el soporte para imponer esta sanción es limitar el acceso a la administración de justicia al obrar negligente o la incuria de la parte afectada o interesada en demandar la protección de sus derechos subjetivos, es decir, se sustenta la caducidad en el ejercicio de acciones en las que se controvierten y pretenden proteger intereses particulares.*

*Por el contrario, no es de recibo este criterio tratándose de asuntos en los que la acción persigue la satisfacción de intereses públicos intersubjetivamente relevantes para la humanidad, considerada como un todo, siendo sustraída de esta sanción perentoria por el transcurso del tiempo, pues, en estos eventos, el ejercicio de una acción dentro de un término específico debe ceder frente a principios o valores superiores esenciales para la humanidad, al decir de Radbruch: “la seguridad jurídica no es el valor único ni decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros dos valores: conveniencia (Zweckmäßigkeit) y justicia”*<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 24 de noviembre de 2017, rad. 05001-23-33-000-2016-02712-01(58995). C.P. Danilo Rojas Betancourth. Además, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 31 de julio de 2018, rad. 05001-23-33-000-2016-02264-01(60726). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>110</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de agosto de agosto de 2018, 05001-23-33-000-2016-00428-01(61709). C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo (E).

<sup>111</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 17 de septiembre de 2013, Rad. 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

---

Ahora bien, es pertinente resaltar que con el fin de realizar el ejercicio del control de convencionalidad y establecer como excepción al término de caducidad de la acción de reparación de directa la comisión de crímenes de lesa humanidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado en ocasiones había sustentado argumentalmente tal posición en la teoría del bloque de constitucionalidad:

*No obstante lo anterior, en los casos en los que se adviertan posibles delitos de lesa humanidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha fijado algunas excepciones al fenómeno de la caducidad, para lo cual ha sostenido que la aplicación de dicho fenómeno procesal debe ser analizada conjuntamente con los parámetros establecidos en el bloque de constitucionalidad y los principios constitucionales, en la medida en que el juez de lo contencioso administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que, por razón del rol que desempeña en un Estado Social de Derecho, está llamado a garantizar la correcta y constitucional interpretación y aplicación de las normas legales, ello con fundamento en la fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos y su doctrina, elementos pertenecientes al jus cogens o derecho internacional de los derechos humanos<sup>112</sup>. (Énfasis propio)*

Lo anterior es muestra de las dos formas que asumió en estos casos el proceso de convencionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado al interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado: la convencionalización aplicando el bloque de convencionalidad y la convencionalización acudiendo directamente a las herramientas propias del Sistema IPDH.

La conclusión que se derivaba de las mencionadas formas de convencionalización era la misma: establecer una excepción al término de caducidad, pero el proceso para llegar a tal decisión resultaba distinto. Mientras que en una de las providencias se anunciaba al juez administrativo como juez del control de constitucionalidad, en otra se acudía a la intervención del bloque de constitucionalidad y a los principios de constitucionales. En esta última postura, constitucionalización y convencionalización se encausan por una misma vía.

Por otra parte, respecto de violaciones de derechos humanos o de derechos fundamentales que no reunían los elementos necesarios para ser considerados delitos de lesa humanidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que como regla general se aplicaban los términos de caducidad, salvo algunas situaciones excepcionales.

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por ejemplo, planteó en algunas de sus providencias la posibilidad de flexibilizar el término de caducidad en casos de violaciones de derechos humanos que no constituyen crímenes de lesa humanidad siempre que se cuente con un pronunciamiento de un órgano internacional y con autorización del Consejo Interministerial; esto en aplicación de lo dispuesto en la Ley 288 de 1996<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Auto del 15 de febrero de 2018, Rad. 05001-23-33-000-2016-00774-01(60194), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>113</sup> Véase, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 10 de febrero de 2016, rad. 20001-23-31-000-2006-00346-01(35341). C.P. Marta Nubia Velázquez Rico. y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 19 de julio de 2007, Rad. 15001-23-31-000-1995-05734-01(17639). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



---

Adicionalmente, en otras oportunidades, el Consejo de Estado aplicó una “*excepción de inconvencionalidad*” sobre el término de caducidad, en razón a que el daño recayó sobre sujetos de especial protección. Así, en auto del 1 de diciembre de 2014, el consejero Santofimio Gamboa aplicó de oficio el control de convencionalidad con el fin de dar prevalencia a los principios del interés superior del niño y a la protección especial de los grupos indígenas sobre la formalidad procesal de la caducidad; en un caso de violación y agresión física a una menor de edad perteneciente a la comunidad indígena Wiwa<sup>114</sup>.

Esta postura encontró eco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En sentencia de unificación, SU-659 de 2015, La Corte decidió una acción de tutela interpuesta contra la sentencia del 15 de febrero de 2012, en la que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró que había operado la caducidad para interponer demanda de reparación directa respecto de todos los demandantes, excepto del padre de la víctima, en un caso de violación y asesinato de una menor de edad en el interior de una estación de policía en la ciudad de Bogotá. El Consejo de Estado había sostenido que el término de caducidad había empezado a correr desde la fecha de ocurrencia de los hechos, es decir, 28 de febrero de 1993, mientras que la demanda fue presentada el 6 de agosto de 1997.

En el interregno entre la ocurrencia de los hechos y la presentación de la acción de reparación directa, el padre de la víctima, también policía, fue privado preventivamente de la libertad e investigado por la Fiscalía General de la Nación como presunto responsable del delito, hasta que se ordenó la preclusión en octubre de 1995. En mayo de 1996, una sentencia penal condenaría a un compañero del padre de la víctima como autor del delito. Decisión que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal del Distrito Superior de Bogotá el 15 de julio de ese mismo año. Estos hechos derivaron en que la Corte Constitucional realizara las siguientes anotaciones:

*Para la Sala, lo que correspondía a la Sección Tercera, Subsección C, era concluir que el término de caducidad empezaba a correr desde cuando los accionantes tuvieron total claridad de los hechos dañosos, incluido, por supuesto el agente responsable.*

(...)

*Resulta inadmisibles para la Sala Plena que el Consejo de Estado, luego de reconocer que el término de caducidad no inicia el día en que sucedieron los hechos, sino a partir del momento en que se conoce de la configuración del daño antijurídico atribuible al Estado –incluido el agente estatal responsable del mismo–, en los casos en que los afectados ven constreñido su derecho a demandar por virtud de las circunstancias oscuras que rodean los hechos en que se produjo el daño declare no probada la caducidad respecto del señor padre de la menor, Pedro Gustavo Vásquez, pero niegue la aplicación de la misma regla a otros familiares de la víctima (madre, abuelos y tíos), cuando las circunstancias dudosas, y oscuras subsistieron hasta que se declaró responsable del delito al entonces agente en servicio activo Diego Fernando Valencia Blandón.*

Adicionalmente, la Corte Constitucional recordó la jurisprudencia del propio Consejo de Estado sobre la flexibilización en la aplicación de término de caducidad en materia de

---

<sup>114</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 1 de diciembre de 2014, rad. 44001-23-31-000-2012-00026-01(44586). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

---

graves violaciones de derechos humanos y encontró que existía un defecto sustantivo en el fallo del Consejo, por cuanto en el caso en concreto no acogió una interpretación con enfoque constitucional fundada en la salvaguarda de los derechos fundamentales. Así, para la Corte Constitucional se debió tener en cuenta la gravedad de los hechos y la obligación internacional de debida diligencia, la cual conlleva la prevención, investigación, sanción y reparación de actos que constituyan violencia contra la mujer. Obligación que se deriva de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o "Convención de Bélem do Pará":

*La Corte concluye que la providencia de 15 de febrero de 2012 del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", en la cual declaró probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa en relación a Sandra Janneth Guzmán y sus demás familiares, incurrió en una causal específica de procedencia de amparo contra sentencias, cual es, el defecto sustantivo por no haber aplicado un enfoque constitucional fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las especiales circunstancias que rodearon el caso concreto.*

(...).

*El Consejo de Estado hizo una aplicación exegética del término de caducidad previsto en el artículo 136, numeral 8 e inobservó ciertos compromisos internacionales, relacionados con la especial protección que debe brindarse a la familia y los menores de edad. La obligación de debida diligencia frente a violencias contra mujeres, niñas y adolescentes, demanda de las autoridades públicas poner de relieve todas las complejidades que concurren en una agresión. Si la Corporación judicial se hubiera percatado que se trataba de garantizar el acceso a la administración de justicia, el debido proceso, y la debida diligencia, por el feminicidio y violencia sexual, agravado por ser una pequeña niña, estaba convocado a aplicar de forma diferente el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.<sup>115</sup>*

También en sentencia SU-253 de 2013, la Corte Constitucional flexibilizó los términos de caducidad en los procesos contenciosos administrativos respecto de la población desplazada, por considerarlos sujetos de especial protección constitucional y en grado alto de vulnerabilidad:

Ahora bien, teniendo en cuenta que por primera vez la Corte Constitucional, a través de una sentencia de unificación de su jurisprudencia, fija el sentido y alcance del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena precisa que los términos de caducidad para población desplazada, en cuanto hace referencia a futuros procesos judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa, sólo pueden computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse, como antes se explicó, de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta.<sup>116</sup>

Así las cosas, existía una jurisprudencia que se consolidaba sobre la no aplicación del término de caducidad frente a hechos que constituían delitos de lesa humanidad y la flexibilización de los términos de caducidad del medio de control de reparación directa en casos de violaciones de derechos humanos o fundamentales que no constituyen delitos de lesa humanidad, pero que tienen como protagonistas a sujetos de especial protección.

---

<sup>115</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-659 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>116</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-253 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Esta postura jurisprudencia encontraba fundamento tanto en decisiones de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado. Hoy, la posición del Consejo de Estado es otra y ha sufrido un revés hacia una posición más restrictiva y menos garantista.

En sentencia del 29 de enero de 2020, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre el término de caducidad del medio de control de reparación directa, cualquiera que fuere el caso que haya dado lugar al proceso judicial. La unificación jurisprudencial se dio en los siguientes términos:

*PRIMERO: UNIFICAR la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, bajo las siguientes premisas: i) en tales eventos resulta aplicable el término para demandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley<sup>117</sup>.*

Un análisis detallado de la sentencia escapa por extensión a los propósitos de este documento; Sin embargo, es necesario hacer al menos dos acotaciones sobre la argumentación esgrimida en la sentencia.

La primera consiste en que en la sentencia se trata de asemejar, de una manera que no resulta adecuada, los límites a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en materia penal y la aplicación la caducidad en materia de reparación directa. Así se sostiene:

*En suma, en lo penal, la acción no prescribe si no se identifica la persona que se debe procesar por el respectivo delito y, en lo contencioso administrativo, el término de caducidad de la reparación directa no es exigible sino cuando el afectado advierte que el Estado estuvo implicado en la acción u omisión causante del daño y le resulta imputable el daño, tal como se aprecia a continuación:*

<p><b>REPARACIÓN DIRECTA: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR UN DELITO DE LESA HUMANIDAD O UN CRÍMEN DE GUERRA</b></p>	<p><b>ACCIÓN PENAL: RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DE LA PERSONA NATURAL IMPLICADA EN UN DELITO DE LESA HUMANIDAD O EN UN CRÍMEN DE GUERRA</b></p>
<p>El término de caducidad de la reparación directa inicia a partir del conocimiento o de la posibilidad de conocer las situaciones que permitan deducir que el Estado estuvo involucrado.</p>	<p>El desconocimiento de la identidad de los sujetos implicados en el supuesto delito toma en imprescriptible el asunto, hasta tanto se logre la respectiva individualización y vinculación.</p>

118

<sup>117</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2020. Rad. 85001-33-33-002-2014-00144-01(61033). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>118</sup> Ibid.

---

Frente a lo anterior es necesario precisar que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en materia penal no se deriva del desconocimiento de los sujetos implicados, sino de la gravedad de los hechos, respecto de los cuales el paso del tiempo no puede ser óbice para investigar y juzgar tales delitos. Esa es la razón por la cual, entre la seguridad jurídica que brinda el termino perentorio para ejercer la acción penal y el interés general de investigar y juzgar este tipo de vulneraciones a derechos humanos, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que debe dársele prevalencia a esto último:

*En tal medida, frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalecen el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas.*<sup>119</sup>

No obstante, cuando existe un individuo ya vinculado al proceso penal, los intereses en juego ya no serán los de seguridad jurídica y el interés general de investigar y sancionar los delitos graves contra derechos humanos, sino que este último entra a colisionar con los derechos al debido proceso y la pronta administración de justicia para el sindicado. Situación que en nuestro ordenamiento jurídico se ha resuelto a favor de los derechos del sindicado, por cuanto no resultaría justo que la persona se encuentre vinculada de manera indefinida a un proceso penal. Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

*Sin embargo, el interés estatal en proteger a las personas contra la desaparición forzada no puede hacer nugatorio el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por lo tanto, cuando el Estado ya ha iniciado la investigación, ha identificado e individualizado a los presuntos responsables, y los ha vinculado al proceso a través de indagatoria o de declaratoria de persona ausente, la situación resulta distinta. Por un lado, porque en tal evento está de por medio la posibilidad de privarlos de la libertad a través de medios coercitivos, y además, porque no resulta razonable que una vez vinculados al proceso, los acusados queden sujetos a una espera indefinida debida a la inoperancia de los órganos de investigación y juzgamiento del Estado*<sup>120</sup>.

Así pues, los límites a la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad no se derivan de cognoscibilidad del delito y su autor como lo pretende mostrar la sentencia de unificación citada. De hecho, como lo menciona la Corte Suprema de Justicia no basta conocer o individualizar al presunto responsable del delito, para entender que la imprescriptibilidad deja de operar, sino que necesariamente requiere que este se haya vinculado al proceso.

*ii) Es perfectamente factible que algunos delitos, particularmente los de lesa humanidad, gocen de la posibilidad de que su investigación sea imprescriptible. iii) Empero, cuando respecto de esos hechos ya existe una persona individualizada y formalmente vinculada al proceso (no basta con el cumplimiento de una sola condición, vale decir, se tienen que conjugar la individualización y la formal vinculación, para que se repute existente el derecho del procesado), respecto de ella no opera la imprescriptibilidad.*

*Es factible, entonces, que un delito de lesa humanidad reporte como tal la condición de imprescriptibilidad en su investigación, pero acerca de personas determinadas -*

---

<sup>119</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>120</sup> Ibid.

---

*individualizadas y formalmente vinculadas- exija el cumplimiento de los términos de investigación y juzgamiento.*<sup>121</sup> (Énfasis propio)

En materia penal los límites a la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad se deben a la ponderación entre el interés general de juzgar estos crímenes y el derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas y la pronta administración de justicia para el sindicado. En la medida que se trata de la ponderación entre intereses y derechos distintos a los que suscita la ponderación de esos mismos delitos en materia de responsabilidad extracontractual del Estado y la caducidad, se tiene que el ejercicio de comparación es infructuoso, por cuanto los objetos de la comparación tienen diferente naturaleza. Con una aplicación estricta de los términos de caducidad de la reparación directa frente a graves violaciones de derechos humanos lo que se privilegia es la seguridad jurídica sobre el derecho al acceso a la administración de justicia y a la reparación de las víctimas.

Así las cosas, el argumento de la sentencia bajo el cual, la cognoscibilidad del delito y del autor pone fin a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en materia de penal y, por tanto, también habrá de poner fin a las implicaciones de la imprescriptibilidad en materia de reparación directa y dar inicio al conteo de la caducidad no pueden resultar de recibo por lo ya expuesto.

La segunda anotación consiste en que no se comparte la decisión del Consejo de Estado de apartarse de la aplicación de una sentencia de la Corte IDH en el caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Al respecto expuso el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en la sentencia de unificación lo siguiente:

*En las condiciones analizadas, la Sala concluye que, como en el caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile no se interpretó la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de reglas con contenido material similar a las que prevé nuestro Código Contencioso Administrativo y la Ley 1437 de 2011, tal pronunciamiento no resulta vinculante para resolver el presente asunto*<sup>122</sup>.

La anterior decisión contraviene incluso el carácter de criterio de interpretación que mediante el bloque de constitucionalidad se le puede otorgar a la jurisprudencia de la Corte IDH y evidentemente va en contra de la obligación que tienen las autoridades judiciales de los países miembros del Sistema IPDH de realizar el control de convencionalidad sobre normas o interpretaciones normativas que se opongan a las normas de la Convención ADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Ahora bien, frente al viraje tomado con la nueva sentencia de unificación, para el autor de estas líneas, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por graves violaciones de derechos humanos (lo que vincula a delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, pero que no se limita solo a tales eventos) el quid del asunto sobre la caducidad del medio de control de reparación directa no se encuentra en la imprescriptibilidad de los delitos. No solo por cuanto bien pueden existir graves violaciones de derechos

---

<sup>121</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 1° de septiembre de 2009, expediente 32022.

<sup>122</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2020. Rad. 85001-33-33-002-2014-00144-01(61033). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

---

humanos que no se consideren delitos de lesa humanidad; sino también porque los derechos e intereses que se ven implicados en materia de responsabilidad extracontractual del Estado son distintos a los que se plantean en el ámbito penal.

El punto neurálgico, entonces, se encontrará, en la posibilidad de flexibilizar el término de caducidad de acuerdo con las situaciones particulares de cada caso, previos ejercicios de ponderación y control de convencionalidad. Se propone, entonces, una lectura constitucional y convencional de los criterios unificados en el resuelve de la cita providencia de unificación. En esa medida cuando dispone que “*este plazo (el de la caducidad) se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial*”, podría ser válida la interpretación de que el término de caducidad habrá de computarse desde cuando se cuente con la claridad suficiente sobre los hechos que permita la posibilidad real de imputación del daño al Estado, es decir, desde cuando se aclaran la circunstancias oscuras que rodean los hechos que generaron el daño y no simplemente a partir de una convicción íntima por parte de la víctima de que el Estado era el responsable.

Es importante resaltar que para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, las cuales por lo general se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y desventaja manifiesta frente al aparato estatal, pueden pasar muchos años sin que puedan constituir una prueba que les permita validar ante una instancia judicial el convencimiento íntimo de la responsabilidad del Estado, incluso teniendo en cuenta la flexibilización en materia probatoria que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha aplicado en algunos casos, como se verá en el siguiente acápite.

En muchos de los casos de graves violaciones de derechos humanos suele suceder que solo a partir de la existencia de una sentencia penal que condena a agentes del Estado por tales hechos, se cuenta con claridad suficiente sobre los hechos que rodearon la ocurrencia del daño y con ello la posibilidad real de imputarle al Estado el daño y el acervo probatorio necesario para hacerlo.

En ese sentido, contabilizar el término de caducidad desde la sentencia penal condenatoria, cuando tal exista, puede constituir una de las maneras en las que resulta razonable flexibilizar el término de caducidad y compaginar los estándares interamericanos en materia de reparación, justicia material y acceso a la administración de justicia con los nuevos criterios unificados en materia de caducidad del medio de control de reparación directa.

Un segundo elemento de la unificación que admite una interpretación constitucional y convencional es el siguiente: “*el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley*”. Los ejemplos dados en la sentencia se refieren a cuando las víctimas no accionan por encontrarse secuestrados o gravemente enfermos; sin embargo, a partir de una interpretación garantista habría lugar

---

a inaplicar el término caducidad en otros eventos, como, por ejemplo, encontrarse amenazado, haber padecido desplazamiento forzado, entre otros.

La propuesta de una interpretación constitucional y convencional, que permita flexibilizar los términos de caducidad dependiendo las características especiales de cada caso, siempre que se trate de graves violaciones de derechos humanos, se compagina con la posición jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, tal como se desprende, por ejemplo, de la citada sentencia SU-659 de 2015.

### **2.3.1.2. Flexibilización probatoria en materia de graves violaciones de derechos humanos**

El Consejo de Estado ha decidido flexibilizar el régimen probatorio en casos de graves violaciones de derechos, dando mayor valor probatorio a las presunciones, indicios, e inferencias lógicas y, en general, a pruebas indirectas, con el fin de garantizar los derechos de verdad, justicia y reparación integral<sup>123</sup>.

El tribunal de cierre de lo contencioso administrativo ha sostenido que, con el fin de llevar a cabo el control de convencionalidad<sup>124</sup>, se debe atender a los estándares probatorios fijados por la Corte IDH en sus sentencias. Por ejemplo, en el Caso de la masacre de Mapiripán contra Colombia, se señaló que la valoración de la prueba por parte de los tribunales internacionales no es igual de rígida que aquella a la que están sometidos los jueces nacionales, sino que existe cierta flexibilidad en la valoración probatoria, pero que, en todo caso, debe estar guiada por las leyes de la lógica y las máximas de la experiencia:

*La Corte ha señalado anteriormente, en cuanto a la recepción y la valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales en el derecho interno, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. (...) Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.<sup>125</sup>*

Así las cosas, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que en casos de graves violaciones de derechos humanos se rompe el principio de igualdad de armas en materia procesal, pues las víctimas se encuentran en desventaja frente al Estado, no solo por las características físicas especiales

---

<sup>123</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de septiembre de 2013, Rad. 05001-23-26-000-1990-05197-01(19939). C.P. Stella Conto Días del Castillo.

<sup>124</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia 2010-00447 del 1 de junio de 2017. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>125</sup> Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. parf. 73.

---

de los lugares en que generalmente ocurren estos crímenes, sino también, porque esos eventos suelen concurrir con una inactividad o un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia:

*“En la gran mayoría de casos, las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en Colombia, cometidas en el marco del conflicto armado interno, han acaecido en zonas alejadas de los grandes centros urbanos y en contextos de impunidad. Lo anterior ha producido que las víctimas, como sujetos de debilidad manifiesta, queden en muchos casos en la imposibilidad fáctica de acreditar estas afrentas a su dignidad humana. Más aun, cuando no se ha llevado una investigación seria por parte de las autoridades competentes, como en este caso, lo cual se traduce en una expresa denegación de justicia.*

*“7.4.1. Por tal razón, el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas.*

*7.4.2 Lo anterior resulta razonable y justificado, ya que en graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, pues en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de daños la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios.<sup>126</sup> (Énfasis propio)*

A pesar de lo anterior, en algunas ocasiones el Consejo de Estado no ha aplicado su propio precedente respecto a flexibilización probatoria en eventos de graves violaciones de derechos humanos. Tal es caso que da lugar a la sentencia SU-035 de 2018 de la Corte Constitucional, la cual examina una sentencia de la Subsección C del Consejo de Estado, en la que no se flexibilizó los estándares probatorios respecto en un caso de ejecución extrajudicial o *falso positivo*.

En tal oportunidad, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia, en la cual ha acudido al principio de equidad y a la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>127</sup> para sostener que es necesaria la flexibilización de los estándares probatorios y de las formalidades propias de la justicia rogada con el fin de que se llegue a una justicia material y se garantice la eficacia de los derechos fundamentales<sup>128</sup>.

### **2.3.1.3. INAPLICACIÓN DE DEL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS**

El Consejo de Estado ha estimado que, con el fin de cumplir con las obligaciones derivadas de normas internacionales de derechos humanos, específicamente aquella de

---

<sup>126</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación 1999-01063 del 28 de agosto de 2014. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>127</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-237 de 2017. M.P Iván Humberto Escrucería Mayolo.

<sup>128</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-035 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



---

reparar integralmente a las víctimas, la cual se deriva de los tratados firmados y ratificados por Colombia<sup>129</sup>, es posible flexibilizar la aplicación de los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no *reformatio in pejus*.

Generalmente, las facultades del juez para decretar medidas de reparación se encuentran limitadas por los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no *reformatio in pejus*. Lo que hace necesario contar con una petición expresa por parte del demandante. Sin embargo, cuando se juzgan graves violaciones de derechos humanos, la necesidad de dar cumplimiento a la reparación integral le puede permitir al juez administrativo decretar medidas no patrimoniales aun en perjuicio del impugnante único y a pesar de que el demandante no las haya solicitado.

*24.3. Con todo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, existen casos en los que el juez puede ordenar medidas que atiendan a la reparación integral del daño, aunque ello conlleve restricciones a los mencionados principios procesales. Esto ocurre cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos humanos pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno, pero también de otros instrumentos de derecho internacional que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante –razón por la cual se los denomina “derecho blando” o “soft law”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general” y sirven como “criterios auxiliares de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos”.*

*“24.4. Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no reformatio in pejus con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia.”<sup>130</sup>*

### 2.3.2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Como ya se expuso, el control de convencionalidad permite el “*juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos*” a la luz de Convención ADH y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH. No obstante, es necesaria una tensión al final de la cual se privilegia el DIDH sobre el derecho nacional, como un elemento necesario para identificar la presencia del control de convencionalidad. Es decir que si el caso se

---

<sup>129</sup> Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 63), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 13), y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículo 9).

<sup>130</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 11 de septiembre de 2013, 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601). C.P. Danilo Rojas Betancourth. Véase también Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 12 de octubre de 2017, Rad. 05001-23-31-000-2010-01922-01(49416). C.P. Danilo Rojas Betancourth y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 10 de mayo de 2018, Rad. 15001-23-31-000-2007-00694-01(56750). C.P. Stella Conto Diaz del Castillo.

---

resolviera de manera exclusiva a partir de las normas o jurisprudencia nacionales su resolución podría ser diferente o tener implicaciones distintas, lo que representaría una merma al DIDH.

Lo anterior parte de un supuesto básico: el Estado es el principal obligado en la protección de los derechos humanos ante el sistema internacional – incluido, por supuesto el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos –. Por ello, ante la violación de los mencionados derechos, es el propio Estado quien tiene la obligación de investigar, sancionar y reparar ese tipo de actos. Solo en caso de que no lo haga o lo haga de manera deficiente, deberá responder ante instancias internacionales<sup>131</sup>.

En materia de responsabilidad extracontractual, el control de convencionalidad en casos concretos de violación de derechos humanos por parte del Estado colombiano – por acción u omisión– conduce a la declaratoria de responsabilidad por violación de las obligaciones de respeto y garantía que devienen de la Convención ADH. Así lo ha sintetizado el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014:

*12.3. Así pues, de lo anterior se puede concluir que el juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno, tiene la facultad para revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas. En ese orden, si bien el control de convencionalidad, visto como una técnica de orden estatal, le sirve al juez de daños para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación de hacer, que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado.*

*12.4. Por lo tanto, el control de convencionalidad proporciona al juez de daños una herramienta que le permite, a partir del prisma de normas supralegislativas en las que se reflejan los comportamientos estatales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar la responsabilidad de este cuando se produce un daño antijurídico derivado del incumplimiento de dicho estándar funcional<sup>132</sup>.*

Adicionalmente, hace un par de años, algún sector de la doctrina<sup>133</sup> y la subsección A del Consejo de Estado<sup>134</sup> han sostenido que mediante el control de convencionalidad es posible declarar la “*responsabilidad agravada del Estado*” en caso de graves violaciones de derechos humanos como manifestación de un juicio de reproche más severo frente a tales actos.

Para que haya lugar a la mencionada declaración, es necesario que se trate de vulneraciones flagrantes y sistemáticas de normas imperativas del derecho internacional

---

<sup>131</sup> Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66. Y Corte IDH. Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142.

<sup>132</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001–23–25–000–1999–01063–01(32988). C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

<sup>133</sup> FIGUEROA BASTIDAS, Gabriel Ernesto. La responsabilidad internacional agravada del Estado colombiano. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2016. pp. 191 a 198.

<sup>134</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, Rad. 25000-23-26-000-2011-00479-01(50231). C.P. Hernán Andrade Rincón.

---

de los derechos humanos, específicamente, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Esta ha sido aplicada por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en caso de falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales<sup>135</sup> por miembros de la fuerza pública, desaparición forzada<sup>136</sup>, asesinatos selectivos, ataques de grupos paramilitares de conocimiento de la fuerza pública<sup>137</sup>, entre otros.

Así, por ejemplo, en el caso de la muerte del periodista colombiano Jaime Garzón, la Subsección A consideró que su asesinato se produjo en el contexto de un ataque sistemático y generalizado contra personas que compartían características políticas comunes (ONG, defensores de derechos humanos, periodistas, entre otros) y que, en algún punto, por su actividad política habían tenido contacto con grupos subversivos. La Sala de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado encontró que Jaime Garzón había sido considerado objetivo militar por parte de las AUC, dado que se encontraba ejerciendo una mediación en la liberación de personas secuestradas por la guerrilla. Adicionalmente, se encontró probada la participación del Ejército Nacional en la comisión de tal crimen de lesa humanidad. Razones por las cuales procedió a declarar la responsabilidad agravada.

Sin perjuicio de lo anterior, es válido preguntarse por qué esa declaratoria de responsabilidad agravada puede considerarse como un ejercicio de control de convencionalidad. Al respecto debe recordarse que tradicionalmente, en nuestra familia jurídica, la responsabilidad extracontractual del Estado ha tenido una función fundamentalmente resarcitoria: “se debe indemnizar el daño, solo el daño y nada más que el daño”<sup>138</sup> señala Henao. La función sancionatoria de la responsabilidad extracontractual, por consiguiente, se considera como residual, al derivarse de asignar consecuencias patrimoniales a actos o hechos ilícitos<sup>139</sup>.

Los juicios de reproche, como manifestaciones de la función sancionadora del derecho, no son han hecho parte tradicionalmente de la responsabilidad extracontractual. Aunque resulten comunes en otro tipo de instituciones del derecho nacional, estos sí de carácter sancionatorio, como el derecho disciplinario o el derecho penal.

Sin embargo, con el fin de cumplir los estándares interamericanos sobre reparación integral, y realizar una reprobación oficial a los actos violatorios de derechos humanos<sup>140</sup>, el Consejo de Estado refuerza el carácter sancionatorio de la responsabilidad extracontractual a través de la declaración de responsabilidad agravada.

---

<sup>135</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de abril de 2017, 05001-23-31-000-2006-00534-01(43422). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>136</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 23 de marzo de 2017, Rad. 05001-23-31-000-2006-03647-01(50941). C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>137</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016, Rad. 50001-23-31-000-2000-40225-01(34448). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>138</sup> HENAO, Juan Carlos. El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 45.

<sup>139</sup> COHEN PUERTA, Melvin Munir. La responsabilidad civil como derecho preventivo y resarcitorio de daños. Bogotá: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda, 2018. p. 48.

<sup>140</sup> Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91. Parr 56.

---

La tensión entre las normas de DIDH y el ordenamiento jurídico interno resulta evidente si se considera que la resolución del caso con base exclusivamente en normas y precedentes nacionales no vincularía la inclusión de un juicio de reproche de esas características. Este tipo de reproches no típicos en sentencias de reparación directa se introducen además con el fin de constituir un mecanismo de reparación adicional de carácter simbólico. En ese sentido, en punto a este tipo de medidas, es clara la decisión interpretativa del máximo tribunal de lo contencioso administrativo en dar *“de no aplicar el derecho interno y, en su lugar, aplicar una fuente a la que se reconoce una jerarquía superior”*<sup>141</sup>.

#### 2.4. CONVENCIONALIZACIÓN A PARTIR DE FALLOS DE LA CORTE IDH

La convencionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado también se presenta a partir de las condenas de la Corte IDH sobre Colombia.

En 2006, en el Caso de la masacre de Ituango vs Colombia, la Comisión IDH solicitó un peritaje para establecer si dentro del sistema jurídico colombiano existía un recurso procesal efectivo para la reparación de las víctimas. El perito de la Comisión fue el profesor Rodrigo Uprimny<sup>142</sup>, quién manifestó que el recurso judicial disponible para la reparación de la víctimas en el ordenamiento jurídico colombiano era el de “reparación directa”; sin embargo, señaló que este no era un sustituto idóneo de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por tener las siguientes limitaciones:

- El fundamento de la declaración de responsabilidad del Estado no se encuentra en la vulneración de derechos constitucionales o de aquellos contenidos en tratados de derechos humanos, sino que se encuentra en el daño antijurídico, siendo definido este como aquel que la víctima no tiene el deber de soportar. Así, *“cuando el Consejo de Estado en una sentencia declara a la Nación responsable por la muerte de determinada persona, no puede entenderse que es una declaración de responsabilidad del Estado por violar el derecho a la vida, pues, por ejemplo, puede tratarse de un desafortunado accidente de tránsito, en donde el Estado debe reparar pero no hay un sentido estricto de violación al derecho a la vida”*.
- La declaración de responsabilidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativos no tiene el mismo efecto simbólico que la declaración de la Corte IDH, por cuanto la primera no es un reproche por la vulneración de derechos humano, sino una constatación de un daño antijurídico. *“De esta manera queda en el mismo punto una declaración porque ocurrió un accidente imputable a un auto de la administración y una declaración de responsabilidad del Estado por una desaparición forzada”*.
- La medida de reparación otorgada a través de la reparación directa se restringe únicamente a lo pecuniario, mientras que el parámetro de

---

<sup>141</sup> ESTRADA, Julio Alexei. Op.cit.

<sup>142</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

---

reparación internaciones vincula medidas de restitución, reparación, rehabilitación y garantías de no repetición.

- La jurisdicción contencioso administrativa no establece medidas de no repetición.
- A lo anterior se le suma la congestión y la morosidad judicial.

Con base en tal peritaje, la Corte IDH consideró que la acción de reparación directa no era un recurso judicial efectivo por cuanto no repara de forma integral a las víctimas y las condiciones de acceso son deficientes frente a los estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos:

*Una reparación adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición. Recursos como la acción de reparación directa o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando está de por medio un acto administrativo que pueda producir daños, tiene unos alcances mínimos y unas condiciones de acceso no apropiadas para los fines de reparación que la Convención Americana establece.*<sup>143</sup>

La anterior postura fue reiterada en el Caso de la Rochela contra Colombia en el año 2007:

*216. En el presente caso, y como se describe con mayor detalle en el apartado sobre reparaciones (infra párrs. 239 y 241), el Estado otorgó indemnizaciones a nivel interno en el ámbito de procesos contencioso administrativos y acuerdos conciliatorios refrendados judicialmente. Al respecto, la Corte observa que las decisiones adoptadas por los tribunales contencioso administrativos no contienen una manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos como la vida y la integridad personal, entre otros derechos consagrados en la Convención. De igual manera, no contiene aspectos relativos a la rehabilitación, la verdad, la justicia y el rescate de la memoria histórica, así como tampoco medidas de garantía de no repetición.*

(...)

*221. Una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición. La Corte ha indicado que recursos como la acción de reparación directa o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene unos alcances mínimos y unas condiciones de acceso no apropiadas para los fines de reparación que la Convención Americana establece. La Corte indicó que es la producción de un daño antijurídico y no la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de estándares y obligaciones en materia de derechos humanos lo que decreta en su sentencia una autoridad judicial en lo contencioso administrativo.*<sup>144</sup>

A partir de esas sentencias, el Consejo de Estado emprendió una transformación de la responsabilidad extracontractual del Estado con el fin de superar las anteriores limitaciones y así evitar condenas internacionales en contra de Colombia, por carecer de un recurso judicial efectivo y adecuado en materia de reparación por vulneración de derechos humanos<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

<sup>145</sup> GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit. p. 52

---

Algunas de esas transformacionales ya se han expuesto, como la declaratoria de responsabilidad fundada en la violación del DIDH e incluso la declaración de una responsabilidad agravada ante violaciones aberrantes de derechos humanos; otras se analizarán en el siguiente capítulo, como el cambio del paradigma en materia de reparación al introducir el concepto de reparación integral y las medidas de reparación, y el daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos como una nueva categoría de daño resarcible.

---

## **CAPITULO 2: EL QUÉ, CÓMO Y POR QUÉ DE LA REPARACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO: RESPUESTAS DESDE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

Como se expuso en el primer capítulo, la constitucionalización del derecho y particularmente de la responsabilidad extracontractual del Estado puede verse reflejada a través de la lectura constitucional que realiza el juez administrativo sobre los temas de su competencia. En ese sentido no se trata simplemente de acatar las normas constitucionales, sino de la realización de tal norma superior a través de una política constitucional que implica la reingeniería de categorías tradicionales.

Este proceso de constitucionalización además se ha visto acompañado de un proceso de convencionalización del derecho, transformando a su paso las concepciones tradicionales sobre qué se repara, cómo reparar y por qué reparar.

El objetivo de este capítulo es realizar una reconstrucción crítica y conceptual de este tipo de transformaciones, con el propósito de brindar un panorama general de la faceta de la responsabilidad extracontractual del Estado y del medio de control de reparación directa como mecanismo de protección de derechos más que de indemnización de daños.

En ese sentido, son tres preguntas la que guían este ejercicio, el porqué de la reparación, qué es lo que ha de repararse y cómo debe hacerse tal reparación. Existen respuestas tradicionales a estas mismas preguntas, pero lo que interesa aquí son aquellas que puede brindar una mirada desde la constitucionalización y convencionalización de la responsabilidad extracontractual.

### **1. LA REPARACIÓN**

En las sociedades primitivas, quien se sentía menoscabado en sus bienes o en los de sus familiares devolvía el mal recibido causando un daño a su víctima. En estos escenarios la venganza cumplía una doble función: *“la reparación del daño a través de la expiación del dolor y la sanción a quien lo provocó”*<sup>146</sup>.

El problema de la venganza consiste en que no existe un principio de proporcionalidad entre el daño y la forma de reparación. La fuerza con la que se cuenta para ejecutar la venganza es el único límite en la búsqueda de lavar la afrenta que ha recibido la víctima, tal como acontece en la historia del novel colombiano, *Crónica de una muerte anunciada*, en la cual Santiago Nassar muere frente a las puertas de su casa a manos de los hermanos de Angela Vicario, quienes intentan limpiar el honor de su familia, “manchado” por el protagonista, pues su hermana señala a Santiago como el responsable de que no hubiera llegado virgen al matrimonio. Una retribución marcada por los prejuicios sociales y

---

<sup>146</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: 2005. p. 19.

---

machistas de la época, la cual sin duda resulta desproporcional respecto del supuesto daño causado y que únicamente tuvo como parámetro la fuerza física de los vengadores.

Este asunto tampoco ha pasado desapercibido a la teoría política. John Locke señala que en el estado de naturaleza existe una ley que lo gobierna todo: “ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones”<sup>147</sup>. En el estado de naturaleza, según afirma Locke, quien ha sufrido el daño, además de tener el derecho a castigar a quien han roto el deber de no dañar (derecho que comparte con todos los hombres), también tiene el derecho a buscar una reparación. Sin embargo, señala que no es razonable que alguien sea juez de su propia causa, pues su deseo de venganza lo llevará demasiado lejos. En ese contexto, el Estado es el remedio a los excesos de los hombres en la búsqueda de castigar y reparar los daños sufridos<sup>148</sup>.

De la venganza como forma de reparar el daño se pasó, a través de un proceso lento y paulatino<sup>149</sup>, a un sistema en el que el centro de toda reparación es la compensación pecuniaria. Este cambio significó la despersonalización de la pena, y al mismo tiempo su patrimonialización<sup>150</sup>. Según explica Posner, la transición se produce principalmente a partir del aumento de las riquezas. Un sistema de compensación pecuniario no puede operar si los agresores no cuentan con suficientes bienes en exceso sobre los necesarios para la subsistencia:

From the standpoint of society as a whole, compensation is a cheaper remedy than retaliation, because it involves simply a transfer payment rather than the destruction of a person or his property. As before, I attribute the transition from retaliation to compensation not a growing rationality, diminishing bloodthirstiness, or other factors that assume fundamental differences in intelligence or tastes between primitive and modern man, but simply to growing wealth. A system of compensation will not work unless injurers and their kin have a sufficient stock of goods in excess of their subsistence needs to be able to pay compensation for the injuries they inflict on others.<sup>151</sup>

La compensación pecuniaria se ha mantenido hasta nuestros días como una de las principales formas de reparar el daño; hasta hace poco, en Colombia, el pago de una suma de dinero era la única forma usada para reparar los daños imputables al Estado. Tal como lo señala Henao, “la noción de reparación de daños se ha limitado usualmente a la pecuniaria, sin incluir otras formas de reparación”<sup>152</sup>. No obstante, esto ha empezado a

---

<sup>147</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. Madrid: Editorial Tecnos. 2006. p. 12.

<sup>148</sup> Ibid., pp. 12-21.

<sup>149</sup> Solarte Rodríguez anota que, al analizar la evolución del derecho en Roma, existió una primera etapa caracterizada por la venganza y el talión como reacción a los daños, etapa que dio lugar a un segundo periodo en el que los menoscabos que sufría la persona tuvieron como única respuesta la imposición de una pena, pues se consideraba la conducta del dañado como un delito. Señala el autor que tuvieron que pasar muchos años para que se planteara un concepto de resarcimiento del daño causado y muchos más para que este prevaleciera sobre la reacción punitiva del ordenamiento jurídico. En: SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La reparación in natura del daño. Vniversitas, 54(109). p. 194.

<sup>150</sup> TRIGO REPRESAS. Op. Cit. p. 21.

<sup>151</sup> POSNER, Richard A. The economics of justice. United States of America: Harvard College, 1994. p. 192 - 193

<sup>152</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (eds.). Bogotá: Universidad Externado, 2015. p. 35.



---

cambiar, en gran medida gracias a la influencia del Sistema IPDH y a las sentencias de la Corte IDH, las cuales han puesto en un papel protagónico a la reparación integral y las medidas no pecuniarias de reparación.

El objetivo de este apartado es analizar los fundamentos, las características y las formas que asume la reparación integral. En el recorrido de tal plan propuesto se aborda la justicia correctiva como fundamento del deber de reparar, se hacen algunas precisiones conceptuales sobre el contenido del principio de reparación y se muestra el proceso de convencionalización al interior del Consejo de Estado el cual desemboca en el cuestionamiento del dogma resarcitorio pecuniario y la introducción de formas no pecuniarias de reparación, especialmente importantes en materia de derechos humanos.

## 1.1. CONSIDERACIONES SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA REPARACIÓN

### 1.1.1. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A SER REPARADO Y EL DEBER DE REPARAR

La principal función que se le atribuye a la responsabilidad extracontractual es la de reparar a la víctima por el daño sufrido<sup>153</sup>. Aunque esto parezca lógico y evidente, esa función lleva implícitas las preguntas de ¿por qué reparar? y ¿quién debe reparar a la víctima? Las respuestas a estos interrogantes se encuentran en cuestiones normativas (principios y derechos), pero también reflejan nociones de justicia; generalmente aspiraciones de justicia correctiva, aunque eventualmente también consideraciones de justicia distributiva, como se verá al final del capítulo.

En esa línea, se pone de presente que el *alterum non laedere*<sup>154</sup> es el principio central<sup>155</sup> y eje de la responsabilidad extracontractual. Este principio ha sido entendido como el precepto de abstenerse de violar derechos o intereses jurídicamente relevantes<sup>156</sup> o protegidos<sup>157</sup>. Este deber constituye la contracara de una posición jurídica de

---

<sup>153</sup> CORTÉS, Edgar. Responsabilidad Civil y daños a la persona: El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina? Bogotá: Universidad Externado, 2009. p. 62.

<sup>154</sup> El diccionario del español jurídico de la RAE trae la siguiente definición: *Alterum non laedere*. Gral. 'No dañar a otro' (Ulpiano: Digesto 1,1,10,1). En ocasiones aparece bajo la forma *neminem laedere*, 'no causar daño a nadie'. Es el segundo de los tres preceptos del derecho (*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, sum cuique tribuere*: 'los principios del derecho son estos: vivir honradamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo'). El *alterum non laedere* también es uno de los principios presentes en el Tort law. Así Mark A. Geistfeld, citando a Rederick Pollock and James Avery Webb, en su trabajo *Treatise on the Law of Torts* (St. Louis: F.H. Thomas Law Book Co., 3d ed. 1894), vol. 1, 12–13. Trae a colación lo siguiente: *Honeste vivere* (to live honorably), *alterum non laedere* (not to injure others), and *sum cuique tribuere* (to render to every man his due), were the three general precepts to which Justinian reduced the whole doctrine of the law. . . And what of *alterum non laedere*? "Thou shalt do no hurt to thy neighbor." Our law of torts, with all its irregularities, has for its main purpose nothing else than the development of this precept. Geistfeld, Mark A. *Compensación as a tort norm*. En John Oberdiek (eds) *Philosophical Foundations of the law of torts*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

<sup>155</sup> Barros Bourie se refiere al *alterum non laedere* como el principio que inspira el orden de la responsabilidad patrimonial. BARROS BOURIE. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1º ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 15.

<sup>156</sup> Una crítica a la concepción de intereses jurídicamente relevantes o protegidos se hará más adelante.

<sup>157</sup> ALPA, Guido. *Nuevo Tratado de responsabilidad civil*. Lima: Jurista, 2006. p. 268.

---

indemnidad<sup>158</sup>. La infracción del referido principio deriva tanto en un deber secundario de reparar el daño causado, como en un derecho correlativo de la víctima exigir la reparación. Al respecto, Papayannis afirma lo siguiente:

*“En la mayoría de los ordenamientos modernos existe implícitamente un deber de no dañar en ciertas circunstancias, correlativo con un derecho a no ser dañado, y un deber de compensar el daño causado, correlativo con un derecho a ser indemnizado. Estos derechos y deberes están relacionados; pues los referidos a la compensación, que podemos llamar secundarios, se activan cuando se infringen los primarios. En otras palabras, los derechos y deberes secundarios de compensación tienen su fundamento en la vulneración de derechos y deberes primarios en la interacción injusta”*<sup>159</sup>.

Así, el principio *alterum non laedere* revela una correlación entre derechos y deberes primarios y derechos y deberes secundarios, estos últimos derivados de la infracción de los primeros. Por ejemplo, el derecho a la honra y al buen nombre del que es titular cualquier ciudadano implica necesariamente una posición jurídica de indemnidad a no ser dañado en su honra y buen nombre y un correlativo deber de los terceros de no dañar tales derechos, al menos en su núcleo esencial (pues no se trata de derechos absolutos). En caso de que se genere una vulneración surge, en principio, un derecho secundario a ser reparado y un deber correlativo de reparar para aquel a quien se le impute el daño.

El *alterum non laedere* resulta plenamente aplicable tanto a la responsabilidad civil extracontractual como a la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>160</sup>. Así, cuando el régimen aplicable es el subjetivo, el Estado no habrá incursionado en la violación del deber de no dañar si el daño no ocurre u ocurre sin que se hubiere presentado una falla del servicio. Por otro lado, cuando se trata de responsabilidad objetiva, el deber de no dañar solamente se cumple si el daño no se produce o no le es imputable.

El deber de no dañar no deriva en que todo daño deba ser reparado, pues es posible que medie una causal de justificación o que el daño no pueda ser considerado como antijurídico, es decir, que no dé lugar al nacimiento del deber de reparar ni al correlativo derecho a ser reparado, porque en principio, en ese contexto, el Estado actuó bajo una posición de competencia<sup>161</sup>. En efecto, el Estado puede afectar al administrado o administrada en sus derechos primarios, pero hacerlo con una conducta que habida cuenta

---

<sup>158</sup> La posición jurídica de indemnidad, de acuerdo con Bernal Pulido, es una posición jurídica en la cual “la situación jurídica de T no pueda ser modificada por las acciones de D, y de manera correlativa, D carece de competencia para modificar, mediante sus acciones la situación jurídica de T. BERNAL PULIDO, Carlos. Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica: escritos de derecho constitucional y teoría jurídica. Bogotá: Universidad Externado. 2018. p 27.

<sup>159</sup> PAPAYANNIS, Diego. Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 134

<sup>160</sup> ALPA, Guido. Op. cit, pp. 274 y 275

<sup>161</sup> La posición jurídica de competencia, de acuerdo con Bernal Pulido, “es una posición jurídica en la que, mediante una acción o un conjunto de acciones de T, puede modificarse la situación jurídica de D. De manera correlativa, D tiene una sujeción. D está sujeto a que su situación jurídica pueda modificarse como consecuencia de la acción o las acciones de T”.

---

de todo no tenía el deber de evitar<sup>162</sup> y sin comprometer el equilibrio en las cargas públicas, de ahí que tal vulneración del *alterum non laedere* no resulte antijurídica.

Adicionalmente, el *alterum non laedere* como principio no se restringe a la función resarcitoria de la responsabilidad extracontractual, también opera como fundamento para la función preventiva.

En los últimos tiempos ha cobrado fuerza dentro de la responsabilidad extracontractual la posibilidad de una tutela inhibitoria frente a daños inminentes<sup>163</sup>. En este contexto, la víctima puede solicitar al juez que bloquee o impida la realización del hecho ilícito capaz de producir el daño o que no permita su continuación<sup>164</sup>. Esto involucra un nuevo actor en la trayectoria del daño. Pues ya no se trata simplemente de que el agente dañador pueda optar entre no dañar o dañar y reparar, sino que la víctima puede ejercer su derecho a no ser dañado frente a una amenaza de daño inminente o solicitar la interrupción del evento dañoso si este se encuentra en curso<sup>165</sup>.

Como lo señala Guido Alpa, el mencionado principio no se restringe a establecer para el actor una obligación de reparar frente a la ocurrencia de un daño que se le imputa, sino que opera incluso frente al peligro de daño o de molestia<sup>166</sup>.

Ahora bien, el deber de reparar el daño y el derecho a ser reparado que surge del incumplimiento del *alterum non laedere*, corresponde en la mayoría de los casos con una idea de justicia que se ha planteado desde Aristóteles y que ha venido cobrando importancia en el debate sobre los fundamentos de la responsabilidad extracontractual: se trata de la idea de justicia correctiva.

Para el filósofo nacido en Estagira, la justicia depende de la igualdad, siendo la una especie de punto medio; no obstante, diferenció entre dos distintos tipos de justicia: la distributiva y la correctiva. Mientras que la primera se centra en la repartición de bienes o cargas *conforme a cierto mérito*<sup>167</sup>, la segunda se centra en “*las transacciones privadas, tanto en las voluntarias como en las involuntarias*”<sup>168</sup>, específicamente en la reparación del daño que se ocasione con estas:

*Es indiferente, en efecto, que sea un hombre bueno el que haya defraudado a un hombre malo, o el malo al bueno, (...). La ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió injusticia y el otro la recibió, si uno causó un daño y otro lo resintió. El Juez procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia.*<sup>169</sup>

En consecuencia, la justicia correctiva busca la rectificación de las interacciones injustas entre los individuos, es decir, aquellas que hayan afectado la igualdad formal entre las

---

<sup>162</sup> PAPAYANNIS, Diego. Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. Op. Cit. p. 185.

<sup>163</sup> COHEN PUERTA, Melvin. Op. Cit. p. 48.

<sup>164</sup> CORTÉS, Edgar. Op. Cit. p. 63 y 64.

<sup>165</sup> Ibid., pp. 167 a 169.

<sup>166</sup> ALPA, Guido. Op.Cit. p. 268.

<sup>167</sup> ARISTÓTELES. Ética nicomáquea. México: Editorial Porrúa, 1982. p. 61

<sup>168</sup> Ibid., p. 62.

<sup>169</sup> Ibid.

---

partes. En ese sentido “La razón por la cual las reglas de la responsabilidad extracontractual otorgan a la víctima un derecho a reclamar al agente dañador una indemnización correlativo con un deber a cargo de este último de brindar una compensación a la víctima se halla en el restablecimiento de la igualdad entre las partes, qué solo se logra mediante la eliminación de las ganancias y pérdidas injustas”<sup>170</sup>, las cuales son “(...) consecuencia del incumplimiento de los deberes que el agente tenía hacia la víctima y la correlativa vulneración del derecho de esta última”<sup>171</sup>.

La noción de justicia correctiva se encuentra también presente bajo otras denominaciones, como la de justicia conmutativa de Santo Tomas de Aquino. Así, por ejemplo, Pantaleón sostiene:

*Pero ocurre que lo único conmutativamente justo es que sea precisamente el culpable de haber causado (o el creador del riesgo permitido pero extraordinario de causar) un daño a otro el que deba compensarle, cabalmente por haberle dañado así (no porque su conducta haya sido más o menos reprochable o ineficiente), y en la medida en que le ha dañado. Pero ocurre, también, que esta forma de razonar es incomprensible desde una filosofía alicortamente utilitarista.*<sup>172</sup>

Aunque el autor español la denomine justicia conmutativa, toca un punto de convergencia para las teorías de la justicia correctiva: la bilateralidad o correlatividad de la relación entre el dañador y la víctima<sup>173</sup>. Bajo cualquier explicación de la responsabilidad extracontractual que se dé desde las teorías de la justicia correctiva lo justo corresponderá con que a quién se le impute la obligación de reparar el daño que sufrió la víctima, sea en verdad el dañador y no cualquier otra persona o la sociedad en general<sup>174</sup>. Adicionalmente, la medida de la reparación deberá determinarse de tal manera que retorne la igualdad de las partes. Carvalho Leal plantea de la siguiente forma la esencia de la justicia correctiva:

Sobre la definición de justicia correctiva y distributiva no hay gran desacuerdo y en la base está siempre, de una u otra manera, el esquema aristotélico. La correctiva atiende nada más que a la relación entre sujetos en particular. Pongamos que los sujetos implicados son únicamente dos, A y B. En un momento temporal determinado, T1, cada uno de esos dos sujetos está en una situación de alguna manera cuantificable. En T1 A tiene  $x$  y B tiene  $y$ . Como consecuencia, de una conducta de A, imputable a A, en un momento considerado T2 se ha producido una alteración o bien de  $x$  (lo que tenía A) o de  $y$  (lo que tenía B). El componente de bilateralidad viene dado por esa imputabilidad a uno de la modificación de lo que tenía el otro.  
(...)

---

<sup>170</sup> PAPAYANNIS, Diego. El derecho privado como cuestión pública. Bogotá: Universidad Externado, 2016. p. 160.

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> PANTALEÓN, Fernando. Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. *Derecho y Humanidades*, (9). (2003). Disponible en: <https://doi:10.5354/0719-2517.2012.21928>, p. 171.

<sup>173</sup> FABRA ZAMORA, Jorge. Estudio introductorio, estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. En Fabra Zamora, Jorge y Bernal Pulido, Carlos (eds). La filosofía de la responsabilidad civil, estudio sobre los fundamentos filosóficos y jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado, 2013. p.93.

<sup>174</sup> Ibid.

---

Sabemos que la justicia correctiva manda considerar la situación anterior a la acción dañosa y prescindiendo de que en términos de justicia distributiva sea esa situación de cada sujeto más o menos justa. Y manda considerarla para restaurarla, en la forma y medida que sea posible. Pero esa restauración, material o por equivalencia (básicamente económica), de la situación previa está sometida a matices inmediatos.<sup>175</sup>

Así las cosas, dos son los puntos clave, comunes a las diversas teorías sobre la justicia correctiva, que nos interesan para entender este tipo de justicia en su interacción con el deber de reparar y del derecho a ser reparado: el primero es la relación de bilateralidad entre el dañador y el dañado, puesto que en la medida en que no sea el dañador el que debe reparar el daño, sino la sociedad u otro individuo en una mejor posición, el deber de reparar ya no se encontrará justificación en la justicia correctiva, sino en la justicia distributiva<sup>176</sup> o en criterios de eficiencia<sup>177</sup>. Cuando existe una correlación entre el dañador, el dañado y la reparación se puede afirmar que el fundamento se encuentra en aspiraciones de justicia correctiva.

Sin embargo, los fundamentos de la compensación y los fundamentos de la responsabilidad se separan cuando quién causo el daño no es quién debe reparar. En tales contextos si la obligación de reparar no se deriva de haber infringido un daño a la víctima, se deberá buscar su justificación en otro lado, como, por ejemplo, en el principio de solidaridad. No obstante, desde el punto de vista de la víctima, en cualquier evento, su derecho a ser reparado no podrá tener otro fundamento que el daño sufrido y la infracción de su derecho a no ser dañado.

El segundo elemento, es la restauración del equilibrio perdido, con el fin de restablecer entre las partes la igualdad (formal) que existía antes de la ocurrencia del daño. Como lo explica Cassagne: “*En principio, todo comportamiento ilegítimo de los órganos del Estado (...) que provoca daños al particular, engendra la obligación de restablecer la igualdad. Esa obligación se lleva a cabo a través de un acto de restitución – principio de justicia conmutativa– que consiste básicamente en la igualación de las cosas (...)*”<sup>178</sup>.

Con ese fin, el derecho de indemnidad de la víctima manda a que esta sea puesta en un estado como si el daño no hubiera ocurrido o a ubicarla en el punto más cercano posible a ese estado. Se trata, entonces, según algunos autores, del restablecimiento del *statu quo* perdido. Así lo exponen Golderberg y Zipursky:

*The payment of compensation is in this sense the doing of justice. The notion of correction here is teleological (the legal system aims to realize some valued state of affairs—the rectification); it is dynamic (something happens over time—an injustice is rectified); and it*

---

<sup>175</sup> CARVALHO LEAL, Virginia. Justicia correctiva y derecho de daños: Jules Coleman, Ernest Weinrib y los fundamentos de la responsabilidad. Universidad de León, 2015. p. 341-342.

<sup>176</sup> FABRA ZAMORA, Jorge. Estudio introductorio, estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. Op. Cit. p. 79.

<sup>177</sup> Al respecto véase las críticas de Papayannis sobre la concepción anuladora de la justicia correctiva. PAPAYANNIS, Diego. El derecho privado como cuestión pública. Op. Cit. p. 121.

<sup>178</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Curso de derecho administrativo, 10° ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 413.

---

*imports the notion of an equilibrium (a state of affairs that once obtained is restored—the plaintiff is returned to the status quo ante).*<sup>179</sup>

### 1.1.2. EL RESTABLECIMIENTO DEL STATU QUO ALITER COMO CONTENIDO DEL PRINCIPIO GENERAL DE LA REPARACIÓN

En materia de responsabilidad extracontractual es posible identificar un principio general de reparación, el cual consiste en la pretensión de devolver a la víctima al estado en el que se hubiere encontrado si el daño no hubiere ocurrido, o cuando menos, al punto más cercano posible<sup>180</sup>. Este principio configura la función resarcitoria de la responsabilidad extracontractual, la cual ha sido considerada tradicionalmente como el eje de esta institución y guarda una íntima relación con la justicia correctiva<sup>181</sup>.

Si se tiene en cuenta que la locución latina *statu quo* significa literalmente “en el estado en que”, o “estado de cosas en un determinado momento”<sup>182</sup>. Se puede afirmar que el principio general de reparación busca el restablecimiento de aquel *statu quo* en el que la víctima se hubiere ubicado sin el acaecimiento del hecho dañoso, o cuando menos al estado más cercano posible.

En ese sentido, con el fin de establecer la reparación del daño causado, es necesario pensar en un mundo hipotético en el que el daño no hubiere sucedido y en como hubieren funcionado las cosas para la víctima en ese entorno. A ese mundo hipotético se le puede denominar *statu quo aliter*<sup>183</sup>. El estado de cosas relevante como estándar de reparación es el *statu quo aliter* y no el *statu quo ante* o el estado de cosas anterior al daño, como varios autores, incluidos algunos ya citados, lo señalan.

Generalmente este equivoco surge de la premisa de que la reparación del daño no puede generar un enriquecimiento para la víctima, sino simplemente la restauración del equilibrio perdido. Razón por la cual se piensa que el *statu quo* determinante para la reparación es el anterior a la ocurrencia del daño. Sin embargo, la preocupación de cómo eran las cosas antes del evento dañoso es importante solo en la medida en que indica hacia qué lugar se encaminaba ese estado de cosas, con el fin de repararlo. En ese sentido, se

---

<sup>179</sup> GOLDBEG, John y ZIPURSKY, Benjamin. Tort law and responsibility. En John Oberdiek (eds) *Philosophical Foundations of the law of torts*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 25.

<sup>180</sup> Esta pretensión, a su vez, se desprende de manera natural del sentido gramatical que se le ha dado al término reparación, el cual según la RAE significa: “desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”.

<sup>181</sup> COHEN PUERTA, Melvin Munir. La responsabilidad civil como derecho preventivo y resarcitorio de daños Op. Cit. p. 133. Así mismo, en el tort law también se plantea la relación entre la función compensatoria o resarcitoria y su relación con la justicia correctiva; al respecto Mark A. Geistfeld señala: To be a form of corrective justice, tort liability must repair the inequality created by a dutyholder’s violation of a correlative tort right. Not only does the compensatory tort right satisfy the requirements of corrective justice, such a tort right is arguably required in order to make corrective justice a conceptually interesting and adequately determinate interpretation of tort law. GEISTFELD, Mark A. *Compensation as a tort norm*. En JOHN OBERDIEK (eds) *Philosophical Foundations of the law of torts*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

<sup>182</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Consultado en <https://dle.rae.es/?id=YUAYDI9>

<sup>183</sup> GARDNER, John. *From personal life to private law*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 164.

---

deberán tener en cuenta las modificaciones sobrevenidas y las que con verosimilitud hubieren podido sobrevenir después del día del evento dañoso. La obligación de reparar el lucro cesante es una muestra de ello. La reparación de un punto estático anterior al daño no tendría en cuenta los dineros que se dejaron de percibir por la ocurrencia del evento dañoso, en tanto que para el estado de cosas anterior al daño estos dineros no entraban aún al patrimonio de la víctima.

Como lo señala Garden, el objetivo de la función resarcitoria de la responsabilidad extracontractual, así como de la justicia correctiva, es poner la vida de la víctima en el curso que tomaba cuando sucedió el daño y no en un punto estático anterior a este:

They aim to put the plaintiff's life back on its previous track, or at any rate to enable the plaintiff to put her life back on the previous track (aliter), even though not necessarily at its previous (ante) position on that track.<sup>184</sup>

Ahora bien, es posible encontrar este principio, en la doctrina extranjera, tanto en el derecho continental europeo como en el *Tort Law* del derecho angloamericano; así como en la doctrina y jurisprudencia colombiana como se expone a continuación.

En el derecho continental europeo, por ejemplo, Guido Alpa sostiene que “el principio constantemente observado en la jurisprudencia italiana es el de poner el patrimonio del damnificado en el mismo estado en el que se habría encontrado *si no hubiese mediado el evento lesivo*”<sup>185</sup>. Esta forma de reparación vincula también el restablecimiento de la víctima de aquello a lo que con certeza hubiese tenido derecho si no se hubiere presentado el hecho dañoso<sup>186</sup>.

García de Enterría y Ramón Fernández señalan que el principio general de reparación era y es muy claro: “*la indemnización debe dejar ‘indemne’ a la víctima del daño injusto, debe procurar una reparación integral del detrimento que dicho daño a supuesto en su patrimonio (...)*”<sup>187</sup>

Así mismo, en el common law también se considera que uno de los roles de la responsabilidad extracontractual, aunque no el único, es el restablecimiento del statu quo<sup>188</sup>. En 1880, en el fallo *Livingstone vs Rawyards Coal Co*, la Cámara de los Lores estableció que la medida de la reparación debía ser esa suma de dinero que pusiera a la parte lesionada en la misma posición en la que habría estado si no hubiere sufrido el daño:

*21.75 The general aim of damages for a tort is to put the claimant into as good a position as he would have been in if no tort had been committed. Lord Blackburn's statement in Livingstone v Rawyards Coal Co, a case concerning trespass to goods, is the most cited authority on this. He said that the measure of damages was: ‘... that sum of money which will put the party who has been injured, or has suffered, in the same position as he would*

---

<sup>184</sup> Ibid., p. 165.

<sup>185</sup> ALPA, Guido. Op. Cit. p. 782.

<sup>186</sup> Ibid., pp. 782 - 784

<sup>187</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Bogotá: Temis, 2008. p. 414.

<sup>188</sup> Oughton, David y Harvey, Barbara. Law of torts: questions & Answers, 8<sup>o</sup>ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 10.

---

*have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation.*<sup>189</sup>

La doctrina y la jurisprudencia nacional han circulado entre la idea de que la reparación debe restablecer el estado anterior al daño, situación asimilable al *statu quo ante*, y la idea de dejar a la víctima en una posición como si el daño nunca hubiera ocurrido, lo que resulta más cercano al *statu quo aliter*. Así, por ejemplo, entre los autores locales que reflejan lo expuesto se encuentran Juan Carlos Henao y Arturo Solarte. El primero sostiene que “la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso”<sup>190</sup>. El segundo sostiene que la reparación solamente puede ser plena, “si a través de ella se coloca al damnificado, con sus particulares circunstancias en las que él se hallaría si el hecho ilícito no hubiera ocurrido”<sup>191</sup>.

La jurisprudencia nacional no es ajena a tales dicotomías, por ejemplo, el Consejo de Estado ha señalado lo que sigue:

Así las cosas, el principal objetivo del derecho de daños consiste en reparar integralmente la afectación padecida por la persona en su vida, integridad o bienes, razón por la que a la hora de valorar la misma es necesario establecer e identificar si es posible que opere la *restitutio in integrum* y, de ser factible, adoptar las medidas deprecadas en la demanda –o que, dependiendo del caso concreto puedan ser decretadas de oficio por el juez– **tendientes a que se restablezca el *statu quo* o estado de cosas anterior a su producción. Es decir, llevar a la víctima de un daño antijurídico a un estado como si no se hubiera producido, o en otros términos remover los efectos negativos que el mismo desencadena.**<sup>192</sup> (Énfasis propio)

El propósito de insistir en que el *statu quo aliter* es el estándar de reparación adecuado deriva de una necesidad de coherencia lógica relacionada con que la víctima pueda obtener la reparación de todo el daño que no le sea imputable. De lo contrario el principio general de reparación avalaría una subreparación de la persona que sufrió el daño, pues el *statu quo ante* como estándar de reparación deja de lado algunos daños futuros que requieren ser reparados, porque precisamente la ocurrencia del evento dañoso pudo haber impedido la consolidación de ciertas posiciones jurídicas; por ejemplo, que entraran al patrimonio de la víctima determinadas sumas de dinero.

Por otra parte, es importante precisar que el restablecimiento de la víctima al *statu quo aliter*, tiene la forma de un principio, es decir, se trata, siguiendo a Alexy, de un mandato de optimización<sup>193</sup>. El autor alemán plantea que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible. Son en ese sentido mandatos de

---

<sup>189</sup> BURROWS, Andrew. *English Private Law*. 3<sup>o</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1260.

<sup>190</sup> HENAO, Juan Carlos. *El daño*. Op. Cit. p. 45.

<sup>191</sup> SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*. En *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2009. p. 136.

<sup>192</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 19 de febrero de 2018. Rad. 05001233100020080159901(48738)A. C.P. María Adriana Marín.

<sup>193</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993. p. 86.



---

optimización que pueden ser satisfechos en diferentes grados dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas.

El hecho de que un principio sea aplicable a un caso en concreto no quiere decir que aquello que el principio exige se convierta en el resultado definitivo, lo cual no supone una excepción o la invalidez de tal norma.

Por su parte, Dworkin considera los principios como estándares que han de observarse, porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad<sup>194</sup>. Bajo esa mirada, el *statu quo aliter* es un estándar para la función reparadora de la responsabilidad extracontractual y una exigencia de la justicia correctiva.

Como principio, el restablecimiento del *statu quo aliter* no sigue el juego de todo o nada de las reglas, sino que tiene diversos grados de satisfacción. Si no es posible fácticamente llevar a la víctima al estado en el que se hubiere encontrado si no hubiere acaecido el hecho dañoso, es decir, no resulta posible restablecer plenamente el *statu quo* que la víctima perdió, no puede con ello afirmarse que no es posible la aplicación del principio, pues este todavía puede satisfacerse de otras maneras y en grados distintos. Así pues, ante la imposibilidad mencionada, la reparación deberá llevar a la víctima al punto más cercano posible al *statu quo aliter* y para ello podrá servirse de todos los mecanismos de reparación a su alcance, incluida la compensación o indemnización.

Bien lo explica Honore:

*(...) indemnizar a su turno, significa hacer algo convencionalmente considerado un acto de restablecimiento de la víctima a la posición de indemnidad. "indemnizar" es utilizado incluyendo lo que fuera que pudiese hacer para reponer la pérdida cuando la operación no es literalmente posible; aquello que pueda contar como indemnización es, sobre todo, una cuestión de convención. Nada en la idea de justicia correctiva exige que la indemnización sea en dinero. A pesar de que en el derecho de la responsabilidad extracontractual casi siempre toma esa forma, fuera de él varias formas de provisión sustitutivas en especie o servicios son consideradas formas adecuadas de rectificar el daño de la víctima.*<sup>195</sup>

Así, la indemnización no niega el principio, sino que busca materializarlo en la medida de lo posible. Se trata, en ese sentido, de una forma de realizar la justicia correctiva. Es posible concluir, entonces, que siempre existe una aspiración de reparación plena y proporcional al daño sufrido por la víctima y que el hecho de que el restablecimiento efectivo de *statu quo aliter* no siempre sea literal no implica la renuncia a reparar el daño sufrido por la víctima en la mayor medida de las posibilidades, ni tampoco puede considerarse una negación del principio.

En este punto, para quien escribe estas líneas, es posible considerar que a aquel mandato de devolver a la víctima al estado en el que se hubiere encontrado de no haber acaecido el

---

<sup>194</sup> DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Madrid: Editorial Ariel. p. 72.

<sup>195</sup> HONORÉ, Anthony. La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. En FABRA ZAMORA, Jorge y BERNAL PULIDO, Carlos (eds). La filosofía de la responsabilidad civil, estudio sobre los fundamentos filosóficos y jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado, 2013. p. 131- 132.

---

daño puede denominarse principio de la restitutio in integrum<sup>196</sup>. La locución latina tiene un uso extendido y significa reparación completa o poner a la víctima en un estado como si el daño no hubiera aecido:

*(...) restitutio in integrum as the regulative ideal for their assessment. It is the ideal of 'making the plaintiff whole', making it as if, for her, the defendant's tort or breach of contract had never been committed.*<sup>197</sup>

En todo caso, el uso del término restitutio in integrum no está libre de discusiones. La Corte IDH en varias de sus sentencias, entre ellas, en el Caso Blake Vs. Guatemala se refiere a la restitutio in integrum como una forma de reparación:

*"42. La regla de la restitutio in integrum se refiere a una de las formas de reparación de un acto ilícito internacional (cfr. Usine de Chorzów, fond, supra 33, p. 48), pero no es la única modalidad de reparación, porque puede haber casos en que la restitutio no sea posible, suficiente o adecuada. La indemnización corresponde en primer término a los perjuicios sufridos por la parte lesionada, y comprende, como esta Corte ha expresado anteriormente, tanto el daño material como el moral".*

Las otras formas o modalidades de reparación según la Corte IDH serán las pecuniarias, de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición<sup>198</sup>. Al respecto, la doctrina ha encontrado que en los casos en los que la restituo in integrum ha tenido lugar como forma de reparación, la Corte IDH ha dictado las siguientes medidas: "(a) liberar personas que habían sido privadas de su libertad por el Estado infractor; (b) restituir a funcionarios en sus cargos públicos; (c) dejar sin efecto condenas penales y la cancelación de los antecedentes de naturaleza penal de las víctimas en registros públicos; (d) dejar sin efecto sanciones civiles accesorias a condenas penales; (e) proteger personas desplazadas en contextos de conflictos internos; (f) restituir bienes incautados por el Estado; y (g) permitir el retorno y delimitación de las tierras ancestrales de pueblos indígenas"<sup>199</sup>.

No se comparte tal interpretación de la Corte IDH sobre la naturaleza de la restitutio in integrum, por cuanto la confunde con la reparación in natura o medidas de restitución y con la cesación del evento dañoso. Los ejemplos que nos brinda la doctrina dan cuenta de

---

<sup>196</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. sentencia del 29 de agosto de 2012. Rad. 73001233100019990248901 (24779). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>197</sup> GARDNER, John. Op. Cit. p. 164.

<sup>198</sup> "307. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. De acuerdo al caso, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación; las medidas pecuniarias, de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición pueden tener especial relevancia por los daños ocasionados. Las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como relación con las medidas solicitadas". Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400. Praf. 307.

<sup>199</sup> CANDIA, Gonzalo. Restitutio in integrum. Revista Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad, N° 9, octubre 2015 – marzo 2016. Universidad Carlos III de Madrid. pp. 240-248. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/issue/view/442>

---

ello, pues son típicos casos en los que a través de medidas de dar o hacer se busca restablecer a la víctima a las condiciones en las que se encontraba antes de que le aconteciera el daño (*restituir bienes incautados por el Estado, delimitación de las tierras ancestrales de pueblos indígenas, etc.*) o se trata de medidas que buscan interrumpir el daño mismo (*liberar personas que habían sido privadas de su libertad por el Estado infractor, dejar sin efecto sanciones civiles accesorias a condenas penales, etc.*). Aún bajo el supuesto de que se aceptase a la *restitutio in integrum* como forma de reparación, no se entiende que acciones podrían llevarse a cabo que no impliquen necesariamente medidas indemnizatorias, restitutorias o de reparación *in natura*, de rehabilitación, satisfacción o cesación del evento dañoso, lo cual mina su autonomía como forma o modalidad de reparación.

Por esta razón, parece más adecuada la interpretación que la Corte IDH dio sobre la *restitutio in integrum* en sus primeras sentencias, en tanto asimilaba tal concepto a un estándar de reparación. Por ejemplo, en el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, en sentencia de Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, la Corte IDH sostuvo lo siguiente:

*26. La interpretación de una sentencia implica no sólo la precisión del texto de los puntos resolutive del fallo, sino también la determinación del alcance, el sentido y la finalidad de la resolución, de acuerdo con las consideraciones de la misma. Este ha sido el criterio de la jurisprudencia internacional (vgr. Eur. Court H.R., Ringeisen case (Interpretation of the judgment of 22 June 1972), judgment of 23 June 1973, Series A, Vol. 16).*

*27. La indemnización que se debe a las víctimas o a sus familiares en los términos del artículo 63.1 de la Convención, debe estar orientada a procurar la restitutio in integrum de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos. El desiderátum es la restitución total de la situación lesionada, lo cual, lamentablemente, es a menudo imposible, dada la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados, tal como ocurre en el caso presente. En esos supuestos, es procedente acordar el pago de una “justa indemnización” en términos lo suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida<sup>200</sup>.*

Por lo expuesto, se insiste en que es posible asociar el principio general de reparación que campea en la responsabilidad extracontractual del Estado con la noción de *restitutio in integrum* y que ese principio propende por la restablecer a la víctima a su *statu quo aliter*.

En síntesis, puede afirmarse que tal principio general de reparación es un producto de las exigencias de la justicia correctiva. Teniendo en cuenta su naturaleza de mandato de optimización, su satisfacción dependerá de las posibilidades fácticas y jurídicas; siendo el efectivo retorno de la víctima al *statu quo aliter* el grado máximo de realización. No obstante, cuando ello no sea posible, el principio se cumple llevando a la víctima al punto más cercano posible, a través del uso de diversas formas de reparación, incluida, por supuesto, la indemnización pecuniaria.

## 1.2. LA REPARACIÓN INTEGRAL

---

<sup>200</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C No. 9. Párrafo 26- 27.

---

Teniendo en cuenta que el principio general de reparación o *restitutio in integrum*, elemento clave de la función resarcitoria de la responsabilidad extracontractual, tiene como fin reparar de manera completa el daño, restaurando el equilibrio y devolviendo a la víctima lo que ha perdido, es decir, poniendo a la víctima en el estado en el que se hubiere encontrado de no haber sufrido el daño, es válido preguntarse de qué manera se relaciona tal principio general con la noción de reparación integral.

Al respecto es posible afirmar que el término *reparación integral* ha sido usado para referirse a distintos fenómenos, algunos de los cuales pueden contradecirse entre sí, estableciendo distintas relaciones con el principio general de reparación. Así, se ha hecho referencia a la reparación integral como principio, como regla, como forma de reparación o como derecho.

### 1.2.1. LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO PRINCIPIO

Como principio, la reparación integral no se aparta del principio general de reparación ya expuesto o *restitutio in integrum*, dado que hace referencia a una reparación total<sup>201</sup>; a la exigencia de que todo el daño sea reparado y que la víctima sea puesta en una situación como si el daño no se hubiere producido<sup>202</sup>.

En Colombia se empieza a hablar de la reparación integral en 1997 cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado profiere una sentencia que señala la necesidad de que la reparación del daño sea integral<sup>203</sup>: posteriormente, en julio 1998 se expide la Ley 446, cuyo artículo 16 consagra la reparación integral como un principio que debe guiar la valoración de daños en todos los procesos que se adelanta contra la administración<sup>204</sup>. El 16 de julio de ese mismo año, la Sección Tercera del Consejo de Estado emite una sentencia en la que habla del principio de reparación integral como aquel que debe presidir toda indemnización de perjuicios<sup>205</sup>.

No obstante, como lo señala Gil<sup>206</sup> el principio de reparación integral es un “supuesto de coherencia lógico y empírico pues si la reparación no coincide con el daño simple y llanamente la ecuación del equilibrio no corresponde”. Razón por la cual puede predicarse la existencia del principio de reparación integral en el espíritu del artículo 2341 de Código Civil<sup>207</sup>.

---

<sup>201</sup> GUERRA MORENO, Débora Luz. Reparación integral: la justicia restaurativa como tendencia de la reparación directa en Colombia. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2015. p. 72.

<sup>202</sup> CORTÉS, Edgar. Op. Cit. p. 62.

<sup>203</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. Rad. 10421. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>204</sup> “ARTÍCULO 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

<sup>205</sup> Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 16 de julio de 1998. Rad. 10652. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>206</sup> GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado, Op. Cit. Pag 150.

<sup>207</sup> “ARTICULO 2341. <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 culpa o el delito cometido”.

---

Por otra parte, dentro del sistema interamericano de derechos humanos se habla, de un principio a la reparación justa o una reparación adecuada. En sus primeras sentencias, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras y Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, la Corte IDH señaló que es un principio del Derecho Internacional que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Posteriormente, de manera reiterada ha mencionado que ese principio general de reparación fue recogido en el numeral 1 del artículo 63 de la Convención Americana:

Sobre la base del artículo 63.1 de la Convención, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta **el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado**. Además, la Corte ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas y los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.<sup>208</sup> (Énfasis propio)

Ahora bien, debe entenderse que la reparación integral, como mandato de optimización, al buscar el restablecimiento de un estado de cosas perdido, busca, por consiguiente, el restablecimiento de los derechos conculcados a la víctima<sup>209</sup>, en la medida de las posibilidades<sup>210</sup>.

### 1.2.2. LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO REGLA

Robert Alexy señala que las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si no se hace lo que la norma determina, podrá señalarse que esta no se cumple, no es aplicable o que se ha introducido una cláusula de excepción, lo que debilita su carácter definitivo<sup>211</sup>.

En ese sentido, algún sector de la doctrina ha entendido, que el postulado de devolver a la víctima a un estado como si nunca hubiere ocurrido el daño es una regla y en la medida

---

<sup>208</sup> Corte IDH. Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374. Parf. 147.

<sup>209</sup> KEREN-PAZ, Tsachi. La concepción de la Justicia en el derecho de daños según *riesgos y daños*: ¿Demasiado o muy poco? En Papayannis, Diego (ed.). Derecho de daños, principios morales y justicia social. Madrid: Marcial Pons. p 143.

<sup>210</sup> Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente: “*la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado*”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Rad. 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido véase Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Párrafo 179. Y Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39. Párrafo: “178. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. 179. Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte debe disponer que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertades conculcados”.

<sup>211</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 99.

---

en que no sea posible cumplirlo al pie de la letra, se considera que no es aplicable al caso en concreto. Se trata de una malinterpretación del carácter normativo de principio que se le ha otorgado a la reparación integral, al considerar que no resulta aplicable en aquellos casos en los que las condiciones fácticas y jurídicas no permiten el máximo de su realización.

Así, por ejemplo, Vistini señala que del principio de reparación integral se deriva la distinción entre daño resarcible e indemnización, por cuanto esta última constituye una “reparación no integral”<sup>212</sup>. Para la autora, entonces, la reparación integral solamente es posible cuando procede la reparación in natura o en especie, es decir, solo es aplicable en la reparación de daños patrimoniales y no en la reparación de los daños sin contenido o subrogado económico<sup>213</sup>.

De igual forma, para Solarte Rodríguez<sup>214</sup> la reparación integral solamente opera frente a daños patrimoniales. Sostiene el autor colombiano que cuando el daño genera una afectación al patrimonio de la víctima, es posible reconstruirlo a partir de reparaciones in natura o mediante la entrega del equivalente pecuniario. Mientras que es imposible construir los bienes de la personalidad o de la esfera espiritual afectados por el daño, al igual que resulta complejo fijar el quantum de la respectiva reparación en dinero.

Según expone el mencionado autor, el anterior solamente es uno de las limitaciones o excepciones al principio de reparación integral, dado que este también puede verse limitado por las tarifas o baremos indemnizatorios, así como por el establecimiento de límites legales o convencionales (cláusulas que limitan la responsabilidad)<sup>215</sup>.

Por lo expuesto, Solarte Rodríguez concluye que al principio de reparación integral resultaría más benévolo denominarlo “criterio”, “regla”, “pauta” o “instrumento”<sup>216</sup>.

Parece, entonces, que la lógica circular detrás de esas afirmaciones es la siguiente: desconocer las implicaciones que tiene la naturaleza de principio de la reparación integral, darle a su vez un tratamiento de regla y no de principio, con el fin de concluir que se trata más bien de una regla y no de un principio.

Este planteamiento no se comparte, toda vez que a pesar de que existan limitaciones fácticas o jurídicas en el restablecimiento de la víctima al estado en el cual se hubiere encontrado de no haber sufrido el daño, esto no libera al agente del daño de la obligación de reparar a la víctima, así como la reparación no pierde el objetivo de restablecer el equilibrio roto, ni tampoco se pregona la pérdida de la necesidad de que la reparación sea

---

<sup>212</sup> VISINTINI, Giovanna. ¿Qué es la responsabilidad civil?: fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual. Bogotá: Universidad Externado, 2015, p. 292.

<sup>213</sup> Ibid., p. 292 a 294.

<sup>214</sup> SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. Op. cit. p. 138 – 147.

<sup>215</sup> Véase también: VINEY, Genevieve. Tratado de derecho civil, introducción a la responsabilidad. Bogotá: Universidad Externado, 2007. p. 83. “se admite en derecho positivo que el principio de ‘reparación integral no es de la esencia de la responsabilidad, de tal suerte que puede en algunos casos, ser descartado por las cláusulas limitativas o cláusulas penal aceptadas antes de que sobrevenga el daño, y que continuamente es continuamente descartado en realidad por transacciones ocurridas después de éste”.

<sup>216</sup> Ibid., p. 146.

---

proporcional al daño sufrido. No se renuncia, en consecuencia, a la aspiración de una reparación total.

Por estas razones no puede afirmarse que se siga el juego de una regla, es decir, de todo o nada o de se aplica o no se aplica. Siempre se deberá propender por que la reparación guarde relación con el daño sufrido de tal manera que se restaure, en la medida de las posibilidades, la igualdad o el equilibrio perdido. Aún en aquellos eventos en los que el restablecimiento del *statu quo aliter* no sea posible, se deberá llevar a la víctima al punto más cercano posible a ese estado de cosas perdido.

De la siguiente manera lo expone la Corte IDH en el caso Cantoral Benavides Vs. Perú:

*Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.*<sup>217</sup> (Énfasis propio)

En ese sentido, la función resarcitoria, guiada por el principio general de reparación y fundada en la justicia correctiva, no queda invalidada ante la imposibilidad fáctica o jurídica de restablecer efectivamente el *statu quo aliter*. Adicionalmente, ese tipo de estado de cosas constituye un estándar que guía la decisión judicial y que en cierta medida evita la arbitrariedad del juez, puesto que no puede desprenderse de ese *statu quo* como parámetro, dado que entonces no habría reparo para que por medio de la reparación se generara un enriquecimiento o un empobrecimiento injusto para la víctima. En esa medida el *statu quo aliter* es en términos de Alexi una razón básica para un juicio concreto de deber ser<sup>218</sup>, o como lo afirma Dworkin, una exigencia de justicia<sup>219</sup>, más concretamente de justicia correctiva.

### 1.2.3. LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO METODOLOGÍA

A su vez, la reparación integral puede ser entendida como una forma de llevar a cabo la reparación, la cual vincula tanto medidas de reparación pecuniarias como no pecuniarias. Bajo esta concepción, la reparación integral es la metodología que se usa para llevar a cabo el principio general de reparación e “(...) impone considerar más que las simples

---

<sup>217</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88. Paráf. 53.

<sup>218</sup> ALEXI, Robert. Op. cit. p. 102.

<sup>219</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 72.

---

*proyecciones patrimoniales o materiales del hecho ilícito, es decir, tomar a la persona de la víctima como una compleja realidad biológica, social y espiritual”<sup>220</sup>*

Así, por ejemplo, la Corte IDH en el caso López Lone Y Otros Vs. Honduras señaló que para llevar a cabo la reparación integral es necesario el otorgamiento de diversas medidas de reparación, además de las tradicionales medidas de compensación pecuniaria:

*La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.<sup>221</sup> (Énfasis propio)*

Lo anterior es una manifestación de la necesidad de superar el dogma de la compensación en dinero que ha predominado en la reparación del daño. En ese sentido, si se concibe a la reparación integral como una forma de reparación del daño que vincula múltiples medidas de reparación, es posible afirmar que la integralidad de la reparación se haya en el uso de formas pecuniaria y no pecuniarias, especialmente estas últimas, con el fin de que logren una mejor restauración de los derechos conculcados a las víctimas y su vuelta al punto más cercano posible al estado en que se hubieren encontrado de no haber padecido el daño.

En ese sentido, se pronunció el Juez Cancado Trínidade en su voto razonado en el caso de Niños de la Calle Vs Guatemala:

Hay, a mi juicio, que enfocar toda la temática de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas, desestimando cualquier intento de mercantilización – y consecuente trivialización – de dichas reparaciones. No se trata de negar importancia de las indemnizaciones, sino más bien de advertir para los riesgos de *reducir* la amplia gama de las reparaciones a simples indemnizaciones. No es mera casualidad que la doctrina jurídica contemporánea viene intentando divisar distintas *formas* de reparación – *inter alia*, *restitutio in integrum*, satisfacción, indemnizaciones, garantías de no-repetición de los hechos lesivos – *desde las perspectiva(sic) de las víctimas*, de modo a atender sus necesidades y reivindicaciones, y buscar su plena rehabilitación.

(...)

En nada me convence la "lógica" – o más bien, la falta de lógica – del *homo economicus* de nuestros días, para quien, en medio a la nueva idolatría del dios-mercado, todo se reduce a la fijación de compensación en forma de montos de indemnizaciones, dado que en su óptica las propias relaciones humanas se han – lamentablemente – mercantilizado.

---

<sup>220</sup> KOTEICH KHATIB, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Bogotá: Universidad Externado, 2012. p. 18.

<sup>221</sup> Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párrafo 287. Véase también, Corte IDH. Caso Noguera y otra Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401. Párrafo 88.



---

En definitiva, a la integralidad de la personalidad de la víctima corresponde una reparación *integral* por los perjuicios sufridos, la cual no se reduce en absoluto a las reparaciones por daño material y moral<sup>222</sup> (indemnizaciones).

Bajo estos postulados, la reparación debe ser integral no solo porque debe propender por el restablecimiento del statu quo aliter, sino también porque debe atender a la integralidad de la persona y en ese sentido no puede reducirse a la reparación meramente económica.

Esta posición ha sido expresada en algunas ocasiones por Consejo de Estado cuando ha considerado que el contenido del principio de reparación está determinado por las formas específicas en que este se lleva a cabo. Retomando entre estas las ya expuestas por la corte IDH (sustitución, cesación del hecho dañoso, rehabilitación, satisfacción, entre otras) y algunas formas de reparación estipuladas en normas nacionales, como la Ley 975 de 2005<sup>223</sup>.

Esta forma de entender la reparación integral ha tenido gran repercusión en la jurisprudencia nacional, generando una transformación de las formas como se había venido reparando tradicionalmente el daño en nuestro país.

Este cambio puede considerarse como la forma más adecuada de entender la integralidad de la reparación. Esto debido a que como principio la expresión *reparación integral* resulta tautológica, pues como ya hemos visto está en la esencia de toda reparación su pretensión de devolver a la víctima, en la medida de las posibilidades, al estado de cosas en el que se hubiere encontrado de no haber sufrido el daño, o al punto más cercano posible, esto es una pretensión de plenitud y de proporcionalidad con el daño sufrido; en otras palabras, de integralidad. Sin embargo, como metodología, el enunciado *reparación integral* adquiere una dimensión propia, resaltando la importancia de las medidas no pecuniarias de reparación. Convirtiéndose, de ese modo, en un punto de quiebre para el dogma indemnizatorio pecuniario.

Como principio la reparación integral significa una reiteración de principio general de reparación o restituo in integrum, pero como forma de reparar amplía el espectro con el fin de cumplir en su máximo posible, con aquel mandato de optimización que significa la reparación integral como principio.

#### 1.2.4. LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La reparación integral ha sido considerada por la Corte Constitucional colombiana como un derecho fundamental para las víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el marco del conflicto armado. En sentencia SU-254 de 2013 esa corporación manifestó que las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia, la reparación y a la no repetición. El derecho a la reparación es en palabras de esa corporación un derecho fundamental que “1) busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han vulnerado sus

---

<sup>222</sup> Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.parrfo 28.

<sup>223</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 4 de mayo de 2011. Rad. 76001-23-25-000-1996-02231-01(19355) (22231, 22289 y 22528 Acumulados). C. P. Enrique Gil Botero.

---

*derechos constitucionales; y 2) por tratarse de un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición”<sup>224</sup>. Adicionalmente, afirma el tribunal constitucional colombiano que su clasificación como derecho fundamental permite que pueda ser amparado por vía de tutela.*

En sentencia C-753 de 2013, la Corte Constitucional señaló que el derecho fundamental a la reparación integral se concretiza en las diferentes medidas de reparación y que su objetivo no es el de llevar a las víctimas al estado en el que se hubiere encontrado de no haber ocurrido el daño; tal planteamiento es desechado por el tribunal constitucional ante las imposibilidades fácticas. Enfoca, entonces, la reparación en aliviar el sufrimiento de las víctimas y a restablecer sus derechos. Paradójicamente, aunque descarta el parámetro de la restitutio in integrum, no deja de lado la pretensión de plenitud de la reparación como a continuación se muestra:

*6.3.2. Tal y como se señaló arriba, el objetivo primordial de la reparación consiste en restituir integralmente los derechos de las víctimas devolviéndolas a la situación anterior a la violación de derechos. Al ser en muchos casos imposible la restitutio in integrum, la experiencia comparada y los instrumentos y principios internacionales en esta materia, han concluido que si bien es imposible compensar completamente el daño sufrido y las pérdidas materiales y emocionales, es posible aliviar en parte el sufrimiento de las víctimas a través de una serie de medidas encaminadas a restablecer sus derechos. Estas medidas son la indemnización, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición. Cada uno de estos componentes ha de ser garantizado para que se promueva la real y efectiva reparación plena de las víctimas. Dicho de otro modo, si estas medidas se aseguran aisladamente, sin confluir y articularse de modo adecuado, no se considera satisfecho el derecho fundamental a la reparación integral<sup>225</sup>.*

#### 1.2.5. BALANCE DE LA REPARACIÓN INTEGRAL

Como se observó, pueden existir diferentes entendimientos de lo que es la reparación integral, no necesariamente todos riñen entre sí; es posible armonizar la mayoría de ellos, salvo la concepción de si a la reparación integral se le debe dar el tratamiento de un principio o de una regla.

Sobre este asunto, la posición mayoritaria, incluido el legislador colombiano, señala que a la reparación integral se le ha dado categoría de principio. Incluso puede afirmarse que existe cierto consenso sobre su contenido: devolver a la víctima al estado en el que se hubiese encontrado si no hubiere ocurrido el evento dañoso.

Sin embargo, la confusión se genera porque se ha querido darle un tratamiento de regla a ese mandato de optimización. Considera algún sector que cuando no es posible el grado máximo de satisfacción de principio, esto es la vuelta de víctima al statu quo aliter, significa ello que se trata de una excepción a su aplicación, lo que mina su validez y

---

<sup>224</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-753 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>225</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-753 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

---

efectividad. Los autores llegan a estas conclusiones porque aplican al mencionado principio un juego todo o nada o de se aplica o no se aplica, propio de las reglas.

Como mandato de optimización la reparación integral sirve de parámetro para lograr la mayor reparación posible, esto es, un guía para llevar a la víctima lo más cerca posible de aquella situación en la que se hubiere encontrado de no haber acaecido el daño.

Ahora bien, como ya se mencionó, la reparación integral como principio en nada se diferencia del principio general de reparación o *restitutio in integrum*, lo cual no resulta extraño en nuestro ordenamiento jurídico pues su esencia puede encontrarse en las normas del Código Civil. Sin embargo, existe un impacto claro en la realidad jurídica cuando se observa que la reparación integral como metodología de reparación propició el abandono del paradigma indemnizatorio pecuniario por parte del Consejo de Estado, tal como se verá en el siguiente acápite.

Finalmente, colocar a la reparación integral en la posición de un derecho fundamental no representa ninguna tensión con la naturaleza de principio. No obstante; no se comparte el planteamiento citado de la Corte Constitucional sobre el contenido del derecho, por cuanto contradice el principio general de reparación integral al señalar que no es la *restitutio in integrum* el estándar a seguir, aunque plantea de todas formas una pretensión de restitución plena.

Adicionalmente, debe anotarse que la condición de reparación integral como derecho fundamental y la posibilidad de exigirla por vía de acción tutela, presenta superposiciones sobre el rango de acción del medio de control de reparación directa, acción tradicional para reclamar la reparación frente al daño sufrido por el Estado.

### 1.3. LA REPARACIÓN INTEGRAL PRODUCTO DEL PROCESO DE CONVENCIONALIZACIÓN

La adopción, por parte del Consejo de Estado, de medidas de reparación diferentes a la indemnización pecuniaria tiene una marcada influencia de las condenas contra Colombia en el Sistema IPDH. Específicamente los pronunciamientos de la Corte IDH sobre la acción de reparación directa como recurso efectivo para la reparación de violaciones de derechos humanos vulnerados.

Hasta la fecha la Corte IDH ha proferido 24 sentencias de fondo sobre Colombia. Aunque no en todas se ha detenido a analizar la pertinencia del recurso interno, en aquellas que sí lo ha hecho, el tribunal internacional ha concluido que la acción de reparación directa no es un mecanismo efectivo ni adecuado para la reparación de violaciones de derechos humanos toda vez que en los casos examinados las reparaciones internas se han restringido al ámbito pecuniario.

Las consideraciones expuestas por la Corte IDH en los casos de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Masacre de la Rochela

---

vs Colombia y Masacres de Ituango Vs. Colombia determinaron el cambio jurisprudencial del Consejo de Estado en 2007. Particularmente en el último caso mencionado, el tribunal internacional mencionó lo siguiente, por su importancia se cita in extenso:

*341. Una reparación adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición. Recursos como la acción de reparación directa o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando está de por medio un acto administrativo que pueda producir daños, tiene unos alcances mínimos y unas condiciones de acceso no apropiadas para los fines de reparación que la Convención Americana establece. Como bien fue precisado por los peritos Rodrigo Uprimny y Torres Corredor (supra párr. 111.d.1 y 111.d.2), es la producción de un daño antijurídico y no la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de estándares y obligaciones en materia de derechos humanos lo que decreta en su sentencia una autoridad judicial en lo contencioso administrativo. En cuanto a los alcances de la sentencia, la jurisdicción contenciosa administrativa no puede mas(sic) que, una vez advertido el daño, decretar la indemnización económica como fórmula única de reparación.*

*342. Los dos peritos que comparecieron ante la Corte coincidieron en destacar las limitaciones dadas por la morosidad y congestiones procesales en el proceso contencioso administrativo. El perito ofrecido por el Estado señaló que en primera instancia un trámite podría durar en promedio de 3 a 5 años y en segunda instancia de 4 a 8 años (supra párr. 111.e.1). Otros límites a un verdadero acceso a la justicia en el caso de la acción de reparación directa es que ésta es de naturaleza rogada, es decir debe ser presentada por medio de abogado, los términos ineluctables de caducidad son dos años, así como la falta de tribunales contenciosos administrativos en todas las áreas geográficas del país.*

*343. En el presente caso, no obstante, la Corte valora algunos de los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial, los cuales tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes, a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.*

*344. La Corte concluye que los procesos y procedimientos internos no han constituido recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia y de toda la verdad de los hechos, la investigación y sanción de los responsables y la reparación de las consecuencias de las violaciones. Por ende, el Estado es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de todas las personas cuyos derechos fueron vulnerados, y no se les garantizó el pleno acceso a la justicia, quienes se encuentran señaladas en los párrafos 72, 138, 168, 200, 235, 248, 265, 269, 276 y 279 de la presente Sentencia.<sup>226</sup>*

Ante los distintos reparos transcritos, el Consejo de Estado decidió dar un giro en la forma como se venía reparando el daño, abandonando la indemnización meramente pecuniaria y abriendo el camino para formas de reparar más diversas e integrales.

Como se señaló, desde 1997 se venía hablando de reparación integral en las sentencias del Consejo de Estado colombiano. Sin embargo, el uso de este término estaba restringido a establecer una noción de exacta relación económica entre el daño sufrido y la reparación

---

<sup>226</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

---

o compensación dictada por el juez administrativo. De ahí que se utilizara principalmente para justificar la tasación monetaria de los rubros a indemnizar tanto en materia contractual<sup>227</sup> como extracontractual<sup>228</sup>.

Durante el primer semestre de 2007, el Consejo de Estado empieza a incluir dentro de su argumentación las consideraciones de la Corte IDH<sup>229</sup> y para finales de ese año se generaría un viraje en el concepto y alcance de la reparación integral.

El 19 de octubre de 2007, con ponencia de Enrique Gil Botero, el Consejo de Estado profiere una de las primeras sentencias de reparación directa en la que se analiza el contenido de la reparación integral, reconociendo a su vez la influencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos y la necesaria aplicación de medidas de reparación distinta a la pecuniaria para la reparación de derechos fundamentales o que hagan parte del DIDH.

En aquella oportunidad, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo estableció que si el daño recaía sobre un derecho catalogado como derecho humano a la luz de las normas nacionales o internacionales las medidas de reparación debían ser las de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, a las cuales denomina medidas de justicia restaurativa; mientras que si se el daño afectaba un bien jurídico distinto de los anteriores no resultaban necesarias ese tipo de formas de reparación:

- “Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento.
- “No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa”.

La razón de ser de esta distinción a juicio de Consejo de Estado se haya en que la reparación de un derecho humano vulnerado supone, “no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de

---

<sup>227</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2000. Rad. 10442. C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>228</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 73001-23-31-000-1995-02809-01(13558). C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>229</sup> Un primer intento lo constituye la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 16 de agosto de 2007, rad. 41001-23-31-000-1993-07585-01(30114). C.P. Ramiro Saavedra Becerra: “*La reparación de los daños que comprende la lesión a los derechos humanos, no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica (...). Al respecto es importante tener en cuenta que una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo, pues en ella se deben incluir los bienes jurídicos -como es el caso de la dignidad y los derechos humanos- que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas*”.

---

medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos”<sup>230</sup>.

Posteriormente, de manera un tanto confusa el Consejo de Estado manifestaría que las medidas de reparación alternativas a la indemnización pecuniaria también son procedentes ante la afectación de bienes diferentes a los derechos humanos, siempre que con ello se busque restablecer el núcleo esencial o la dimensión objetiva de del derecho humano vulnerado:

Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.<sup>231</sup>

En 2011, esa corporación precisaría que las medidas de reparación no pecuniarias podían ser dictadas de oficio en casos donde el daño provenga de la vulneración *grave* de un derecho humano o de una *afectación significativa* a derecho fundamental; mientras que cuando la vulneración no comprometía un derecho fundamental o un derecho humano las reparaciones no pecuniarias eran posibles a solicitud de parte, siempre que fueren idóneas para reparar el daño concreto.

*Es posible señalar, en relación con el principio de reparación integral, que este no sólo comprende los casos de graves violaciones de derechos humanos sino cualquier asunto en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado. No obstante, en los casos en los que no esté de por medio una grave violación a derechos humanos, o la vulneración flagrante de un derecho fundamental –en su dimensión subjetiva u objetiva–, la Sala se encuentra limitada por los principios de congruencia y de no reformatio in pejus; por lo tanto, en estos eventos la parte actora podrá solicitar en la demanda cualquier tipo de medida relacionada con: la restitutio in integrum del daño; medidas de satisfacción; indemnización plena de perjuicios; la rehabilitación, y garantías de no repetición, pero no podrán ser decretadas medidas o pretensiones de oficio.*

*Por el contrario, en los supuestos en que el daño antijurídico tiene su génesis en la grave violación a derechos humanos o al flagrante desconocimiento de derechos fundamentales –pero principalmente en el primer escenario– el Juez de lo Contencioso Administrativo podrá decretar todo tipo de medidas encaminadas a la restitución de las garantías mínimas afectadas.*<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2007. Rad. 05001233100019980229001(29273)A. C.P. Enrique Gil Botero. Este primer pronunciamiento parece sugerir que el restablecimiento del derecho vulnerado no hace parte del resarcimiento de los daños y los perjuicios, pero que dada la naturaleza del bien jurídico vulnerado es necesario restablecer su núcleo esencial. Se trata de una separación conceptual que tiene un arraigado fundamento en el paradigma pecuniario de reparación del daño. Esta confusión se reitera en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 3 de diciembre de 2014. Rad. 73001-23-31-000-2003-01736-01(35413). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>231</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Rad. 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). C.P.: Enrique Gil Botero.

<sup>232</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 4 de mayo de 2011. Rad. 76001-23-25-000-1996-02231-01(19355) (22231, 22289 y 22528 Acumulados). C. P. Enrique Gil Botero.

---

Finalmente, en 2014, se unificaría la jurisprudencia en materia de medidas no pecuniarias para la reparación de afectaciones a derechos fundamentales o derechos humanos. En aquella oportunidad el Consejo de Estado planteó lo siguiente:

*En esa medida, siguiendo esta directriz internacional, que ha sido introducida en el ordenamiento jurídico y unificada en esta sentencia, todo abuso o desbordamiento arbitrario del poder público que vulnere los derechos de los asociados y se materialice en daños antijurídicos genera un deber para el Estado de (i) restituir; (ii) indemnizar; (iii) rehabilitar; (iv) satisfacer y (v) adoptar garantías de no repetición.*

(...)

*15.5.3. Estas formas de reparación que se unifican en la presente sentencia son consonantes con las obligaciones estipuladas por el artículo 63.1 de la Convención Americana, cuyo texto reconoce el derecho a “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Así, la jurisprudencia internacional ha entendido que la obligación de reparar comprende la reparación patrimonial y la reparación de daños extrapatrimoniales en atención a reparar integralmente de manera individual y colectiva a las víctimas.<sup>233</sup>*

Así las cosas, el entendimiento de la reparación integral como el uso de medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias – que el Consejo de Estado llama medidas de justicia restaurativa<sup>234</sup>–, con el fin de atender desde una perspectiva integral el daño sufrido por la víctima, es el resultado de la influencia de la Corte IDH. Estas medidas alternativas de reparación pueden ser decretadas tanto frente a la vulneración grave de derechos humanos como de derechos fundamentales o de otro tipo de derechos. No obstante, para el caso de los derechos humanos y de los derechos fundamentales el juez puede dictarlas oficiosamente en eventos de graves vulneraciones o afectaciones relevantes; mientras que para otro tipo de derechos operan a solicitud de parte. En todo caso las medidas de reparación deben resultar proporcionales al daño y buscar poner a la víctima en el estado en el que se hubiere encontrado de no haber sucedido.

Esto quiere decir que no en todos los casos opera el decreto de medidas no pecuniarias de reparación. Así por ejemplo cuando se trata de reparar daños que afectaron el patrimonio de la víctima y que tienen un exclusivo carácter económico, resultaría suficiente la reparación en especie del bien económico o la indemnización pecuniaria para considerar que se efectuó una reparación integral a la víctima. Sin embargo, ante la vulneración de derechos fundamentales o derechos humanos la jurisprudencia considera necesarias las medidas de reparación no pecuniarias con el propósito de acatar el principio de reparación integral y restablecer el núcleo esencial o la dimensión objetiva del derecho conculcado.

#### 1.4. LAS DIFERENTES FORMAS DE REPARACIÓN

---

<sup>233</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

<sup>234</sup> En algunas ocasiones como sinónimo de justicia correctiva.

---

## LA RESTITUCIÓN

Esta forma de reparación ha sido denominada de muchas maneras: reparación in natura, reparación en forma específica e incluso, de forma confusa, restitutio in integrum.

Con el fin de superar las ambigüedades y confusiones que se puedan causar, no resulta recomendable usar el término restitutio in integrum para referirse a esta forma de reparación. La cual, por lo demás, hace referencia a un solo fenómeno: la imposición al responsable de obligaciones de dar, hacer o no hacer encaminadas a acercar a la víctima a la situación en la que se encontraría si no hubiera existido el evento dañoso<sup>235</sup>. Se trata, entonces, de una forma de “compensación del perjuicio por un beneficio diferente al dinero”<sup>236</sup>.

Debe tenerse en cuenta que, la reparación in natura no es posible si la víctima ha muerto, la cosa se ha destruido y no es posible su sustitución<sup>237</sup>, o si ya se ha superado el evento dañoso y la víctima ya se encuentra de nuevo en ejercicio de los derechos vulnerados. Lo anterior quiere decir que la restitución o reparación in natura no es posible en todos los casos.

Pero incluso en aquellos eventos en los que sí es posible aplicar una reparación in natura, esta puede resultar insuficiente, dado que solo logra restablecer al damnificado a su statu quo ante. Inclusive en aquellos eventos en los que se trata de un daño meramente patrimonial, reparar a la víctima requerirá del concurso de varias formas de reparación. Por ejemplo, ante la pérdida de un vehículo, este puede ser reparado o sustituido por otro igual, pero si el dueño lo usaba para una actividad comercial, se deberá acudir a la indemnización para reparar el lucro cesante. Por otra parte, ante la vulneración de un derecho fundamental, será posible que el juez constitucional ordena la restitución de la víctima al ejercicio de su derecho conculcado, pero con el fin de reparar el daño moral que se pudo haber presentado será necesario establecer medidas de compensación pecuniaria o de satisfacción.

A pesar de las complicaciones fácticas que presenta, la reparación in natura es considerada como la mejor y más genuina forma de reparar el daño. Pero está condicionada al poder del juez para dar órdenes. En algunos países en virtud de la división de poderes no es posible que el juez pueda inmiscuirse en las funciones de la administración<sup>238</sup>. En otros, por el contrario, la reparación in natura deberá ser lo primero que ha de intentarse y de no ser posible o insuficiente se procederá con los otros mecanismos de reparación.

Ahora bien, la reparación in natura por excelencia es la reparación del derecho conculcado<sup>239</sup>. En materia de derechos patrimoniales puede comprender la restauración

---

<sup>235</sup> SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La reparación in natura del daño. Op. cit. p. 205.

<sup>236</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado. Op. cit. p. 70.

<sup>237</sup> BARROS BOURIE. Op. cit. p. 71.

<sup>238</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado. Op. cit. p. 72.

<sup>239</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado. Op. cit. p. 72



---

de un bien dañado o su restitución o reemplazo de un bien o cuerpo cierto, entre otras<sup>240</sup>. Tratándose de otro tipo de derechos, las medidas serán mucho más diversas y dependerán del derecho conculcado: restablecer a un trabajador a su antiguo puesto de trabajo, rectificaciones ante informaciones falsas, retirar de circulación contenido que afecte la intimidad de las personas, restituir las tierras o bienes arrebatados a las víctimas, entre otros. Es importante tener en cuenta lo dispuesto en la Resolución 60/147 de la Asamblea General Naciones Unidas de 2005 sobre lo que comporta la restitución:

*19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.*

## **LA INDEMNIZACIÓN**

Aunque el término indemnización en estricto sentido se refiere a dejar indemne a la víctima, es decir en una situación tal que pareciera que daño nunca ocurrió o como lo señala Honore se trata de “(...) un acto de restablecimiento de la víctima a la posición de indemnidad”; en Colombia, el referido término tradicionalmente se ha visto restringido a su faceta pecuniaria.

De ahí que, por lo general, cuando se habla de indemnización, reparación por equivalente<sup>241</sup> o compensación en el marco del medio de control de reparación directa se hace referencia al pago de una suma de dinero equivalente al valor de lo que se perdió con ocasión del daño. Como lo señala Boubée, la reparación pecuniaria procura a la víctima una suma de dinero que representa la conversión del daño en unidades pecuniarias<sup>242</sup>.

## **La Rehabilitación**

De acuerdo con la Resolución 60/147 Asamblea General Naciones Unidas de 2005, la rehabilitación incluye la atención médica y psicológica, así como de los servicios jurídicos o sociales. Sin embargo, no es claro si el Estado debe prestarlos directamente o por intermedio de terceros o si se trata de una compensación por los gastos de esta naturaleza en los que incurrió la víctima o sus familiares.

Las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado parecen encaminarse por la rehabilitación como prestación directa o a través de terceros de la atención médica y psicológica. En sentencia del 30 de julio de 2018 el Consejo de Estado condeno al Departamento de Sucre por la intoxicación congénita que sufrieron las hijas de una

---

<sup>240</sup>SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La reparación in natura del daño. Op. cit. p 225- 229

<sup>241</sup> VISINTINI, Giovanna. ¿Qué es la responsabilidad civil?. Op.cit. p. 295.

<sup>242</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado. Op. cit. p. 55.

---

funcionaria pública que laboraba como auxiliar de odontología; la intoxicación se produjo debido a la manipulación por parte de la gestante de sustancias peligrosas en el ejercicio de su labor. En ese caso el Consejo de Estado ordenó al departamento de sucre que, con cargo a su presupuesto, preste el servicio médico asistencial que requieran las afectadas<sup>243</sup>.

De manera similar, el Consejo de Estado condenó a un hospital público por la pérdida de del brazo de un menor luego de una falla en la prestación del servicio médico. En aquella ocasión se ordenó lo siguiente:

En ese sentido, como medida de rehabilitación, la Sala ordenará al hospital demandado que conforme un equipo médico interdisciplinario compuesto por al menos tres profesionales de la salud y un trabajador social con la idoneidad suficiente para conceptuar sobre la necesidad y posibilidades de rehabilitación física y psicológica de Haiden Stivens Manzanares Laguna para que, **previa evaluación de este último y supeditado a su voluntad de participar en el programa, establezcan y lleven a cabo un plan de acción integral con una duración no inferior a un año que incluya las acciones de rehabilitación física y psicológicas tendientes a lograr que este último recupere, en la medida de lo posible, una vida normal.** En la formulación del plan de acción deberán justificarse las razones por las cuales se considera que las medidas adoptadas, así como la regularidad de las mismas, permitirían alcanzar el objetivo aquí planteado. **Adicionalmente, deberá hacerse un seguimiento de la ejecución de dicho plan. El hospital demandado informará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca del cumplimiento de esta medida.**<sup>244</sup> (Énfasis propio)

La decisión toca dos puntos importantes en este tipo de reparaciones: 1) la primera es que a pesar de que estas pueden dictarse de oficio ante vulneración de derechos fundamentales o de derechos humanos, no obligan a la víctima a aceptarlas, por tanto siempre se requerirá la aquiescencia de la víctima para que puedan materializarse; 2) el segundo punto a resaltar es que por tratarse generalmente de un obligación que se extiende en el tiempo, lo ideal sería realizar un seguimiento con el fin de analizar el cumplimiento de la medida, en virtud de la debida administración de justicia. La rehabilitación vista desde esta óptica pareciera acercarse más una forma de reparación in natura.

## **LA SATISFACCIÓN**

La Resolución 60/147 de 2005 señala que las medidas de satisfacción se encuentran:

*a ) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; b ) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d ) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a*

---

<sup>243</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. sentencia del 30 de julio de 2018. Rad. 70001-23-31-000-1999-01878-01(41602). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>244</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 11 de julio de 2018. Rad. 25000-23-15-000-2004-01511-01(34641)A. C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo (E).

---

*ella; e ) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f ) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g ) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h ) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.*

Al respecto es importante observar que de acuerdo con la citada resolución la cesación del ilícito constituye una forma de reparación por satisfacción, cosa que no se considera acertada, puesto que, como ya se expuso, resulta más adecuado entenderla como una forma de reparación in natura del daño. Incluso bajo la lógica planteada por la Corte IDH, sería un desacierto pensar que la cesación del daño puede considerarse una medida de satisfacción, en tanto que lo primero que se debe intentar es la restitución, no es posible ni siquiera intentar devolver a la víctima al estado en el que se encontraba antes de la ocurrencia del daño si este aún se sigue produciendo. Es decir, es un requisito *sine qua non* que el daño que ocurre de forma continuada cese para proceder a dictar las demás medidas de reparación que se requieran.

Ahora bien, el Consejo de Estado, citando a Rodríguez Olmos, ha entendido de la siguiente manera este tipo de reparación:

Una cuarta manifestación es la satisfacción, una noción difusa que abarca principalmente la reparación simbólica. Este concepto es uno de los que junto la garantía de no repetición está más desarrollada en los principios. Es así como está integrado por el reconocimiento a las víctimas, conmemoraciones y homenajes o las disculpas públicas entre otras medidas de las cuales se ocupa el principio 22. La satisfacción no debe confundirse con la indemnización por el daño moral o psicológico ni con las medidas de rehabilitación, aunque indiscutiblemente todas ellas aportan significativamente a la superación del daño.

De forma más concreta, hace referencia a un número de medidas que buscan reintegrar la dignidad de la víctima cesando la violación y reconociendo el daño infligido a esta. La amplia gama de medidas que incluye la satisfacción, puede ser resumida entre dimensiones: la obligación de modificar la legislación o las prácticas que ofendan a las víctimas y en todo caso investigar los abusos cometidos en el pasado; la ejecución de medidas que busquen el reconocimiento o aceptación de la responsabilidad; y por último, las medidas necesarias para llevar a cabo la reintegración de las víctimas en la sociedad restaurándoles su dignidad, su reputación y sus derechos<sup>245</sup>.

Sobre la concepción que expone el Consejo de Estado, se considera pertinente hacer énfasis en que las medidas de satisfacción no deben confundirse con la indemnización, ni con las medidas de rehabilitación. Con lo cual es posible entender que son medidas que buscan reintegrar la dignidad de la víctima con autonomía de las demás medidas.

No obstante, conviene advertir que al analizar las medidas de satisfacción que se encuentran contenidas en la Resolución 60/147 de 2005, se concluye, que, salvo la cesación del ilícito, todas se presentan como medidas adecuadas para reparar un daño en

---

<sup>245</sup> RODRIGUEZ OLMOS, Fernando, “El derecho a la reparación de las víctimas en los procesos de justicia transicional. Especial referencia al esquema colombiano a propósito de las sentencias C-180 y C-286 de 2014”, en Revista Visión Jurídica, editorial Ibáñez, Bogotá, 2014, pp. 110 a 137. Citado en Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

---

particular: el daño moral. Esto es, las medidas de satisfacción parecen constituir medidas idóneas para reparar el derecho a la integridad espiritual (daño moral), parte o faceta del derecho a la integridad personal, ligado con la dignidad humana. Se trata en esa medida, al igual que la indemnización en dinero, de formas compensatorias mediante las cuales se busca el establecimiento de la dignidad de la víctima.

Esto no quiera decir que las medidas de satisfacción sean excluyentes con la indemnización por las afectaciones morales de la víctima, significa más bien que resultan un complemento necesario en aquellos eventos de graves violaciones de derechos humanos, donde la compensación pecuniaria es a todas luces insuficiente y una medida opcional y a solicitud de parte en aquellos eventos en los que se encuentre comprometido un derecho de otra naturaleza. Bajo ese entendido podrían considerarse como medidas de reparación in natura encaminadas a la reparación del daño moral.

Una acotación final merece las medidas de satisfacción como la construcción de monumentos o placas tan usuales en las sentencias del Consejo de Estado. Aunque en escenarios de graves violaciones de derechos humanos estas medidas pueden ser decretadas de oficio por parte del juez administrativo, esto no exonera al juez de concertar con las víctimas este tipo de forma de reparación, pues de forma similar a lo que sucede con la rehabilitación no puede imponerse en contra de la voluntad de las víctimas. Si estas se sienten revictimizadas con este tipo de medidas de satisfacción el juez administrativo debería abstenerse de decretarlas.

## **LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN**

En cuanto a que puede entenderse por garantías de no repetición, se ha optado por tomar una definición que plantea la Corte Constitucional en sentencia T-772 de 2015, según la cual, (...) *“la garantía de no repetición está conformada por las acciones orientadas a impedir que se vuelvan a realizar las conductas que afectaron los derechos de las víctimas, las cuales se deben adecuar a la magnitud y naturaleza de la ofensa”*.

Aunque más adelante en este trabajo se cuestionara la naturaleza resarcitoria de este tipo de medidas, por el momento conviene entender que como se ha visto incorporada estas medidas a la responsabilidad extracontractual del Estado.

El Consejo de Estado en materia de daños a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos ha señalado que la reparación de esta tipología de daño tiene, entre otros, el objeto de *“propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar”*<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

---

En el marco de graves violaciones de derechos humanos, también Corte IDH ha encontrado plausible decretar garantías de no repetición como forma de reparar el daño de manera integral<sup>247</sup>.

Esta forma de reparación ya se menciona en la Resolución 56/83 de 2001, la cual en su artículo 30 señala que el responsable del hecho internacionalmente ilícito se encuentra obligado a “ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen”.

Posteriormente, la Resolución 60/147 de 2005 incluyó una serie de medidas que considera garantías de no repetición:

*a ) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b ) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c ) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d ) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e ) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f ) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g ) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h ) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.*

Finalmente, cabe resaltar que como lo mencionan Henao, las garantías de no repetición no se encuentran presentes exclusivamente en el derecho internacional público o en el derecho internacional de los derechos humanos. El autor colombiano trae a colación un caso del derecho internacional privado en el que, ante la imposición de una barrera comercial de Brasil sobre los productos canadienses, no solamente se ordenó retirar la norma proteccionista, sino, además, otorgar garantías de que no se vuelvan a instaurar tales restricciones<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup>Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211. Párr. 255 y 271.

<sup>248</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. Op. cit. p. 106.

---

## 1.5. ¿JUSTICIA RESTAURATIVA O JUSTICIA CORRECTIVA?

El Consejo de Estado ha denominado a las mencionadas medidas de reparación como medidas de justicia restaurativa<sup>249</sup> y en algunas ocasiones ha usado la fórmula “justicia restaurativa o justicia correctiva”<sup>250</sup>, con el fin de dar a entender que se trata de una misma noción de justicia. Sin embargo, aunque tengan puntos coincidentes, no puede afirmarse que la justicia restaurativa es igual a justicia correctiva.

La justicia restaurativa surge como una crítica al carácter represivo y retributivo del derecho penal<sup>251</sup>. En ese sentido aparece como una alternativa a la justicia retributiva, esto es, con una alternativa a aquella noción de justicia que se relaciona con la justificación del castigo y de cómo este se adecua al crimen<sup>252</sup>.

Se trata de una manera distinta de afrontar el crimen. Mientras que la justicia penal tradicional centra su atención en el ofensor y la vulneración de normas. La justicia restaurativa pone en un punto central a la víctima y sus necesidades. De ahí que algunos de sus principales objetivos sean la restitución o la reivindicación<sup>253</sup>.

Así las cosas, la justicia restaurativa plantea un punto de convergencia con la justicia correctiva: la preocupación de ambas nociones de justicia en la reparación del daño. Para la justicia restaurativa el crimen es un daño hacia las personas y la comunidad que debe ser reparado tanto material como simbólicamente<sup>254</sup>. Sin embargo, para la justicia correctiva el daño no necesariamente se reduce al crimen, sino a una ruptura del equilibrio, de la igualdad formal entre las partes, cualquiera que sea su fuente. Mientras que la justicia restaurativa generalmente está ligada a la noción de bien jurídico tutelado, la noción de justicia correctiva se encuentra en sintonía con la protección de derechos subjetivos.

Esa perspectiva del derecho penal desde la justicia restaurativa se fundamenta en la idea de que el castigo retributivo es insuficiente para restablecer la convivencia pacífica, ni permite la adecuada reincorporación del delincuente a la sociedad, ni mucho menos toma en cuenta los sufrimientos y necesidades de la víctima<sup>255</sup>

---

<sup>249</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección A. sentencia del 10 de agosto de 2016. Rad. 76001-23-31-000-2006-02567 01(40076). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>250</sup> Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1996-00649-01(18960). C.P.: Enrique Gil Botero.

<sup>251</sup> UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. Disponible en: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_52.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_52.pdf), p. 7.

<sup>252</sup> SWIFT, Adam. ¿Qué es y para qué sirve la filosofía política? Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2016. p 33

<sup>253</sup> ZERH, Howard. El pequeño libro de la justicia restaurativa. Estados Unidos: Good Books. 2007. pp. 20-21.

<sup>254</sup> Ibid. p. 29.

<sup>255</sup> UPRIMNY, Rodrigo y Saffon, María Paula. Justicia transicional y justicia restaurativa. Op. cit. pp. 7-8.

---

Así las cosas, Zerh plantea la siguiente definición de justicia restaurativa:

*La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.*<sup>256</sup>

Esa noción no puede desprenderse del contexto para el cual fue pensada. Como lo señala Uprimny, la justicia restaurativa fue ideada y ha sido normalmente utilizada como paradigma alternativo para confrontar los delitos ordinarios que suceden en una comunidad<sup>257</sup>.

Por su parte, la justicia correctiva es aquella que se encuentra en los fundamentos del deber de reparar. Como exigencia de justicia requiere restaurar el statu quo aliter de la víctima independientemente de si el daño pueda ser considerado una conducta criminal o no. En la medida en que las formas de reparación del daño estén encaminadas a reparar a la víctima y a responsabilizar al victimario, se pueden considerar medidas de justicia correctiva y no de justicia restaurativa.

## **2. LOS DERECHOS (CONSTITUCIONALES) COMO OBJETO DE TUTELA POR PARTE DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

### **2.1. EVOLUCIÓN DEL DAÑO INMATERIAL EN COLOMBIA**

Como lo señala Navia Arroyo<sup>258</sup>, durante el siglo XIX la doctrina y la jurisprudencia guardaron silencio sobre el reconocimiento de un daño distinto al patrimonial, representado por los tradicionales daño emergente y lucro cesante.

En Colombia, la historia de la reparación por daños sobre aspectos diferentes al patrimonio tiene como punto de referencia el reconocido fallo Villaveces del 21 de julio de 1922<sup>259</sup> y la sentencia de instancia del 22 de agosto de 1924 que lo complementa. La síntesis de los hechos que dieron lugar a la sentencia es la siguiente: empleados del municipio de Bogotá exhumaron sin consentimiento del señor León Villaveces los restos de su esposa y los depositaron en una fosa común. El afectado demandó al municipio solicitando no solo la devolución de los restos de su cónyuge, sino la lápida y la bóveda donde reposaban, así como la reparación de los perjuicios que se le causaron.

---

<sup>256</sup> ZERH, Howard. Op. cit. p. 45.

<sup>257</sup> UPRIMNY, Rodrigo y Saffon, María Paula. Justicia transicional y justicia restaurativa. Op. cit. pp. 7-8.

<sup>258</sup> NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real? Bogotá: Universidad Externado, 2000. p. 26.

<sup>259</sup> Maximiliano Aramburo señala que es posible que los antecedentes de la reparación del daño moral vayan un poco más atrás, hacia 1896, año en el que la Corte Suprema de Justicia falló el caso Rosazza, en el cual se indemnizó a los herederos del señor Rosazza por muerte violenta de su causante a manos de un policía. Fuente <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/villaveces-o-rosazza-una-hipotesis-sobre>

---

El Tribunal de Bogotá concedió algunas de las pretensiones y negó otras al demandante. El señor Villaveces interpuso, entonces, recurso de casación. Entre las razones que aducía se encontraba la de la vulneración de los artículos 2341 y 1356 del Código Civil por el no reconocimiento del daño moral que se le causó.

La Corte Suprema de Justicia le halló la razón al recurrente y condenó al pago del daño moral sufrido por el señor Villaveces. En la sentencia se destaca el siguiente aparte:

Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como **infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente**. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance, e interpretado, por tanto, erróneamente.

Esta interpretación de las disposiciones acotadas del Código Civil, está de acuerdo con los principios de una sana jurisprudencia, desde luego que **todo derecho lesionado requiere una reparación** a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, **es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos**; y si en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo **habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles**, cuandoquiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales. En el caso que se estudia se impone la sanción civil.<sup>260</sup> (Énfasis propio)

Si bien es importante el reconocimiento del daño moral, por cuanto rompió la tradición de reconocer únicamente los daños causados al patrimonio, es igualmente relevante las observaciones que la Corte Suprema realiza sobre la tutela resarcitoria de los derechos.

Como se observa, la Corte Suprema de 1922 ya consideraba que el daño no solamente vinculaba el menoscabo del patrimonio económico o la generación de un dolor o molestia, sino que la afectación de su honra y dignidad también constituían un daño. Añade la Corte que derechos de tan alta importancia no pueden quedar desprotegidos de la tutela civil.

Si bien para la fecha no podía hablarse de derechos fundamentales o constitucionales en el sentido en el que se hace hoy, sorprende el lenguaje y la lógica de los derechos subjetivos detrás de sus afirmaciones, ya que señala que todo derecho vulnerado, incluidos por supuesto aquellos que no tienen contenido patrimonial, conlleva una reparación, haciendo referencia a la tutela resarcitoria que ofrecía el derecho civil. En ese sentido, pueden recordarse las palabras de los constitucionalistas norteamericanos Holmes y Sunstein, quienes señalan que la afirmación “*‘donde hay un derecho, hay un remedio’ es una máxima legal clásica*”, la cual revela que “*los individuos gozan de derechos, no en sentido moral sino legal, solo si su propio gobierno repara en forma justa y predecible las ofensas que sufren*”<sup>261</sup>.

---

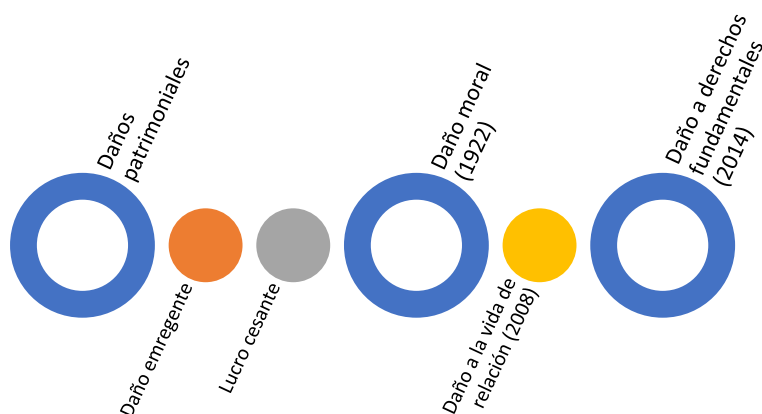
<sup>260</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de casación. Sentencia del 21 de julio de 1922. M.P. Tancredo Nanneti. Gaceta Judicial XXIX, p. 83.

<sup>261</sup> Holmes, Stephen y Sunstein, Cass. El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011. p 63.



Sin duda la sentencia citada puede leerse actualmente como una insinuación a reconocer el daño a derechos fundamentales, a través una categoría diferente al daño moral o al daño patrimonial. Sin embargo, con posterior a la citada providencia se guardó silencio respecto del amparo civil sobre otros aspectos que no fueran el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, esto es el patrimonio y el “precio del dolor”.

Solo hasta 2008 la jurisdicción civil reconoció un daño inmaterial diferente al moral<sup>262</sup>, al señalar que también había lugar a indemnizar el daño a la vida de relación. Finalmente, en 2014 se reconoció una tercera categoría “*vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.*”<sup>263</sup>, categoría que ya se entreveía en el fallo Villaveces.



En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la historia de la evolución del daño no patrimonial es diferente. Desde 1964, año en el que el Consejo de Estado asumió la competencia para conocer de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>264</sup>, hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, no hubo novedades sobre lo considerado por la Corte Suprema de Justicia como daño resarcible. No obstante, desde 1993 la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado tumbos entre diferentes denominaciones y nociones tratando de establecer una categoría de daño extrapatrimonial diferente al moral, hasta que en 2011 y después en 2014 se unificaron los criterios sobre este concepto.

En 1993 se introdujo el denominado daño fisiológico, el cual operaría hasta el año 2000. Así, en sentencia del 6 de septiembre de 1993, la Sección Tercera del Consejo de Estado, citando a Tamayo Jaramillo indicó que “(...) *el PERJUICIO FISIOLÓGICO o A LA VIDA DE RELACIÓN, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar*

<sup>262</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. Rad. 11001-3103-006-1997-09327-01. M. P.: César Julio Valencia Copete.

<sup>263</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. Rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01. M. P.: Ariel Salazar Ramírez.

<sup>264</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo: general y colombiano (18ª. edición). Bogotá: Editorial Temis, 2013. p. 615.

---

"...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia (...)"<sup>265</sup>.

Posteriormente, en 1997 se precisó que la denominación perjuicio fisiológico no reflejaba lo realmente indemnizable a través de tal categoría: la imposibilidad de realizar actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, razón por la cual debía entenderse que se trataba más bien de lo que en la doctrina francesa se conocía como un perjuicio de placer<sup>266</sup>.

A partir del año 2000 y hasta el año 2007 se decidió utilizar un *nomem iuris* distinto, el de daño a la vida de relación. Consideró el Consejo de Estado que ese era un concepto más comprensivo que el de perjuicio fisiológico, dado que el daño resarcible consistía en las consecuencias que para la vida de relación de las personas tiene la afectación de diferentes derechos y no necesariamente solo aquellas que se derivan de la afectación de la integridad física<sup>267</sup>.

Adicionalmente, precisó que el daño a la vida de relación no se agota en la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, tal como se desprende de la noción perjuicio de agrado. Pues el daño puede generarse con la imposibilidad de realizar simples actividades rutinarias o con la necesidad de invertir un gran esfuerzo en realizarlas. Consideró, además, que este daño extrapatrimonial distinto del moral no podía denominarse alteraciones a las condiciones de existencias, por cuanto cualquier perjuicio implica en sí mismo una alteración a las condiciones de existencia<sup>268</sup>.

No obstante, en agosto de 2007, la jurisprudencia volvería a modificarse con el fin de adoptar la noción de alteración a las condiciones de existencia. Las razones de tal cambio, como lo expuso el Consejo de Estado en su momento, consistían en que este nuevo *nomen* ofrecía una mayor amplitud que el anterior, ya que no solo abarcaba la relación de la víctima con el mundo exterior como lo hacía el daño a la vida de relación, sino que también aquellos cambios bruscos esenciales a la dignidad humana. En aquella oportunidad el máximo tribunal de lo contencioso administrativo adicionó lo siguiente:

*Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que "para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece."*<sup>269</sup> (Énfasis propio)

---

<sup>265</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de mayo de 1993. Rad 7428. C.P. Julio César Uribe Acosta.

<sup>266</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de noviembre de 1997. Rad. 10421. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>267</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000. Rad. 11842. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>268</sup> Ibid.

<sup>269</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007. Rad. 19001-23-31-000-2003-00385-01(AG), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

---

En 2011, la jurisprudencia viró nuevamente, esta vez para adoptar la denominación de daño a la salud. El 14 de septiembre de ese año, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió dos sentencias, conocidas como las sentencias gemelas, en las que unificó su posición al sostener lo siguiente:

*Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, **son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica** puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.*

*Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial.*<sup>270</sup> (Énfasis propio)

De esa manera, la jurisprudencia dejaba de lado las categorías de daño a la vida de relación y alteraciones graves a las condiciones de existencia a la hora de reparar el daño a la integridad psicofísica. No obstante, abrió la puerta a la posibilidad de seguir reparando estas categorías cuando se encontraran vulnerados otros derechos, al indicar lo siguiente:

En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.<sup>271</sup>

De entrada, se da pie a reparar cualquier derecho constitucional – entre ellos, la sentencia arriba citada, menciona el derecho al buen nombre, al honor o la honra, a la familia, sin que se trate de una lista taxativa, sino meramente enunciativa – a través de los tradicionales: daño a la vida de relación, alteraciones a las condiciones de existencia o considerando la afectación a tales derechos como un daño autónomo.

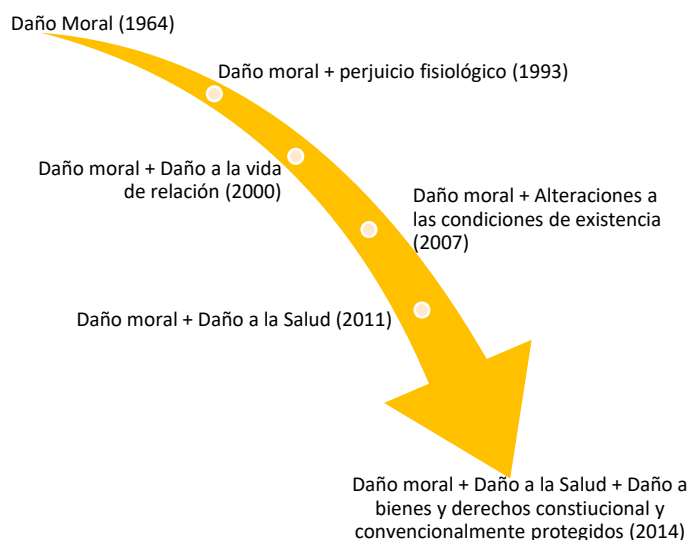
---

<sup>270</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Rad. 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031). C.P.: Enrique Gil Botero. Véase también Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Rad. 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222). C. P.: Enrique Gil Botero.

<sup>271</sup> Ibid.

---

Esta última opción daría lugar a que 3 años después, en 2014, además del derecho a la salud, se reconociera una nueva categoría autónoma de daño inmaterial, denominada daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos.



## 2.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL OJO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

Tal como se planteó de manera previa, la constitucionalización y la convencionalización pueden adoptar diversas formas. La que aquí interesa conlleva la reformulación de categorías propias de la responsabilidad extracontractual del Estado por parte del Consejo de Estado, con el fin de establecer estructuras constitucionalizadas y convencionalizadas que procuren una mayor protección sobre los derechos.

En esto juega un papel trascendental la interpretación constitucional y convencional del máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Tal ejercicio interpretativo permite, la inclusión de derechos de raigambre constitucional, entre los que se encuentran derechos fundamentales, bajo la tutela de la responsabilidad extracontractual. Con ello se produce un acercamiento de la teoría de los derechos hacia la teoría del daño y su reparación.

En Colombia, como se observó, desde 1922 se han hecho pequeñas aproximaciones para cobijar bajo la tutela civil derechos tales como el buen nombre o el honor y la dignidad. Sin embargo, la inclusión definitiva de derechos constitucionales dentro de la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual del Estado se dio con la introducción del daño a la salud en 2011.

### 2.2.1. DAÑO A LA SALUD

Al respecto, es necesario precisar que el daño a la salud no es una elaboración propia de la dogmática colombiana, se trata más bien de un trasplante de una categoría de daños

---

que proviene de la jurisprudencia y la doctrina italianas, donde también se le ha denominado daño biológico<sup>272</sup>.

En ese ordenamiento jurídico, la noción de daño a la salud corresponde con “cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida y con independencia de su capacidad para producir réditos”<sup>273</sup>. Se trata de un daño autónomo, basado en el derecho fundamental a la salud de acuerdo con la Corte Constitucional italiana<sup>274</sup>.

En Colombia, el daño a la salud se introdujo bajo la premisa de que las anteriores tipologías de perjuicios no establecían con claridad

*(...) i) si se indemniza el daño por sí mismo o lo que la doctrina denomina el “daño evento”, o si por el contrario se reparan las consecuencias exteriores de ese daño “daño consecuencia”, ii) cuáles son los bienes, derechos o intereses legítimos que tienen cabida en el plano de la responsabilidad y, por lo tanto, que ostentan el carácter de indemnizables, y iii) si el daño derivado de lesiones psicofísicas es posible resarcirlo a través de criterios objetivos y que contengan estándares que garanticen el principio de igualdad, toda vez que frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación.*<sup>275</sup>

Como respuesta, El Consejo de Estado fundó la nueva tipología en el derecho a la salud del artículo 49 de la Constitución Política:

*(...) de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.*<sup>276</sup>

Consideró, además, que la nueva tipología del daño no solo estaba encaminada a reparar el daño evento, esto es la afectación de la unidad psicofísica, sino también sus consecuencias. Y que la forma de repararlo se determinada “con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada”<sup>277</sup>. Este perjuicio se puede indemnizar hasta por 100 SMMLV, pero en casos de extrema gravedad y aquellos que resulten excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV<sup>278</sup>.

---

<sup>272</sup> PINZÓN MUÑOZ, Carlos. La responsabilidad extracontractual del Estado una teoría normativa. Op. cit. pp. 430-431.

<sup>273</sup> CORTÉS, Edgar. Op. cit. P 132

<sup>274</sup> Ibid.

<sup>275</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Rad. 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031). C.P.: Enrique Gil Botero. Véase también Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Rad. 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222). C. P.: Enrique Gil Botero.

<sup>276</sup> Ibid.

<sup>277</sup> Ibid.

<sup>278</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2015. Rad. 25000-23-26-000-2003-00863-01(33302). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

---

## 2.2.2. EL DAÑO A BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS

Ahora bien, tal como se mencionó el daño a la salud no es la única categoría de daño que gira alrededor de los derechos constitucionales. En 2014 se introdujo la reparación por *vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados*, mediante dos sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014<sup>279</sup>.

Los hechos de la primera de la providencia consisten en el asesinato y la desaparición forzada de varios miembros de una familia del municipio de Apartadó (Antioquia) a manos del Ejército Nacional de Colombia. Frente a estos sucesos el Consejo de Estado encontró que la actividad del Ejército Nacional no solamente vulneraba derechos fundamentales contenidos en la Carta Política, sino que además vulneraba los derechos contenidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Por ello, entre los daños que se condena a reparar se encuentra el *daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados*. De acuerdo con esa corporación, esta tipología de daño tiene las siguientes características:

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

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

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

*iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.*<sup>280</sup>

En sintonía con lo anterior, el daño se puede configurar por la afectación relevante de cualquier interés, bien, derecho fundamental o de derechos tutelados en la Carta Constitucional o la Convención Interamericana. Adicionalmente, no se requiere que esa

---

<sup>279</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Véase también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>280</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

---

afectación sea definitiva o se haya consolidado completamente, es suficiente con que sea temporal.

La sentencia no solamente se limita a caracterizar la nueva tipología de daños, sino que establece cuáles son los criterios para su reparación, de la siguiente manera:

*i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.*

*ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.*

*iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.*

*iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.*

*v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretando las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.*

*vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y*

---

*convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.*<sup>281</sup>

En la segunda sentencia, cuyo caso consistió en la muerte de un menor de edad en misteriosas condiciones tras el escape de un centro de reeducación donde se encontraba recluido, se unificó la posición del Consejo de Estado frente a las medidas de reparación de este tipo de daños:

*De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima (sic) directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.*

*En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido(sic) con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.*<sup>282</sup>

### 2.3. OBSERVACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR AFECTACIÓN A BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS

El primer comentario que ha merecido esta categoría de daños por parte de la doctrina es que adolece de una gran vaguedad, especialmente en cuanto a su objeto. No se han establecido contornos claros, ni una definición precisa que facilite su comprensión<sup>283</sup>. Razón por la cual algunos han considerado que se trata de una mega categoría o de una “bolsa en la cual se incluyen todos los daños extrapatrimoniales diferentes al moral y del daño a la salud”<sup>284</sup>; por cuanto se considera que todo daño supone la violación de un derecho constitucional, algunos de los cuales corresponden con derechos fundamentales<sup>285</sup>.

Por lo anterior, ronda sobre esta tipología del daño la incertidumbre y el fantasma de la doble reparación sobre un mismo daño o de una reparación parcial e incompleta.

---

<sup>281</sup> Ibid.

<sup>282</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>283</sup> M´Causland Sánchez, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Op. Cit. p. 44.

<sup>284</sup> RUEDA PRADA, Diana. La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: comentarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Bogotá: Editorial Ibáñez. 2015. p 110.

<sup>285</sup> M´Causland Sánchez, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Op. Cit. p. 45.



---

Teniendo en cuenta tal inconveniente; a continuación, se propone un análisis conceptual de algunos elementos de la descripción de esta tipología de daño, con el fin de determinar si es posible perfilar una propuesta que brinde mayor claridad sobre el asunto.

### 2.3.1. ¿BIENES, INTERESES O DERECHOS?

El nomen iuris otorgado por el Consejo de Estado a la nueva categoría de daño ha sido el de *daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados*. De tal afirmación surge la pregunta sobre si el objeto de la responsabilidad extracontractual del Estado es la protección y reparación de bienes jurídicos o la protección y reparación de derechos y que tanto se diferencian unos de los otros.

Este interrogante se encuentra íntimamente ligado con el objeto del daño, por cuanto el objeto de este también es el objeto de la tutela jurídica<sup>286</sup>. De ahí que se señale que lo que el derecho tutela el daño vulnera.

En este apartado se tratará de mostrar las dificultades y las falencias técnicas que se encuentran detrás del uso de los conceptos de *bienes jurídicamente tutelados*, *interés jurídicamente tutelado* o *interés legítimo* como objeto del daño y como objeto de la tutela que brinda la reparación extracontractual. Se propone, optar por entender que en el núcleo del daño y de la responsabilidad extracontractual del Estado deberá ubicarse la noción de derecho. No solo para los efectos de la categoría de daño que aquí se estudia, sino, en general para cualquier categoría, sobre la que la responsabilidad extracontractual pretenda extender su tutela.

#### **La vaguedad del concepto de bienes jurídicamente protegidos como objeto del daño y de la tutela**

Al respecto, señala Prevot que el daño puede ser entendido de dos maneras: 1) como lesión de un bien o 2) como lesión de un interés<sup>287</sup>. No obstante, los límites entre unos y otros no son del todo claros en la doctrina, e incluso la noción de bien jurídico protegido puede resultar bastante etérea.

Al respecto, De Cupis afirma que la noción de *bien* data de tiempo atrás, encontrándose contenida en el Digesto. Por *bien*, señala el autor italiano, debe entenderse todo aquello que resulta idóneo para satisfacer una necesidad humana. No obstante, según De Cupis, lo que la tutela jurídica protege del daño no es los bienes en sí mismos considerados, sino el *interés* o la posibilidad de que una necesidad humana sea satisfecha mediante un bien. Adicionalmente, el referido doctrinante señala que cuando la tutela resarcitoria de un interés particular se encuentra en manos de su titular y actúa a su merced, es decir este puede exigir la tutela resarcitoria o no, tal interés se encuentra tutelado como un derecho subjetivo<sup>288</sup>.

---

<sup>286</sup> De Cupis. Adriano. El daño: teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch, 1996. p. 107.

<sup>287</sup> Prevot, Juan Manuel. La obligación de seguridad, 2º Ed. Bogotá: Editorial Temis, 2012. p. 28.

<sup>288</sup> De Cupis. Adriano. Op. cit. pp. 115 – 118.

---

Bajo tal planteamiento existe una correlación, más no una identidad, entre bienes e intereses jurídicamente tutelados, dentro de los cuales se encuentran los derechos subjetivos. Es sobre los intereses y no sobre los bienes en sí mismos considerados que recae la tutela jurídica.

Posición distinta es la de Barros Bourie, quien plantea que el bien jurídico es todo interés legítimo y relevante que resulte digno de tutela. No obstante, sostiene el autor chileno que no todo interés legítimo digno de la tutela resarcitoria conforma un derecho subjetivo. De ahí que el daño pueda ser definido como “*todo menoscabo que experimente un individuo en su personalidad y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial*”<sup>289</sup>. Bajo tal entendido, no resulta necesario acreditar la vulneración de un derecho subjetivo para obtener una tutela resarcitoria.

De acuerdo con esta postura, el daño es toda afectación a un interés legítimo, coincida este o no con un derecho subjetivo. Sin embargo, el mismo autor señala los peligros de la concepción amplia de daño:

*(...) la definición de daño como la lesión a un interés tiende a acercar el concepto normativo de daño a las situaciones de hecho que calificamos como molestia, menoscabo o turbación. Como se podrá comprender, el riesgo correlativo de una definición amplia de daño es la expansión sin límites controlables de la responsabilidad.*<sup>290</sup>

Otro punto de vista sobre la relación de bienes jurídicos y derechos es la de Hernández Terán, quien señala que la finalidad de todo derecho es la protección de un bien jurídico determinado. En ese sentido este último puede ser entendido como:

*(...) el elemento o conjunto de elementos materiales e inmateriales, de valor individual o colectivo, que el Derecho protege de forma directa e igualitaria a efectos de que el titular del mismo pueda disfrutarlo efectivamente de forma pacífica, en el entendido de que esa tutela lo habilita para ejercer todas las acciones y plantear todas las defensas legítimas en orden a la conservación de la titularidad y disfrute del bien.*<sup>291</sup>

De lo anterior se extrae al menos tres acepciones de bien jurídico: i) bien como todo aquello que permite la satisfacción de una necesidad, ii) bien como interés legítimo y ii) bien como objeto de protección de los derechos.

Las diferencias entre las nociones expuestas denotan el grado de indeterminación del concepto, lo cual termina generando una predisposición al ensanchamiento sin límites del objeto del daño o a la falta de precisión a la hora de determinar qué es aquello que se pretende cobijar bajo la tutela resarcitoria.

### **La obsolescencia del interés jurídicamente protegido y del interés legítimo como objeto del daño y de la tutela**

Aunque la definición jurisprudencial de la nueva categoría de daño que se examina en este acápite solo se refiera a la bienes o derechos, de lo ya visto asoman dos nuevos

---

<sup>289</sup> Barros Bourie. Op. Cit. p. 221.

<sup>290</sup> Ibid. p. 222.

<sup>291</sup> Hernández Terán, Miguel Antonio. El contenido esencial de los derechos y su aplicación jurisprudencial. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2015.

---

elementos: el interés jurídicamente protegido y el interés legítimo<sup>292</sup>, nociones que ha tenido amplia acogida por la doctrina nacional a la hora de postular una definición de daño. No obstante, algunos autores nacionales usan el término *interés* como sinónimo del concepto de *derecho subjetivo*, otros, por el contrario, lo usan como un concepto distinto y paralelo.

Dentro del primer grupo, por ejemplo, Martínez Rave define el daño como “*la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo: basta que sea un interés patrimonial del ofendido, el que se afecte para que exista el daño*”<sup>293</sup>. Por otra parte, más recientemente Henao postuló la siguiente definición:

*(...) daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presentan como la lesión definitiva de un derecho o como la alteración de un goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar – se encuentran reunidos.*<sup>294</sup>

Dentro del segundo grupo, se encuentran por ejemplo la definición de daño planteada por González Briceño: “la alteración negativa e ilícita de los bienes e intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de la víctima como consecuencia del hecho dañoso”<sup>295</sup>. También aquella propuesta por Tamayo Jaramillo en su Tratado sobre la Responsabilidad Civil, (la cual se encuentra en concordancia con la noción de interés señalada por De Cupis): “daño civil es el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”<sup>296</sup>

Posteriormente, el mencionado autor ha señalado, que es un error considerar que solamente son indemnizables los daños extrapatrimoniales que se derivan de la vulneración de derechos humanos o constitucionales, pues para el autor basta con que se afecte un beneficio o ventaja que la vida le brinda a una persona. En suma, todo bien de la vida que no se encuentre prohibido<sup>297</sup>

Por su parte, Gil Botero sostiene no solo que el daño comporta la vulneración de un interés legítimo, sino que tal concepción brinda una mayor tutela que considerar al daño como afectación de un derecho subjetivo:

---

<sup>292</sup> La noción de interés jurídicamente protegido o tutelado que tiene origen en el seno del derecho civil impactó el derecho administrativo bajo la noción de interés legítimo. Señala Cruz parcero que el impacto de las decisiones de la administración sobre no derechos es decir sobre Intereses no protegidos jurídicamente, hizo surgir la necesidad de crear algún mecanismo de control y de protección frente a la administración. “De esta forma y dentro de la teoría administrativa, surgió el concepto de interés legítimo que sirvió para que los ciudadanos afectados por decisiones administrativas pudieran tener la capacidad o poder jurídico de exigir a través de un nuevo recurso – una acción- el control y legalidad de los actos de la administración.” Cruz Parcero, Juan Antonio. Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos. Op. cit. p. 100.

<sup>293</sup> Martínez Rave, Gilberto. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Editorial Temis, 1998. p. 256.

<sup>294</sup> Henao, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado. Op. cit. p. 35.

<sup>295</sup> González Briceño, Álvaro. El daño o perjuicio. En Castro Cifuentes, Marcela (coord.). Derecho de las obligaciones, Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2010. p. 52.

<sup>296</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de responsabilidad civil., Tomo II. Bogotá: Legis, 2007. p. 326.

<sup>297</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. Qué es el daño. En: Tamayo Jaramillo, Javier ed. Nuevas reflexiones sobre el daño. Bogotá: Legis. p. 5.

---

Entender el daño en el horizonte de quebrantamiento a un interés legítimo, permite tener una visión omnicomprendiva del fenómeno dañoso, más allá de las limitaciones que suponía circunscribirlo al estrecho ámbito del derecho subjetivo y que implicaba desconocer realidades que clamaban por su resarcimiento.<sup>298</sup>

Entre aquellos casos que el autor colombiano cita como ejemplos de las limitaciones a la reparación de que tendría entender el daño como afectación a un derecho subjetivo se encuentra el de la muerte o lesión de uno de los integrantes de una pareja homosexual o el daño que sufren quienes se benefician de la ayuda de un tercero a quien se le da muerte. En tales hipótesis, señala Gil Botero, “*no podrían exigir judicialmente la reparación por carecer de un derecho subjetivo, pero de manera diáfana emerge un interés legítimo que se ha afectado*”<sup>299</sup> y que requiere ser reparado en virtud de la equidad.

De lo expuesto por el autor colombiano se infiere que el interés legítimo hace referencia a una situación jurídica precaria que se ubica en una posición intermedia entre el derecho subjetivo y el mero interés o e interés jurídicamente no tutelado. Ante tal panorama, el uso de la noción de interés legítimo como elemento central del daño brinda la sensación de una mayor protección y garantismo sobre las distintas afectaciones que puede sufrir una persona.

No obstante, la apariencia de mayor tutela jurídica, existen objeciones a tal noción.

La primera de ellas es la dificultad para establecer contornos conceptuales claros entre los intereses legítimos y los derechos subjetivos, e incluso los problemas que implica diferenciar conceptualmente entre interés jurídicamente tutelado y derecho subjetivo, cuando la primera noción nació haciendo referencia necesariamente a la segunda. Ihering planteo en 1865 en su libro *El espíritu del derecho romano* que los derechos son intereses jurídicamente protegidos y el derecho (subjetivo) es la seguridad jurídica del goce<sup>300</sup>.

En cuanto al interés legítimo en el derecho italiano, señala Guastini que con este se puede hacer referencia al menos a dos situaciones: a) a un interés ocasionalmente protegido o b) a un derecho debilitado o degradado<sup>301</sup>; pero en todo caso, a la hora de ubicar conceptualmente tal término, señala que “es bastante claro que el ‘interés legítimo’ solo puede ser el nombre de un peculiar derecho subjetivo entendido en sentido amplio”<sup>302</sup>.

García de Enterría, por su parte, considera al interés legítimo como derecho subjetivo atípico que se puede denominar reaccional e impugnatorio y que nace para el ciudadano cuando la administración con su actuar ilegal afecta la órbita de sus intereses materiales o morales<sup>303</sup>

Otra de las críticas que se elevan frente a la noción de interés legítimo es la obsolescencia de su uso para brindar una mayor tutela jurídica sobre el administrativo frente a las actuaciones de la administración.

---

<sup>298</sup> Gil Botero, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado, Op cit. p. 51.

<sup>299</sup> Ibid. p. 50.

<sup>300</sup> Ihering, Rudolf Von. El espíritu del derecho romano. Bogotá. Leyer, 2005. p. 695.

<sup>301</sup> Guastini, Riccardo. La sintaxis del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 100-103.

<sup>302</sup> Ibid. p. 101.

<sup>303</sup> García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, Op. Cit. p. 41.

---

Cruz Parceró sostiene que el concepto de interés legítimo durante el siglo XIX permitió que los ciudadanos afectados por decisiones administrativas pudieran tener la capacidad de exigir el control y legalidad de los actos de la administración. No obstante, tales teorías tradicionales se encuentran en crisis tras la entrada en escena del discurso de los derechos constitucionales y de los derechos humanos.

Señala el referido autor que es difícil encontrar actualmente un interés legítimo que no implique un derecho humano reconocido por tratados internacionales, por la constitución o la ley o que resulte de la concreción de los dos primeros. En ese sentido señala que, si un interés es jurídicamente relevante, seguramente sea posible encajarlo dentro de los derechos que ya se tienen reconocidos<sup>304</sup>. Adicionalmente, considera que en virtud de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad en materia de derechos humanos no es posible reducirlos a menos intereses legítimos, es decir darles un tratamiento como si se tratara de normas de menor importancia que los derechos subjetivos<sup>305</sup>.

De ahí que su propuesta sea que la noción de interés legítimo se interprete en términos de derechos (en consonancia con los conceptos de derechos constitucionales y humanos) y más precisamente con la violaciones o afectaciones a derechos. En ese sentido tener un interés legítimo no es otra cosa que el equivalente a que se ha afectado un derecho<sup>306</sup>.

Por lo anterior, resulta cuestionable el ejemplo que brinda Gil Botero, en tanto que reducir los derechos de las parejas del mismo sexo a intereses legítimos o intereses jurídicamente protegidos, (aunque señale tal ejemplo como un mecanismo de brindar protección jurídica a situaciones tradicionalmente desprotegidas) resulta en considerarlos como posiciones jurídicas de menos importancia que los derechos.

Por otra parte, Medina Alcoz a partir de un análisis histórico del concepto de *interés legítimo* en el ámbito del derecho administrativo, señala que su nacimiento en los derechos francés, alemán, italiano y español no tuvo como fin el de enriquecer la teoría de las situaciones activas heredadas del derecho civil; sino que en el marco de planteamientos anti individualista y totalitarios, surgió con el propósito de excluir las consecuencias jurídicas de llamar derecho a la obligación que recae sobre la Administración, tales como solicitar su observancia o la de exigir una protección judicial plena<sup>307</sup>.

En efecto, considera el autor que entender que alguien es titular de un derecho, a diferencia de considerar que es titular de un interés legítimo cuyo correlato es una justicia abstracta, implica la posibilidad de una tutela plena y eficaz. Lo cual lleva a que el juez no solamente pueda declarar tales derechos, sino que pueda tutelarlos cautelarmente y mediante ordenes coercitivas directas.

A pesar del uso original de la noción de interés legítimo, esta se identificó posteriormente en el derecho español (al igual que en nuestro sistema jurídico nacional) como

---

<sup>304</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio. Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos. México: Instituto de estudios constitucionales de Querétaro, 2017. p. 116.

<sup>305</sup> Ibid. p. 106

<sup>306</sup> Ibid. p. 112.

<sup>307</sup> Medina Alcoz, Luis. Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 245 -247.

---

catalizadora de mayor protección sobre el individuo. Esto para Medina Alcoz tenía sentido en el marco del Estado Social de derecho, pero el actual paradigma constitucional ha subjetivado tal institución convirtiéndolo en un modelo de *Estado de Derechos*, en el que la proliferación de estos y la búsqueda de una tutela judicial efectiva frente a la actividad de la administración, conlleva a pensar que la noción de interés legítimo no logra nada que no proporcione el concepto de derecho subjetivo<sup>308</sup>. De ahí que sentencie lo siguiente:

*¿Qué es el interés legítimo? En el Derecho administrativo español actual es un fósil, un vestigio, la huella de algo que ha desaparecido. Del “interés legítimo” queda solo el nombre; el ordenamiento jurídico mantiene el significante, pero le ha hurtado su significado histórico al independizar la tutela judicial efectiva de la finalidad protegida por las normas jurídico – administrativas.*<sup>309</sup>

Finalmente, una tercera objeción que se puede elevar ante el uso de la noción de interés legítimo o de interés jurídicamente tutelado al momento de establecer el objeto del daño (la cual también se enuncio frente a la posibilidad de entender como objeto del daño a los bienes jurídicamente protegidos) consiste en que su indeterminación conceptual es un elemento amplificador de la responsabilidad extracontractual, cuyos únicos límites parecen encontrarse en la fantasía del interprete judicial<sup>310</sup>. Como lo señala Edgar Cortez hoy todo interés, por serio, noble o frívolo que sea, aspira a una tutela resarcitoria<sup>311</sup>.

Un elemento tan ambiguo como el *interés* genera la proliferación de rubros indemnizables, trayendo consigo el peligro de indemnizar daños bagatelares o micro daños que se acercan mucho a la simple noción de molestia o fastidio. Tal como ha sucedido con la solicitud de indemnización por afectación a la felicidad o al de una vida libre de frustraciones<sup>312</sup>.

La clasificación de los daños a partir de las nociones de bien jurídico, interés jurídicamente protegido o interés legítimo, por la vaguedad de en su contenido, resulta sumamente compleja y de inevitable superposición entre las distintas categorías. Al respecto, Henao recuerda la propuesta de clasificación de daños hecha por L. Richer, según la cual el daño puede catalogarse en: daño sufrido por medio de un bien, daño financiero sufrido en ejercicio de una actividad profesional, daño financiero sufrido en ejercicio de una actividad no profesional, daño corporal y alteraciones a las condiciones de existencias, daño moral, entre otros<sup>313</sup>.

Ejemplo nacional de estas dificultades son las categorías de daños inmateriales que ensayó el Consejo de Estado hasta 2011. Estas categorías parecen estar guiadas bajo el precepto del daño como afectación de un bien jurídico tutelado o en última instancia a un interés legítimo y no en la afectación de un derecho subjetivo como tal. Así, por ejemplo, el denominado *perjuicio biológico*, no consideraba el daño en un sentido jurídico como

---

<sup>308</sup> Ibid. p. 248.

<sup>309</sup> Ibid. p. 272.

<sup>310</sup> Cortés, Edgar. pp. 39 – 43.

<sup>311</sup> Ibid. p. 41.

<sup>312</sup> Koteich Khatib, Milagros. pp. 76 – 80.

<sup>313</sup> Henao Pérez, Juan Carlos. De las distintas formas de concebir la tipología de perjuicios. En Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, T. I, Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2011. P 151.

---

vulneración al derecho a la integridad física, sino que se volcaba sobre la entidad biológica del *cuerpo de la persona*; de igual forma el perjuicio de agrado o de desagrado sobre *las dificultades en la realización de actividades cotidianas*; de forma similar la alteración a las condiciones de existencia, o afectación a la vida de relación, carecen de un contenido normativo y se acerca a la que Barros Bourie señala como menoscabo, turbación o molestia.

Incluso el daño a la salud, por su denominación parece referirse más al *bien jurídico salud* que al derecho constitucional a la salud. Cuando el Consejo de Estado decidió realizar el trasplante jurídico de esta tipología de daño, no cuestionó el nomen iuris de la nueva categoría de daño, como tampoco el fundamento constitucional que se le iba a otorgar, con lo cual se generó cierta incoherencia.

El derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política colombiana consiste en el derecho al acceso a los servicios de salud. Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-016 de 2007, este derecho fundamental puede entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel de salud posible. De ahí que pueda considerarse que más que un daño a tal derecho fundamental, lo que la tipología de daño intenta reparar es la afectación al derecho a la integridad personal; derecho consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, integrado por vía del bloque de constitucionalidad y recogido en el artículo 12 de la Constitución Nacional.

### **Los derechos subjetivos como nuevo centro del objeto del daño y de la tutela**

Una manera de delimitar y contener la expansión sin límites de la responsabilidad extracontractual es erigir al concepto de derecho en el centro del objeto del daño; sea que se trate de derechos con contenido económico o no, o se trate de derechos colectivos o individuales.

Especialmente, con el fin de delimitar la responsabilidad extracontractual que se declara por vía de la reparación directa, es deseable que se fije como objeto de esta los derechos subjetivos individuales.

Esto permite un entendimiento normativo de la responsabilidad extracontractual del Estado, a través de la cualificación del objeto del daño y por ende del objeto de la tutela jurídica resarcitoria. Con ese fin, se trata entonces de elevar los sentimientos, intereses o necesidades a posiciones normativas; es decir, tornar hechos brutos, en hechos normativos<sup>314</sup>.

De acuerdo con la teoría jurídica, los derechos subjetivos pueden ser entendidos como posiciones jurídicas, las cuales, a su vez, están compuestas, entre otras cosas por normas y obligaciones jurídicas<sup>315</sup>.

Rodolfo Arango explica que la posición jurídica es “la situación jurídica que ocupa una persona dentro del ordenamiento normativo, que debe ser reconocida y protegida prima

---

<sup>314</sup> Arango, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales (2 ed.). Bogotá: Legis, 2012. p. 309.

<sup>315</sup> Ibid. p. 9.

---

facie porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo”, es decir, de razones válidas.

De acuerdo con el autor colombiano, los derechos subjetivos no son únicamente aquellas posiciones jurídicas que se encuentran contenidas en un enunciado normativo (norma positiva), sino que los derechos subjetivos son todas aquellas posiciones jurídicas que se le puede adscribir a un enunciado normativo o a una red de enunciados normativos a través de razones válidas<sup>316</sup>.

Ahora bien, las principales formas que adoptan las posiciones jurídicas en los distintos ordenamientos jurídicos son la de a) libertades, b) derecho a algo, c) competencias, d) inmunidad. Esta última se refiere a “*la posición jurídica en la que la situación jurídica de T no puede ser modificada por las acciones de D. De manera correlativa, D carece de competencia para modificar mediante sus acciones, la situación jurídica de T*”<sup>317</sup>.

Ahora bien, entender el objeto del daño en términos de derechos no es nada nuevo en la doctrina civilista nacional. Esta postura es defendida por los profesores Valencia Zea y Ortiz Monsalve, quienes consideran lo siguiente:

*No es suficiente la noción según la cual el daño es la supresión o disminución de cualquiera de los bienes que sirven al hombre para la satisfacción de sus necesidades, porque la palabra bien es vaga, y si agregamos que debe tratarse de un bien protegido por el ordenamiento jurídico, estamos diciendo que debe referirse a un derecho subjetivo, pues estos no son otra cosa sino bienes o intereses jurídicamente protegidos.*<sup>318</sup>

Agregan los autores que quienes consideran que el daño no supone necesariamente la lesión de un derecho subjetivo, parten de una concepción anticuada de la naturaleza de la reparación de daños en el derecho civil o de una concepción estrecha de los derechos subjetivos. Consideran en todo caso, que la víctima que pretenda reparación debe acreditar la lesión de un derecho; sin embargo, no siempre se tratará de un derecho adquirido. El daño también supone la no adquisición de un derecho que legítimamente podría adquirirse<sup>319</sup>.

En igual sentido, Tapias Rocha señala:

*(...) el daño para el Código Civil es la lesión de un derecho, de un derecho de aquellos que por tener contenido económico integran el patrimonio de una persona, en particular la violación, detrimento, o menoscabo de un derecho real o de un derecho personal o de crédito, peros se da también cuando se lesionan los derechos que tienen toda persona sobre su vida, salud, integridad corporal.*<sup>320</sup>

Nada raro resulta que la doctrina civilista entienda el daño en razón a los derechos subjetivos, como tampoco es extraño que a partir del proceso de constitucionalización el derecho administrativo vuelva sus ojos nuevamente hacia ese concepto como

---

<sup>316</sup> Ibid. pp. 20-23.

<sup>317</sup> Bernal Pulido, Carlos. Op. cit. p 27.

<sup>318</sup> Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. Derecho civil, Tomo III. Bogotá: Editorial Temis, 2010. pp. 227- 228.

<sup>319</sup> Ibid. p. 229. Lo que sin duda se relaciona con la verosimilitud (más que certeza), como elemento necesario para la reparación del daño.

<sup>320</sup> Tapias Rocha, Hernando, la Concepción del daño en el Código de Bello. En Mantilla Fabricio. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet. Bogotá. Universidad del Rosario, 2008. p. 207.



---

configurador de la responsabilidad extracontractual, dado que la noción de derecho subjetivo fue asumida en primer lugar por el derecho civil y transferida posteriormente al derecho constitucional como elemento constitutivo de la sociedad, en donde se ha expandido más allá de sus límites tradicionales<sup>321</sup>.

A partir del recorrido doctrinal y conceptual expuesto a lo largo de este acápite, se considera que las nociones de bien, jurídico interés jurídico e interés legítimo, por su vaguedad e imprecisión y por la tendencia a generar una hipertrofia de la responsabilidad extracontractual, no resultan idóneas para asumir el papel de objeto del daño.

Tal posibilidad era aceptable en el Estado decimonónico, como una forma de brindar mayor protección al ciudadano, cuyos derechos se restringían a unos pocos, generalmente a la propiedad y a algunas libertades tradicionales<sup>322</sup>. Actualmente nos encontramos frente al Derecho de los derechos, es decir, a un derecho marcado por el lenguaje de los derechos, el cual tiene como consecuencia una multiplicación de los derechos jurídicos, no solamente a través del ejercicio del legislador, sino también a partir de la actividad judicial<sup>323</sup>.

Bajo esos parámetros, la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado y la formulación de la nueva categoría de daño permiten hacer expresa la relación intrínseca entre el concepto de derecho (derecho subjetivo) y el concepto del daño, pues centra al primero en el núcleo del objeto del segundo. Siguiendo a Rodolfo Arango, es posible afirmar que una teoría de los derechos subjetivos tiene la vocación de convertirse en una teoría de los daños probables y actuales<sup>324</sup>.

Desde el ámbito procesal, a tono con la postura de los derechos como objeto del daño, también se encuentra la de los derechos como objeto de la tutela judicial, así el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que el objeto de la jurisdicción es la protección y efectividad de los derechos:

*ARTÍCULO 103. OBJETO Y PRINCIPIOS. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. (Énfasis propio)*

Así mismo, el artículo 1º de la Ley 270 de 1996 dispone que la administración de justicia se centra en hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución Política y la ley:

**ARTÍCULO 1o. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.** La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos **los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas**, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. (Énfasis propio)

Volviendo al plano sustancial, de conformidad con lo expuesto, se considera que el objeto de la nueva categoría de daño y del daño en general son los derechos. Pero deberá tenerse

---

<sup>321</sup> Zagrebelsky, Gustavo. Op. cit. p. 82.

<sup>322</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio. Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos. Op.cit. pp. 99-100.

<sup>323</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio. El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. pp. 153- 154.

<sup>324</sup> Arango, Rodolfo. Op. cit. p. 352.

---

en cuenta que no toda afectación a un derecho constituye su vulneración, especialmente si se tiene en cuenta que los derechos pueden operar no solo como reglas, sino también como principios. En ese sentido, el hecho que algunos derechos funcionen como principios (especialmente los derechos fundamentales y los derechos humanos) implica que su alcance se determina a partir de una situación concreta, en la cual con seguridad deberá hacerse una ponderación respecto a otros derechos o fines sociales<sup>325</sup>.

Si bien ningún ciudadano está obligado a soportar las actuaciones ilegales e inconstitucionales de la administración, dando lugar a la tutela resarcitoria de haberse vulnerado un derecho; la situación es muy distinta cuando se trata de limitaciones legítimas de derechos, cuyo propósito es perseguir un fin constitucional, es en estos eventos en los cuales habrá lugar a realizar la ponderación y al análisis de sus efectos sobre la tutela resarcitoria<sup>326</sup>.

### 2.3.2. ¿DERECHOS CONSTITUCIONALES, FUNDAMENTALES O DERECHOS HUMANOS?

Se parte de la base de que cuando existe una vulneración de un derecho de aquellos que conforman el patrimonio económico de una persona, se considerará que se está en presencia de un daño patrimonial, el cual procederá a ser reconocido bajo los tradicionales *daño emergente* o *lucro cesante* y se podrán adoptar medidas de reparación de corte restitutorio o indemnizatorio. Los derechos subjetivos que conforman el patrimonio de una persona han sido tradicionalmente objeto de reparación a través de las acciones dispuestas para la declaratoria de responsabilidad del Estado, dentro de las que se encuentra, por su puesto, el medio de control de reparación directa. En ese sentido, La reparación de este tipo de derechos de contenido económico necesariamente pasará por reconocer sumas de dinero que salieron del patrimonio del demandante a raíz del hecho dañoso y de aquellas sobre las que es razonablemente previsible que hubieran entrado al patrimonio de no haber acaecido el daño.

Por otra parte, la nueva categoría de daño extrapatrimonial propuesta por el Consejo de Estado se centra en aquellos daños a derechos que no tiene contenido económico. En ese contexto esa colegiatura ha entendido que se trata de vulneraciones a “*derechos constitucionales y convencionales*”<sup>327</sup>. Con lo cual surge el interrogante sobre sus diferencias.

Conviene entonces iniciar con una reconstrucción conceptual de las diferentes categorías de derechos.

Como categoría jurídica, Bernal Pulido señala que los derechos humanos tienen una serie de propiedades materiales y formales. En cuanto a las propiedades formales, será considerado derecho humano todo aquel que esté establecido en un instrumento

---

<sup>325</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio. Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos. Op. cit. p. 116.

<sup>326</sup> García de Enterría señala que las limitaciones administrativas de los derechos se caracterizan por su no indemnizabilidad. García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. Op. cit. p. 100.

<sup>327</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

---

internacional sobre derechos humanos o que sea reconocido como tal por parte de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. Mientras que las propiedades materiales son la de proteger: 1) alguna de las libertades básicas del concepto liberal de persona, 2) alguna de las facultades básicas del concepto democrático de persona o 3) alguna de las necesidades indispensables para el ejercicio.

Serán derechos humanos todos aquellos que cumplan con una de las propiedades formales o materiales arriba descritas. Aunque, la noción de derechos humanos tradicionalmente ha correspondido con una categoría del derecho internacional público<sup>328</sup>. Los derechos convencionales a los que se refiere la nueva categoría de daño pueden entenderse, entonces, como aquellos derechos humanos contenidos en el instrumento de derecho internacional público nombrado por los países suscriptores como Convención Americana de Derechos humanos

A nivel interno se encuentran los derechos constitucionales y fundamentales, los cuales resultan equivalentes a los derechos humanos, dado que los contenidos propios de estos últimos han sido incorporados y positivizados en la mayoría de los ordenamientos constitucionales contemporáneos<sup>329</sup>.

Los derechos constitucionales constituyen el género dentro del que se encuentran los derechos fundamentales (la especie). Ambos tipos de derecho tienen un igual rango normativo (la constitución). La diferencia radica en que los derechos fundamentales gozan de garantías suplementaria: pueden ser protegidos mediante acción de tutela, son objeto de reserva de ley estatutaria y existen requisitos adicionales para su reforma.<sup>330</sup>

No obstante, el panorama de los derechos no se limita a la anterior clasificación. Dentro de los derechos que consagra la constitución y que por ende cabrían dentro del enunciado derechos constitucionales que se usa en la nueva categoría de daño se encuentran los derechos colectivos.

El capítulo 3 de la Constitución política de Colombia trata de los derechos colectivos y del ambiente, entre los cuales se encuentran los de patrimonio público, espacio público, seguridad y salubridad pública, a la moral administrativa, al ambiente y a la libre competencia económica. Este tipo de derechos, según lo ha expuesto la Corte Constitucional se caracterizan por tratarse de *“un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés”*<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> Uprimny Yepes, Rodrigo. Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos en la constitución. En: La responsabilidad en derechos humanos: memorias. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996. p. 56

<sup>329</sup> Ibid. 60

<sup>330</sup> Chinchilla Herrera, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?: las nuevas líneas de la jurisprudencia. Bogotá: Temis, 2009. p. 141 - 142.

<sup>331</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999.

---

Al respecto ha de precisarse que los derechos colectivos también se encuentran en el centro del objeto del daño, en tanto que conforman una de las dos subclases de derechos subjetivos.

Como ya se mencionó los derechos hacen referencia a posiciones jurídicas, es decir, a la posición de un sujeto de derecho dentro de un orden jurídico. Ahora, ese sujeto de derecho no solo son los individuos, sino que también las colectividades pueden ser objeto de derechos subjetivos<sup>332</sup>. De ahí que los derechos subjetivos puedan clasificarse en derechos subjetivos individuales y derechos subjetivos colectivos.

En ese sentido, es posible interrogarse si la nueva categoría de daño busca reparar derechos humanos, derechos constitucionales, derechos fundamentales, o derechos colectivos, o si busca reparar solo algunos de ellos o todos ellos juntos.

Bajo el anterior contexto se parte de señalar que los derechos humanos contenidos en la convención americana de derechos humanos, en virtud del bloque de constitucionalidad vienen a constituirse a nivel interno como normas constitucionales, es decir, normas de carácter constitucional. Con lo cual podría considerarse que basta con entender que la nueva categoría de daño tiene por objeto los derechos constitucionales. No obstante, derechos constitucionales como la propiedad, de claro carácter económico, no tendrían lugar a ser reparados mediante esta nueva tipología.

Otro tanto sucedería con los derechos colectivos. La anterior acción de reparación directa, hoy medio de control de reparación directa, ha estado tradicionalmente encaminada y dirigida a la reparación de derechos de corte individual, mientras que los derechos colectivos, con la constitución de 1991, son objeto de protección de la acción popular<sup>333</sup>. En ese sentido, por sustracción de materia puede señalarse que el objeto (al menos no el objeto directo) de la nueva categoría de daño no busca reparar aquellos derechos constitucionales cuya titularidad se encuentra en cabeza de una comunidad o colectivo.

Queda entonces la categoría de los derechos fundamentales que no es otra cosa que los derechos constitucionales con una garantía reforzada. Tal es el entendimiento de M' Causland sobre el asunto cuando señala que “al margen de algunas variaciones en su denominación, tanto la Corte Suprema de justicia como el Consejo de Estado colombianos reconocen hoy, como una categoría autónoma de prejuicios inmaterial, el daño a los derechos fundamentales”<sup>334</sup>. No obstante, dado que los derechos fundamentales se encuentran abarcados dentro de los derechos constitucionales, nada impide acoger la categoría general como objeto de reparación mediante la nueva categoría de daño.

Se puede considerar, entonces, que se ha ampliado el daño extrapatrimonial con el fin de otorgar tutela resarcitoria a todos aquellos derechos constitucionales que carecen de

---

<sup>332</sup> Arango, Rodolfo. Op. cit. p. 72.

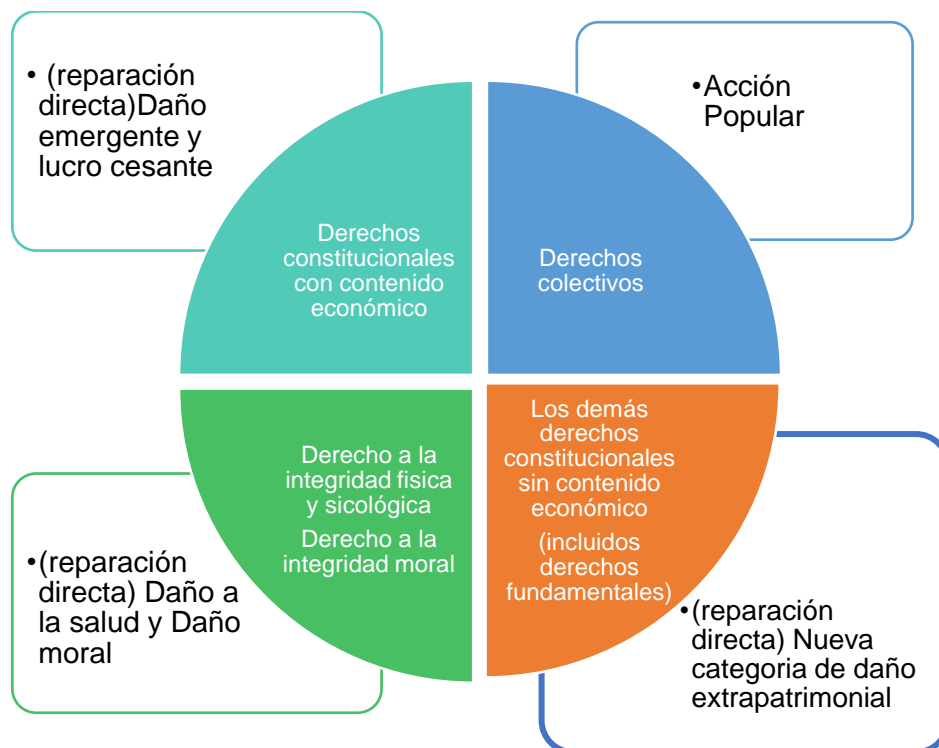
<sup>333</sup> Artículo 2º, Ley 472 de 1998: ARTICULO 2o. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

<sup>334</sup> M' Causland Sánchez, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Op. cit. p. 38.

subrogado pecuniario por cuanto los que lo contienen podrán ser reparados mediante las modalidades de daño emergente y lucro cesante.

Esta nueva categoría de daño tampoco habrá de abarcar los derechos colectivos, pues estos corresponden a la órbita de la acción popular. tampoco se encargará de la reparación del derecho a la integridad física o psicológica, a pesar de que prima facie entre dentro de su rango de acción, pues este tiene unas formula de reparación especial contenidas en la tipología del daño mal llamadas *daño a la salud*.

En ese sentido se trata de una categoría residual, cuyo contenido, aunque no determinado taxativamente por la jurisprudencia, resulta determinable a la luz del derecho constitucional. No obstante, la residualidad no implica que todos los derechos necesariamente habrán de repararse de la misma manera, como si la nueva categoría de daño se tratara de la cama de Procasto de la mitología griega. El juez administrativo al aplicar esta nueva tipología de daño deberá tener en cuenta que se trata de una categoría que abarca derechos diversos, por lo cual se requiere una mayor rigurosidad al analizar la vulneración del derecho y las medidas de reparación correspondientes, especialmente cuando se decreta medidas de reparación no pecuniarias. No se puede, por ejemplo, considerar, que se repara una vulneración al derecho al juez natural o a la familia con la publicación de la sentencia o las disculpas públicas, cosa que posiblemente si pudiese aplicar para afectaciones a la honra y al buen nombre.



### 2.3.3. ¿DAÑO, PERJUICIO O REPARACIÓN DEL DERECHO?

---

Tamayo Jaramillo explica de la siguiente manera la diferencia que la doctrina ha hecho respecto de las nociones de daño y de perjuicio: “... es posible que la acción lesiva cause un atentado contra la vida o la integridad personal de alguien, o la destrucción o deterioro de una cosa, a causa de lo cual se generan daños o perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales a un tercero. Los primeros según la teoría dualista, serían el daño; los segundos serían los perjuicios”<sup>335</sup>

La anterior distinción corresponde con la diferencia que en el derecho italiano existe entre el daño evento y el daño consecuencia. Edgar Cortés señala que con el primero se hace referencia a la pérdida del bien o la lesión del interés, mientras que el segundo se refiere a aquellos resultados dañinos o consecuencias que se derivan del daño evento.

A partir de la anterior, se ha difundido que lo que le corresponde a la Responsabilidad extracontractual es la reparación de los perjuicios y no de la lesión en sí misma considerada. Lo anterior, encontraba apoyo en algunas dificultades que implicaba la reparación del daño evento, entre ellas la de encontrar un daño en el concepto *pretium doloris* (daño moral)<sup>336</sup>.

Adicionalmente, la distinción ente daño y perjuicio o daño evento y daño consecuencia ha servido de fundamento para que algún sector de la doctrina establezca una clasificación de los daños en función del lugar que “impacta” (por ejemplo, daño a la persona o daño a las cosas<sup>337</sup> o daños al patrimonio<sup>338</sup>) y una clasificación de perjuicios a partir de su naturaleza (patrimoniales o extrapatrimoniales)<sup>339</sup>.

No obstante, la introducción del denominado daño a la salud puso de nuevo sobre la mesa la discusión sobre si lo que se repara es el daño evento o el daño consecuencia. Por cuanto no resulta igual reparar la afectación a la integridad física (pérdida de una mano o un brazo, por ejemplo) que reparar las consecuencias que de tal afectación física se generen<sup>340</sup>.

Al respecto, Cárdenas Mesa señala que el daño a la salud en Colombia constituye una posición ecléctica entre el daño evento y el daño consecuencia por cuanto “engloba la pérdida de la armonía corporal, así como las consecuencias provenientes de las afectaciones a la integridad psico-física del individuo”<sup>341</sup>.

---

<sup>335</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. Qué es el daño. Op. cit. p. 13.

<sup>336</sup> Cortés, Edgar. Op. cit. p. 48.

<sup>337</sup> De esa manera quedó redactado el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

<sup>338</sup> Cortés, Edgar. Op. cit. p. 45.

<sup>339</sup> Henao Pérez, Juan Carlos. De las distintas formas de concebir la tipología de perjuicios. Op. cit. p. 156 – 157.

<sup>340</sup> Gil Botero, Enrique. El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. Revista Digital de Derecho Administrativo. 8 (dic. 2012), Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385/3035>. p. 92. Y Cortés, Edgar. Op. cit. p. 47.

<sup>341</sup> Cárdenas Mesa, John Arturo. (2015). La reparación del daño evento en Colombia. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 45(123). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a02>. p. 358.

---

En un sentido similar, Enrique Gil señala que el daño a la Salud no se tiene en cuenta, o lo hace en un mínimo grado, las consecuencias externas del daño en sí mismo considerado, es decir, casi no vincula el daño consecuencia<sup>342</sup>.

Otra parte de la doctrina considera que establecer una diferencia entre daño y perjuicio no resulta de gran utilidad a la hora de establecer las medidas de reparación. Cortes, por ejemplo, señala que daño en su sentido técnico implica todas aquellas consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión de un interés. Es decir que lo importante no es el fenómeno físico externo o el hecho dañoso, sino que lo importante son las consecuencias que de él se derivan. Por lo anterior, la pecuniariedad o no del daño no se determina a partir del lugar donde golpea el evento dañoso, sino de si las consecuencias son patrimoniales o no patrimoniales<sup>343</sup>.

Por otra parte, considera Tamayo Jaramillo que se debe partir de diferenciar entre daño en sentido físico y daño en sentido jurídico. El daño material o físico será ese cambio en el estado de cosas. Así por ejemplo, la destrucción de un bien mueble constituye un daño físico que solo tendrá relevancia jurídica siempre el bien haga parte del patrimonio de algún sujeto de derecho, es decir que se afecte con ello el derecho de propiedad, o implique la vulneración de algún otro derecho para un sujeto. En ese sentido, concluye el citado autor, que el daño será toda afectación de un bien jurídico<sup>344</sup> de un tercero<sup>345</sup>.

El autor colombiano considera que no es posible que existan dos conceptos jurídicos diferentes: daño en sentido jurídico y perjuicio en sentido jurídico, concluye que daño y perjuicio son lo mismo y que a menudo pueden existir daño sin que exista daño físico, o en un sentido contrario, existir un daño físico sin que exista daño en sentido jurídico<sup>346</sup>.

En un sentido similar, Botero Aristizábal considera que la diferencia entre daño y perjuicio además de no tener asidero en el complejo de normas que integran nuestro sistema jurídico, tampoco resulta conceptualmente relevante, en tanto existe una bifurcación fenoménica entre el daño como hecho físico y el daño como hecho jurídico. Solo algunos hechos físicos trascienden y se convierten en hechos jurídicos, estos son los de amenaza, alteración o privación de un interés humano relevante<sup>347</sup>.

Siguiendo la línea de los anteriores autores, se considera que, si se entiende el daño como vulneración de un derecho subjetivo, la bifurcación entre daño y perjuicio pierde utilidad. Puesto que ante la vulneración de un derecho lo que se busca es su reparación integral permitiendo que el sujeto de derecho pueda gozar nuevamente de él o compensando su pérdida o la imposibilidad de haberlo ejercido.

Ahora, la afectación primigenia de un derecho o una posición jurídica puede derivar en la afectación o privación de otros derechos u otras posiciones jurídicas, como ondas en el

---

<sup>342</sup> Gil Botero, Enrique. El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. Op. cit. p. 92.

<sup>343</sup> Cortés, Edgar. Op. cit. p. 48 – 49.

<sup>344</sup> Al respecto habrá que tener en cuenta las salvedades ya hechas frente al uso de los términos: bien jurídico o interés jurídicamente tutelado.

<sup>345</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. Qué es el daño. Op. cit. p. 14.

<sup>346</sup> Ibid. p. 15.

<sup>347</sup> Botero Aristizábal, Luis Felipe. El concepto del daño. En Tamayo Jaramillo, Javier ed. Nuevas reflexiones sobre el daño. Bogotá: Legis, 2017. p. 137 – 140.

---

agua que se expanden. Esas afectaciones secundarias, consecuencia de aquel daño primigenio, también son daños en sí mismo considerados y procede, en principio, su reparación. Habrá entonces tantos daños como posiciones jurídicas alteradas, afectadas o privadas.

Así las cosas, dependiendo del caso en concreto habrá de tenerse en cuenta las consecuencias del hecho dañoso siempre que estas impliquen daños en sí mismo, es decir, afectaciones y privación consolidadas o verosímiles de derechos o posiciones jurídicas; lo importante en todo caso será que las medidas de reparación sean coherentes con la vulneración y la naturaleza del derecho que se pretende reparar.

Es de suma importancia, bajo esta concepción, diferenciar entre el derecho vulnerado en primera instancia por el hecho dañoso, o el daño directo y aquellos derechos que indirectamente se vean afectados. Por ejemplo, la pérdida por parte de una persona de su brazo implica un daño directo a su derecho a la integridad física, pero si ese daño afecta su capacidad de adquisición económica hacia el futuro, habrá una afectación a su patrimonio, entendido este como el conjunto de derechos de contenido económico que lo conforma o que con verosimilitud<sup>348</sup> podrían haberlo conformado de no haber acaecido el daño. De ahí, que sea distinta la reparación (in natura o pecuniaria por vía de compensación) del derecho a la integridad física, que la reparación económica de la afectación al patrimonio.

La regla de oro es no reparar doblemente un mismo daño, razón por la cual los derechos con contenido económico sean estos constitucionales como la propiedad, o de rango legal o contractual (como los derechos de crédito) pueden ser reparados integralmente a través de una suma de dinero por la pérdida económica sufrida o aquella ganancia económica dejada de percibir. Pero, Independientemente de si tienen rango constitucional, los derechos con contenido económico no resultan reparables bajo la nueva categoría de daños de afectación a bienes o derechos constitucional o convencionalmente protegidos.

La naturaleza del daño estará determinada por la naturaleza del derecho afectado, del cual, a su vez, y dependiendo de la situación concreta de cada caso, se derivará la forma más idónea para su reparación de conformidad con el principio de reparación integral.

Ahora, la diferencia entre daño y perjuicio tampoco resulta necesaria para establecer una clasificación de los daños. Como lo señala Henao, es posible proponer una clasificación a partir del derecho lesionado<sup>349</sup>. Siempre que no implique reparar un mismo daño mas de una vez<sup>350</sup>:

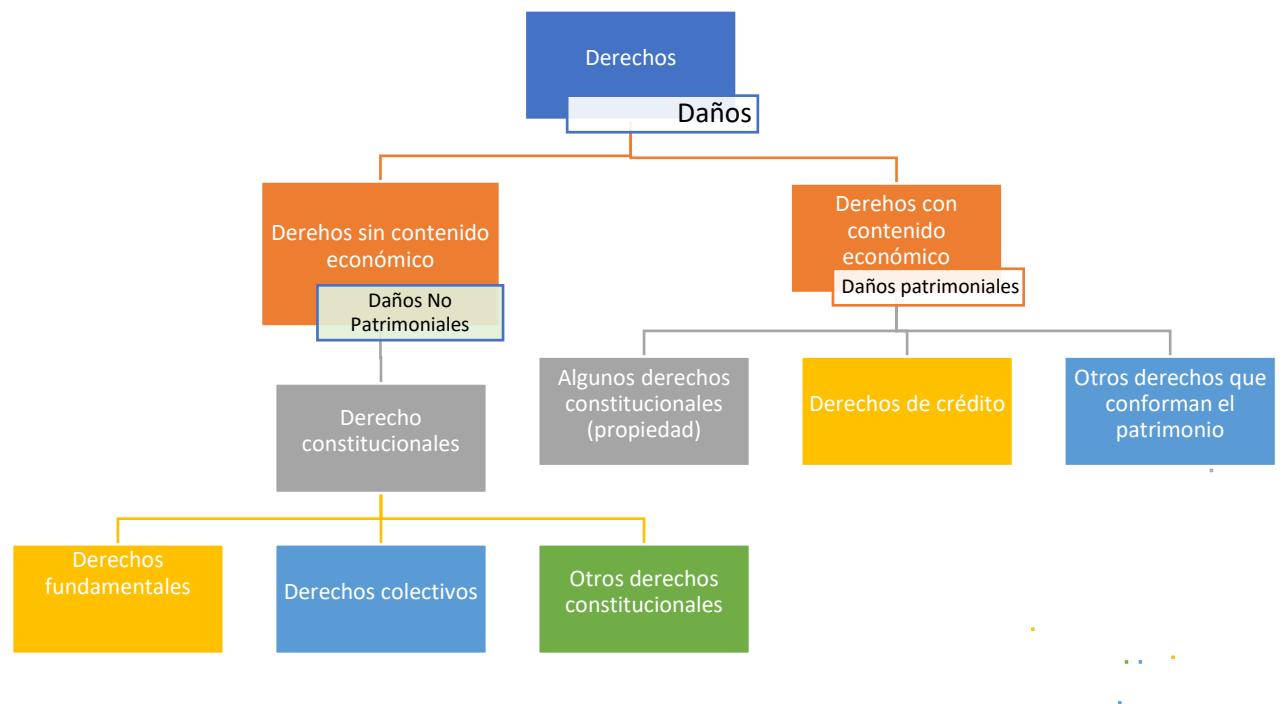
---

<sup>348</sup> Verosimilitud en cuanto a que nunca existe una certeza absoluta sobre los eventos futuros, tal como lo expone Pedro Zapata en su tesis doctoral. En: Zapata, Pedro. Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Universitat de Barcelona, 2018. p. 167 y 168.

<sup>349</sup> Henao Pérez, Juan Carlos. De las distintas formas de concebir la tipología de perjuicios. En responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho: homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, T. I, Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2011. p. 160.

<sup>350</sup> Ibid. p. 163.





#### 2.3.4. ¿RESTITUIR O COMPENSAR?

La sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre el daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos señala que:

*i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño.<sup>351</sup>*

Sin embargo, no toda reparación de este tipo de daño implica que la víctima pueda volver a ejercer plenamente de los derechos conculcados, en otras palabras, no toda medida pecuniaria o no pecuniaria puede restablecer el núcleo esencial del derecho vulnerado.

En muchos eventos las medidas de reparación no logran resarcir el núcleo esencial del derecho vulnerado, bien porque el hecho dañoso ya se superó, porque la naturaleza del daño hace difícil su recuperación o simplemente porque después del acaecido el evento dañoso el derecho adquiere una nueva identidad. Esto no quiere decir que no pueda verse materializado el principio de la reparación integral.

Por ejemplo, puede señalarse que la reparación del derecho a la familia de un niño cuya madre cabeza de hogar fue privada injustamente de la libertad, no se logra con la publicación de la sentencia o las disculpas públicas, mecanismos tradicionalmente usados

<sup>351</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

---

por el Consejo de Estado a la hora de establecer medidas de reparación por afectación a *bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos*<sup>352</sup>.

Como lo ha expuesto el máximo tribunal contencioso administrativo, en eventos de privación injusta de la libertad, se requiere que exista sentencia absolutoria, por cuanto es a partir de ese momento que se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad<sup>353</sup>. En ese sentido, el curso de los hechos hace que el niño pueda disfrutar de nuevo de su derecho a una familia, y que los lazos de familia puedan empezar su reconstrucción antes de que el juez administrativo incluso pueda conocer del asunto. Esto es lo que se conoce en la jurisprudencia constitucional como el hecho superado, es decir, la superación de afectación del derecho vulnerado<sup>354</sup>, tal como acontece, por ejemplo, con una acción de tutela que buscaba la protección del derecho fundamental de petición, cuando la entidad que se encontraba en mora de responder y contesta la solicitud del ciudadano antes de que el juez dicte sentencia.

En casos como el expuesto de privación injusta de la libertad, cualquier medida que se disponga para efectos de reparar la afectación de derechos como la familia, tendrá un carácter compensatorio y no restitutorio.

De igual forma sucede con la afectación a la integridad física (daño a la salud). Ninguna medida, pecuniaria o no pecuniaria, salvo que sea posible la rehabilitación total, puede restituir la integridad física perdida. Las medidas de reparación, por lo general, tendrán un carácter compensatorio y el derecho a la integridad física adquirirá una nueva identidad una vez se encuentre superado el evento dañoso.

Caso contrario sucede con el derecho al buen nombre, el cual puede ser siempre reparado con la publicación de sentencia y las disculpas públicas por parte de la entidad causante del daño.

Ahora bien, en varias oportunidades del Consejo de Estado ha entendido que las medidas de no repetición y las medidas de satisfacción como la publicación de la sentencia permiten reparar el “núcleo esencial” de los derechos vulnerados, incluso cuando los daños versan sobre afectaciones a la libertad<sup>355</sup>, a la integridad física e incluso a al juez natural<sup>356</sup>. Con lo cual este tipo de medidas se han convertido en un comodín resarcitorio, sin que medie una reflexión de por qué y de qué manera se reparan los derechos cuya vulneración se encuentra probada en el proceso.

Al respecto, se considera que las medidas de satisfacción, por lo general, resultan idóneas para reparar un derecho constitucional en particular: el de la integridad espiritual, faceta de la integridad personal y contracara necesaria de la integridad psicofísica de las personas, cobijado tradicionalmente bajo la denominación de daño moral. Las referidas

---

<sup>352</sup> Tal es el caso que se presenta en la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2015. Rad. 76001-23-25-000-1999-01062-01(29181). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>353</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. sentencia del 13 de noviembre de 2018. Rad. 68001-23-31-000-2006-02670-01 (42966). C.P.: María Adriana Marín.

<sup>354</sup> [Corte Constitucional. Sentencia T-011 de 2016.](#)

<sup>355</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2015. Rad. 17001-23-31-000-2000-01183-01(26958). C. P.: Stella Conto Diaz Del Castillo.

<sup>356</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B. Sentencia del 6 de junio de 2019. Rad. 18001-23-31-000-2005-00142-01(50843). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

---

medidas rara vez resultan idóneas para reparar otro tipo de derechos conculcados o en palabras del propio Consejo de Estado reparar su núcleo esencial.

En aquellos casos en los que no es posible reparar derechos constitucionales a través de la restitución o reparación in natura, debería operar la compensación pecuniaria.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha señalado sobre el daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos:

*Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.<sup>357</sup>*

Al respecto, sin embargo, no se considera necesario que se otorguen el máximo de salarios mínimos por cada derecho conculcado que no pueda ser restituido a través de las medidas no pecuniarias previstas. Basta con que se condene a una suma general que tenga como fin la compensación de derechos de ese tipo, aunque siempre atendiendo a los criterios de la equidad y las particularidades de cada caso.

Así las cosas, se considera que se debe tener en claro que no todas las medidas no pecuniarias que puede dictar un juez administrativo en el marco de su competencia pueden llegar a resultar idóneas para restituir un derecho constitucional conculcado con la acción u omisión del Estado.

En muchas ocasiones esa dificultad se debe a la naturaleza del derecho lesionado o a las circunstancias que rodean el daño. De ahí que en aras de lograr una verdadera justicia material el juez debe analizar en cada evento cuales son los derechos vulnerados y como proceder para su reparación integral, diferenciado aquellos eventos en los que es posible la restitución y aquellos en los que hay necesariamente que acudir a la compensación como forma principal o complementaria de reparación.

### 2.3.5. BALANCE DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y DEL DAÑO A BIENES Y DERECHOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS

La reflexión de los elementos de la categoría de daño a *bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos* que cumple más de un lustro desde la sentencia de unificación que la reconocieron de manera definitiva permite ubicarla y asignarle un papel determinado en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, institución que se encuentra en reconstrucción a partir de la constitucionalización y convencionalización del derecho.

---

<sup>357</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

---

Se parte señalando que el objeto de la responsabilidad extracontractual es la reparación de los derechos subjetivos, es decir, de posiciones jurídicas, y en esa medida el juez administrativo cumple un rol como reparador integral de derechos vulnerados<sup>358</sup>. En ese sentido, en el centro del objeto del daño se encuentran los derechos subjetivos, tanto aquellos que se tenía en el momento de la ocurrencia del daño como aquellos que con verosimilitud hubiera disfrutado la víctima de no haber ocurrido el daño.

Se descarta las nociones de bienes o intereses legítimos como elementos determinadores del contenido del daño, por su condición caduca, por su pasado ligado a la negación o ausencia de derechos y por la incertidumbre y vaguedad que rodea tales conceptos.

En ese sentido, habrá tantos daños como derechos vulnerados y su reparación dependerá, en primer lugar, de la naturaleza del derecho y en segundo lugar de las herramientas de las que se pueda hacer uso para su reparación, atendiendo siempre, en todo caso, al principio de reparación integral.

No obstante, no toda limitación de un derecho genera una vulneración; que algunos derechos funcionen como principios (especialmente los derechos fundamentales y los derechos humanos) implica que su alcance se determine a partir de una situación concreta, en la cual con seguridad deberá hacerse una ponderación respecto a otros derechos o fines sociales.

A partir de la naturaleza de los derechos es posible realizar una clasificación de los daños. Aquellos derechos con contenido económico, independientemente de que sean de rango constitucional como la propiedad, podrán ser reparados integralmente a través de medidas pecuniarias. Por otra parte, aquellos derechos que carecen de contenido económico y que tiene rango constitucional (derechos fundamentales, colectivos o simplemente constitucionales), requieren necesariamente que se intente medidas de restitución con el fin de reparar los derechos, cuando ello sea posible, y medidas de satisfacción y pecuniarias con el fin de brindar compensación por el daño sufrido cuando la restitución del derecho no sea posible. Así las cosas, los derechos constitucionales no se alinean únicamente al lado del daño extrapatrimonial, dado que la Constitución Política colombiana también contiene derechos de contenido económico, dando lugar a los daños patrimoniales.

La regla de oro será, en todo caso, no reparar doblemente un mismo daño, es decir; no reparar más de una vez un mismo derecho.

El *daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos* como categoría de daño extrapatrimonial o no económico viene a centrarse en aquellos derechos constitucionales que carecen de un contenido económico, estableciendo criterios para su reparación. Se encuentran excluida de esta categoría el derecho a la integridad, tanto en su faceta psíquica y psicológica como en su faceta moral o espiritual, pues este tiene

---

<sup>358</sup> Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 6 de junio de 2019. Rad. 05001-23-31-000-2006-03648-01(48202) A. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Rad. 17001-23-31-000-2008-00303-01(52172) A. C.P.: María Adriana Marín. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 12 de julio de 2017. Rad. 76001-23-31-000-2004-01291-01 (43637). C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

---

formas especiales de reparación: las formas establecida para el tradicionalmente conocido daño a la salud en lo que respecta a la primera faceta y las del daño moral para la segunda.

#### 2.4. ALGUNOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE HAN VENIDO REPARANDO

##### **Honra y Buen Nombre**

Uno de los derechos de rango constitucional que más frecuentemente se repara en el marco del medio de control de reparación directa es el de la honra y buen nombre. Dada su naturaleza, las medidas de reparación de este derecho, por lo general, implican medidas de restitución o reparación in natura, las cuales en la mayoría de las veces consisten en la difusión de información encaminada a restaurar la honra y buen nombre de la víctima.

Así, por ejemplo, en sentencia del 5 de julio de 2018 se aborda el caso de un ciudadano, que además de ser privado injustamente de su libertad, vio afectado su buen nombre al ser presentado en un periódico local como un delincuente dedicado al hurto y a la falsificación de documentos. En aquella oportunidad, El Consejo de Estado tomó la siguiente medida:

Comoquiera que se encuentra acreditado en el plenario que como consecuencia de la privación injusta de la libertad –imputada a la Fiscalía General de la Nación– se causó un menoscabo relevante al bien constitucionalmente protegido al buen nombre del señor Duarte Sarmiento, fruto de los señalamientos y un estigma social, entonces, a juicio de la Sala, en los términos de la precitada jurisprudencia de unificación, corresponde ordenar como medida de satisfacción dirigida a restablecer su buen nombre, la publicación de una divulgación periodística similar a la que afectó la reputación de la víctima, en la cual se ponga de presente lo considerado en esta providencia, con la afirmación expresa de que el hoy accionante no fue responsable de la conducta investigada por la Fiscalía General de la Nación, según se había sospechado por la entidad demandada al momento de la captura efectuada el 10 de diciembre de 2003. El cumplimiento de esta orden estará sujeta a la previa aceptación por parte de la víctima.<sup>359</sup>

##### **Derecho a la autodeterminación de la residencia**

En sentencia del 26 de agosto la Subsección B del Consejo de Estado reparó el derecho a la autodeterminación de la residencia a un civil que fue acusado de manera injusta del homicidio de un miembro de la policía. Tal acusación generó amenazas que lo obligaron a exiliarse del país. Como medidas de reparación el Consejo de Estado ordenó que se pidieran disculpas públicas:

*Comoquiera que se probó que el señor ALBERTO, su compañera y su hijo tuvieron que desplazarse a Canadá en calidad de asilados, se encuentra la necesidad de reparar el derecho constitucional y convencionalmente amparado a autodeterminar la residencia, en particular a permanecer en su propia patria, sin ser perseguido y de recibir protección. También sus derechos a la honra y al buen nombre, en cuanto se divulgó en distintos medios de comunicación que era el posible autor del homicidio del patrullero Julián.*

---

<sup>359</sup> Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección A. sentencia del 5 de julio de 2018. Rad. 68001-23-31-000-2006-00822-01(47854). C. P.: María Adriana Marín.

---

(...)

*En consecuencia, la Sala dispone reparar las angustias padecidas por el señor ALBERTO, su compañera e hijo con ocasión del abandono de su vida en Colombia y el inicio forzoso de una etapa en Canadá. Situación que además impone que la Nación–Fiscalía General ofrezca disculpas a los demandantes, en ceremonia previamente acordada con estos. Lo anterior, previa anuencia de los demandantes.<sup>360</sup>*

### **Derecho a la asociación sindical**

Los eventos ante los cuales la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió la reparación del derecho fundamental a la asociación sindical pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de los Municipios y Entes Descentralizados de Colombia, “SINTRASEMA”, Subdirectiva Amagá (Antioquía), sufrieron amenazas a sus vidas por parte de grupos paramilitares con la aquiescencia y la colaboración de funcionarios públicos del municipio. A raíz de tales amenazas y un secuestro del presidente del sindicato, el cual se prolongó por 12 horas, los miembros del sindicato renunciaron a este. Tiempo después el alcalde municipal daría por terminados sus contratos laborales.

Con el fin de reparar el derecho vulnerado el Consejo de Estado se pronunció de la siguiente manera:

*En el presente asunto, para la Sala resulta claro que, tal como se dejó establecido en el capítulo precedente de esta sentencia, como consecuencia de las amenazas contra su vida los trabajadores sindicalizados renunciaron a su fuero sindical y, posteriormente, fueron despedidos, lo cual significó la afectación grave de sus derechos laborales y sindicales.*

*Así las cosas, la Sala, en aplicación del principio de reparación integral y con apoyo en lo dicho en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, decretará las siguientes medidas de carácter no pecuniario, para resarcir o restablecer los bienes constitucionales afectados con ocasión de la falla del servicio que produjo el daño que originó el proceso de la referencia, así:*

*i) Como medida de no repetición, se dispondrá que en el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, el municipio de Amagá deberá implementar un curso de formación integral en garantía y protección de derechos humanos, laborales y sindicales, dirigido a las principales autoridades civiles del municipio, con el fin de prevenir que se vuelvan a cometer hechos como los que dieron origen a la presente acción.*

*ii) De conformidad con la Ley 1448 de 2011 –mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno– y teniendo en consideración que en el presente caso se infringieron obligaciones de protección de los derechos humanos, se enviará al Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y del Archivo General de la Nación copia de la presente sentencia, con el fin de que haga parte de su registro y contribuya a la construcción documental del*

---

<sup>360</sup> Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección B. sentencia del 16 de agosto de 2018. Rad. 25000-23-26-000-2010-00572-01(44793). C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.

---

*país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia.*<sup>361</sup>

## **Derecho al juez natural**

El Consejo de Estado consideró la vulneración de este derecho fundamenta con ocasión de la remisión por parte de la justicia ordinaria de un caso de ejecución extrajudicial a la justicia penal militar, bajo el argumento de que la víctima era un guerrillero que falleció en el marco de una confrontación militar, sin que existieran las suficientes pruebas.

La falta de una investigación exhaustiva por parte de la Justicia Penal Militar no permitió la individualización, enjuiciamiento y la sanción de los responsables, con lo que se favoreció impunidad de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario cometida por militares.

“20.3. Ahora, dado que hace parte de la satisfacción de las víctimas el que se cuente con un juicio imparcial y con plenas garantías, que se apliquen sanciones a los responsables de las violaciones, y que en el caso concreto se vulneró el derecho convencional y constitucionalmente amparado de la garantía del juez natural, la Sala ordenará como medida de satisfacción:

*20.3.1. Se ordenará, como medida de satisfacción (...), Enviar (sic) copias auténticas de la totalidad del expediente en el que conste el presente trámite contencioso administrativo con destino a la Fiscalía General de la Nación y, por ser pertinente, a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz, con arreglo a lo previsto en el artículo 5° y siguientes del Acto Legislativo 01 de 2017, para que (i) estudie la posibilidad de avocar la competencia sobre los hechos de que trata esta sentencia, su declaratoria de estas violaciones como delito de lesa humanidad, si es del caso, a efectos de determinar no solo los responsables directos, sino también los autores intelectuales que favorecieron o incentivaron la comisión de esos actos materializados en la ejecución extrajudicial del señor Héctor Harvey Valencia, ocurrida el 16 de noviembre de 2004 en la vereda Los Andes, municipio de La Montañita, Caquetá; (ii) pueda ser tenido en cuenta en el caso 003 de Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado. (...).*

*(...)*

*20.3.2. Finalmente, teniendo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación renunció a la competencia de un caso de violación graves a los derechos humanos, la Sala remitirá, con fines pedagógicos y preventivos, al señor Fiscal General de la Nación copia de la presente sentencia para que la dé a conocer a los diferentes fiscales competentes, con el objeto de garantizar, que estos últimos, al momento de avocar o rechazar la competencia por conductas punibles de miembros activos de la fuerza pública que se susciten en el marco de una operación militar, apliquen el artículo 3° de la Ley 1407 de 2010 y las reglas de unificación de los órganos judiciales de cierre, donde se precisa el marco de definición de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar (v. párr. 17.3 y s).*

*(...) exhortar al señor Ministro de la Defensa Nacional para que las directrices o manuales operacionales a partir de las cuales se despliegan las actividades de confrontación armada observen los límites de los Derechos Humanos (DD.HH.), el*

---

<sup>361</sup> Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019. Rad. 05001-23-31-000-2004-00183-01(46637). C.P.: Carlos Alberto Zambrano.

---

*Derecho Internacional Humanitario (DIH), y el Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA).*<sup>362</sup>

Adicionalmente, con el fin de dar seguimiento a estas medidas, El Consejo de Estado encargo tal función a la Procuraduría General de la Nación:

20.5. La Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos será veedora de las medidas no pecuniarias de reparación integral plasmadas en este fallo.<sup>363</sup>

### **3. SOLIDARIDAD Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

Siguiendo a García Amado, se considera que la responsabilidad extracontractual puede encontrar explicación y justificación desde las teorías de la justicia, por cuanto esta institución se ocupa de cuál es el modo más justo de reparto social de los daños derivados de los accidentes, las desgracias y hasta de algún tipo de mala suerte<sup>364</sup>.

Como se advirtió al iniciar el capítulo, el fundamento del deber de reparar y del derecho a ser reparado generalmente se encuentra vinculados a la noción de justicia correctiva. Lo correctivamente justo, o lo conmutativamente justo, será, en todo caso, que el dañador sea siempre quién debe reparar a la víctima el daño causado, y que esa reparación permita a la víctima acercarse lo más cerca posible a aquella situación en la que se encontraría de no haber existido el daño.

Si bien la noción de justicia correctiva se encuentra en el centro de la responsabilidad extracontractual del Estado, al igual que en el de la responsabilidad civil, la primera también guarda una íntima relación con los criterios de justicia distributiva. Relación que se ha acentuado con el principio de solidaridad que trae la Constitución colombiana en su primer artículo y la concepción de igualdad que contiene el artículo 13 constitucional.

Es posible plantear al menos cuatro formas mediante las cuales la Responsabilidad extracontractual del Estado se relaciona con la justicia distributiva: **a)** la primera es la relación que guarda con un estado de cosas primario que le corresponde a la justicia distributiva; **b)** la segunda forma entiende que al declarar al Estado responsable por un daño causado, es en última instancia la sociedad la que soporta la reparación; **c)** la tercera forma se relaciona con los fundamentos para reparar, tanto del denominado daño especial, como de daños causados por un tercer agente, **d)** finalmente, una cuarta forma, se centra en el entendimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado como mecanismo para la redistribución.

---

<sup>362</sup> Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección B. Sentencia del 6 de junio de 2019. Rad. 18001-23-31-000-2005-00142-01(50843). C. P.: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>363</sup> Ibid.

<sup>364</sup> García Amado, Juan Antonio. ¿Quién responde por la mal suerte de cada uno? Revista de derecho económico, tomo 2, 2010. p 35, Disponible en: [https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/19a44\\_quien\\_responde.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/19a44_quien_responde.pdf)



---

### 3.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y EL STATU QUO

Es necesario recordar que la justicia distributiva, según la tradicional división aristotélica consiste en la repartición de bienes o cargas “conforme a cierto mérito”<sup>365</sup>. En la sociedad capitalista actual, es una opinión popular considerar que el valor o mérito de una persona y la distribución de las riquezas está determinada por su productividad o aporte en el mercado<sup>366</sup>. Así las cosas, según una visión aristotélica la variación en la posesión de riquezas de las personas no solo será inevitable, sino también necesaria.

La noción de justicia ligada al mérito, y específicamente ligada al mérito económico, es cuestionada desde las posiciones de autores como Rawls y Nozick<sup>367</sup>. Para Rawls la idea de compensar el mérito resulta inviable, en tanto no es posible separar las elecciones propias de aquellas situaciones que pueden influenciar su éxito económico y que se hallan fuera de su control, como es nacer una familia pobre o rica o tener mayor o menor talento para una actividad valorada en el mercado<sup>368</sup>. Para Nozick, por el contrario, el mérito es un factor ajeno, lo que justifica una distribución de la riqueza es la libertad que tiene las personas para disponer de ellas<sup>369</sup>

En todo caso, a la justicia distributiva le corresponde esa repartición de bienes y cargas, que puede ser modificada por transacciones entre particulares. Cuando esas transacciones implican un daño, corresponderá a la justicia correctiva la reparación de ese desequilibrio.

Desde un punto de vista teórico– normativo, Papayannis señala que la justicia distributiva y la justicia correctiva se relaciona a nivel institucional mediante la Responsabilidad extracontractual. La justicia distributiva se encarga de la repartición entre los individuos de la sociedad de derechos y obligaciones (de indemnidad, según el autor español). Ante la vulneración de uno de esos derechos de indemnidad, la justicia distributiva exigirá una compensación, sin que señale quien debe ocuparse de ella. En ese contexto entra en operación la justicia correctiva, en la medida que esta exija que los agentes que han vulnerado los derechos de otros sean obligados a compensar. De esa manera el Estado se vale de la “(...) responsabilidad extracontractual bilateral, para satisfacer las exigencias de ambas formas de justicia simultáneamente”<sup>370</sup>.

Otra forma de ver esa misma relación puede ser la siguiente: a la justicia distributiva le incumbe la distribución de derechos y riquezas en una sociedad. Distribución a partir de la cual se establece un statu quo determinado. En la medida en que los derechos y riquezas (las cuales, por lo demás, están protegidas también mediante derechos) de una persona sufran un daño, esto es, haya una ruptura de ese estado de cosas, se demandará del Estado una respuesta en aras de garantizar su protección – reparación. En esa medida, la Responsabilidad extracontractual es una (evidentemente no la única) institución encaminada a la protección de derechos y por ende al restablecimiento del status quo roto,

---

<sup>365</sup> Aristoteles. Op cit, p. 61

<sup>366</sup> Owen, David. Fundamentos filosóficos en el derecho de la responsabilidad extracontractual. En Pablo Suarez ed. Teoría de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2014. p. 136

<sup>367</sup> Swift, Adam. Op. cit. p. 79.

<sup>368</sup> Ibid. p. 66 - 67.

<sup>369</sup> Ibid. p. 60 y 61.

<sup>370</sup> Papayannis, Diego. Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. p. 326.

---

en esto estará guiada principalmente por la justicia correctiva en la medida que este tipo de justicia exige que sea el agente dañador (Estado o particular) quien deba reparar a la víctima, y restaurar el *statu quo aliter*, como ya se dijo.

La diferencia entre la posición del profesor Papayanis y esta última que se presenta, consiste en que la obligación del deber de reparar no constituye una exigencia de la justicia distributiva, sino de aquella posición jurídica de indemnidad o de inmunidad, la cual (aunque no absoluta, por supuesto) implican *prima facie* que la situación jurídica de T no pueda ser modificada por las acciones de D, y de manera correlativa, D carece de competencia para modificar, mediante sus acciones la situación jurídica de T<sup>371</sup>, en donde la situación jurídica de T corresponderá con aquel *statu quo* que le corresponde a la justicia distributiva.

Ahora, también se debe traer a colación que si bien la justicia distributiva constituye un marco dentro del cual actúa la justicia correctiva, la primera no requiere de manera exclusiva la existencia de un daño para formular exigencia sobre la redistribución de derechos y cargas. En ese sentido la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente, sobre la aplicación del principio de solidaridad:

*El principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social, en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados.*

(...)

*La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir – dentro del marco constitucional – para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud.*

*El principio de justicia distributiva según el cual en la asignación de los recursos económicos de una sociedad se deberá tender a privilegiar a los sectores desfavorecidos sirve de fundamento al régimen impositivo, a las reglas de elaboración presupuestal, a la jerarquización del gasto y a la fijación de prioridades en materia de prestación de los servicios públicos.<sup>372</sup>*

### 3.2. LA SOCIALIZACIÓN DE LOS DAÑOS ATRIBUIBLES AL ESTADO

Los criterios de justicia distributiva se encuentran, también, en la propia naturaleza de la responsabilidad extracontractual del Estado. En la medida que las indemnizaciones se soportan con cargo a dineros públicos, la carga económica que genera que los agentes del Estado ocasionen daños con sus actuaciones u omisiones se distribuye entre los miembros de la sociedad.

En ese escenario, Holmes y Sunstein plantean el siguiente interrogante: ¿No debería ser igualmente evidente que son los contribuyentes los que tienen que hacerse cargo de los gastos cuando los jueces ordenan pagar una compensación por una propiedad confiscada o interpretan que una cárcel atestada es una violación de los derechos humanos por constituir un trato cruel e inhumano?<sup>373</sup>.

---

<sup>371</sup> Bernal Pulido, Carlos. Op. cit. p. 27.

<sup>372</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 505 de 1992.

<sup>373</sup> Holmes, Stephen y Sunstein, Cass. Op. cit. p. 47.

---

Esta relación básica y fundamental con la justicia distributiva se presenta independientemente de si el daño se produjo con ocasión de una falla del servicio, un riesgo excepcional o daño especial, salvo que en este último evento los criterios de justicia distributiva adquieren una especial relevancia para el fundamento del deber de reparar.

En ese sentido agrega M´Causland:

*Un planteamiento bien distinto del que se ha cuestionado en este acápite lo constituye aquel según el cual la solidaridad puede ser fundamento complementario – no autónomo– de la responsabilidad extracontractual del Estado, conforme al artículo 95 numeral 9, de la Constitución política en la medida en que las condenas se pagan con dineros de los presupuestos públicos.<sup>374</sup>*

### 3.3. LA SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DEL DEBER DE REPARAR

La solidaridad como principio constitucional ha sido utilizado por la Sección Tercera del Consejo de Estado como fundamento para la socialización de ciertos daños que sufren los individuos, en algunos casos se trata de daños que acaecen sobre individuos de la sociedad con ocasión de actividades lícitas de la administración y que implican un desequilibrio en las cargas públicas, en otros se trata simplemente de actos causados por un agente externo, pero que los jueces han decidido atribuirle al Estado la obligación de reparar el daño.

El primer evento hace referencia al daño especial y se distinguirá del segundo evento en la medida en que vincula una mezcla de justicia correctiva y justicia distributiva en sus fundamentos, es decir opera tanto bajo la lógica del artículo 90 como de los artículo 1 y 13, en la medida que existe una afectación de los derechos de un particular por parte del Estado, pero la actuación u omisión que genera tal vulneración resulta lícita en pro de buscar el bien general, ante lo cual la sociedad debe ayudar a soportar a la víctima tal desequilibrio en las cargas públicas.

El segundo evento tiene como fundamento del deber de reparar exclusivamente la justicia distributiva, en la medida que no puede imputársele al Estado directamente el daño, por tratarse del hecho de un agente externo o tercero. Se trata, entonces, de situaciones particulares establecidas por la jurisprudencia en las cuales se atribuye al estado el deber de reparar (ante la imposibilidad de imputar el daño) con fundamento en la solidaridad social frente a tales víctimas.

#### 3.3.1. La solidaridad como fundamento complementario de la reparación del daño especial

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado dos son los títulos de imputación objetiva clásicos, el riesgo excepcional y el daño especial. Mientras que el

---

<sup>374</sup> M´Causland Sánchez, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En Fabra Zamora, Jorge y Bernal Pulido, Carlos (eds). La filosofía de la responsabilidad civil, estudio sobre los fundamentos filosóficos y jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado, 2013. p. 565.

---

primero puede ser explicado a partir de los criterios normativos y de justicia correctiva, el segundo tiene como fundamento complementario el principio de solidaridad, muy ligado a la concepción de justicia distributiva.

Cuando el daño es producto de la materialización de un riesgo excepcional creado por la actividad Estatal, se tiene que el Estado afectó derechos subjetivos de terceros sin que se encontrará en una posición jurídica de competencia para ello; en palabras de la Corte Constitucional “*no existe un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado*”<sup>375</sup>.

Si bien la actividad riesgosa de la Administración puede ser lícita y no vincular ninguna falla, no la exime del deber de reparar ante la materialización del riesgo que ella ha creado y la generación del daño. La justicia correctiva, ante la afectación del tal estado de cosas, exigirá su restablecimiento, generando para el dañador la obligación de reparar. así las cosas, la responsabilidad extracontractual del Estado bajo la modalidad de riesgo excepcional es un típico caso de aplicación de justicia correctiva.

No obstante, también es cierto que existen una serie de cargas o afectaciones a posiciones jurídicas que todos los ciudadanos por el hecho de vivir en sociedad, y aún más en un Estado Social de Derecho, deben soportar. En esa medida, la afectación a un derecho subjetivo por parte de la Administración, derivada de su actuar lícito y ajustado a la constitución, implicará que el Estado actuó bajo una posición de competencia para interferir en la posición jurídica del tercero afectado.

Así, por ejemplo, si alguien comete un delito, eso implicara que el Estado pueda limitar su derecho a la libertad como resultado de haber infringido la ley penal. En consecuencia, no surgirá para el delincuente ningún derecho reparado a partir de la limitación a su derecho a la libertad; por tanto, el Estado no será responsable de la reparación de ningún daño mientras su actuar haya sido lícito. En ese sentido, parafraseando a la Corte Constitucional, existirá, entonces un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado.

La justicia distributiva, además de los criterios normativo expuesto, tiene un papel fundamental a la hora de determinar qué tipo de cargas o afectaciones sobre sus derechos debe soportar una persona; pero esos mismos criterios de justicia distributiva servirán para auxiliar la atribución de responsabilidad cuando a partir de una actividad lícita se desborda el equilibrio de las cargas públicos. En tales contextos, la justicia distributiva coadyuvará a la justicia correctiva en la constitución de un deber de reparar en cabeza del Estado.

Se entiende configurada la responsabilidad extracontractual del Estado con base en el daño especial cuando a raíz de una acción u omisión legítima del Estado, que no trate de una acción riesgosa, y que se haya desarrollado en beneficio de la comunidad, se generó un daño grave a derechos subjetivos que implique un desequilibrio en las cargas públicas<sup>376</sup>.

---

<sup>375</sup> Sentencia C-957 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

<sup>376</sup> M' Causland Sánchez, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. Op. cit. p. 530.

---

Las consideraciones del por qué se debe reparar en estos eventos, no se encuentran solamente en la ocurrencia del daño, también encuentra fundamento en criterios de justicia distributiva, solidaridad e igualdad frente a las cargas públicas. Tal como se pronunció el consejo de Estado en las primeras sentencias sobre la materia:

*(...)la acción armada ejercida para capturar a Efraín González en cumplimiento de una orden judicial expedida por funcionario competente no constituye falla del servicio y fue, por lo mismo, legítima, pero ella causó un perjuicio económico a un tercero ajeno a esos hechos, consistente en la destrucción de una casa de propiedad de ese tercero, razón por la cual al Estado corresponde indemnizar el perjuicio causado, lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes desde luego que tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la Nación.*

*Es evidente que, por lo menos, por razones de equidad y de justicia distributiva quien ha sufrido un perjuicio causado por la Administración debe ser indemnizado, y ciertamente en el caso de autos la señora Vitalia v. de Pinilla no tiene por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la Administración, legítimo desde luego, al cual fue tan extraña como cualquier otro ciudadano. Ya el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 30 de septiembre de 1949, citada por el señor Fiscal, publicada en los Anales del Consejo, Tomo LXHI No. 367.371, pg. 372, se expresó así sobre este punto:*

***"En derecho público no todo daño genera la obligación de indemnización en los mismos términos que en derecho privado, que se basa en la justicia conmutativa, y que nadie puede causar daño a otro. Solo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esta afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. El daño debe ser, por tanto, excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño causado"***<sup>377</sup>. (Énfasis propio)

En sentencias más recientes, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha vuelto a reafirmar que la reparación del daño por la ocurrencia de un daño especial, obedece a criterios de justicia distributiva y de igualdad ante las cargas pública. En sentencia del 11 de junio de 2014, esa Corporación consideró lo siguiente frente al daño que se deriva de un acto administrativo legal:

*De acuerdo con la evolución jurisprudencial antes reseñada, la situación que trajo la sociedad actora a conocimiento de la justicia administrativa mediante demanda de reparación directa, puede discutirse formulando esta pretensión cuando el daño proviene de un acto administrativo frente al cual no se discute su legalidad, como en el presente asunto; sin embargo, para que ello sea procedente, es menester que se reúnan fundamentalmente las siguientes condiciones: i) Que se trate de un acto administrativo legal, esto es, que se trate de una actuación legítima de la administración; ii) Que se acredite que la carga impuesta al administrado sea anormal o desmesurada (rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas o violación de la justicia distributiva).*<sup>378</sup>

---

<sup>377</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de mayo de 1973. Rad. 978. C.P.: Alfonso Castilla Saiz.

<sup>378</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de junio de 2014. Rad. 25000-23-26-000-1999-02739-01(27446). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

---

Así las cosas, la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce que la responsabilidad extracontractual del estado por daño especial vincula tanto criterios de justicia distributiva como de justicia correctiva.

### 3.3.2. LA SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO PRINCIPAL

Señala Gil Botero que la solidaridad es uno de los pilares estructurales del moderno derecho de la responsabilidad estatal, ya que permite la imputación al Estado del deber de reparar el daño, en esa medida se erige en un fundamento filosófico y estructural de tal responsabilidad<sup>379</sup>

La solidaridad y la responsabilidad permiten, aunque no sea la única manera para hacerlo, distribuir el peso resarcitorio del daño entre todos los miembros de la sociedad.

Ahora bien, en dos tipos de eventos el Consejo de Estado ha soportado la responsabilidad extracontractual sobre de forma preponderante en la solidaridad, es decir, sobre criterios de justicia distributiva, sin consideraciones de la tradicional justicia correctiva. Aunque, generalmente esos criterios de justicia distributiva se ven maquillados bajo alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva (generalmente el daño especial) haciendo una aplicación poco técnica de tales conceptos.

Las dos categorías de eventos a los que se hace referencia corresponden con los daños causados por actos violentos de terceros y las enfermedades intrahospitalarias.

Sobre el primero, se hace necesaria una delimitación previa: como lo expone M´Causland, es posible que el Estado responda ante daños ocasionados por actos violentos de terceros cuando se encuentra de por medio una falla del servicio. o con ocasión de la teoría del riesgo excepcional, cuando se trate de un daño ocasionado en desarrollo de un enfrentamiento armado entre la fuerza pública y los delincuentes o cuando tenga lugar a partir de ataques realizados por actores del conflicto armado interno contra bienes o agentes estatales que tengan la condición de objetivos militares, conforme al derecho internacional humanitario<sup>380</sup>. En estos casos la relación con la justicia distributiva no es mas que la presentada en los acápite a y b, pero no como fundamento del deber de reparar.

Sobre el daño especial y la responsabilidad por los actos violentos de terceros la profesora colombiana considera que es incoherente el uso de esta teoría, en tanto que, si el daño es causado de manera directa por un tercero, resulta muy difícil “*verificar la existencia de una conducta estatal lícita, cuyo objeto sea el beneficio general, que produzca, sin embargo, un perjuicio especial a una persona o a un grupo de personas*”<sup>381</sup>.

No obstante, el Consejo de Estado, de manera abstracta, no descarta tal posibilidad. En efecto, en sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se trató

---

<sup>379</sup> Gil Botero, Enrique. La constitucionalización del derecho de daños. Op. cit. p. 21.

<sup>380</sup> M´Causland Sánchez, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. Op. cit. p. 582.

<sup>381</sup> Ibid. p. 551.

---

de delimitar de la siguiente manera el uso de los llamados títulos de imputación en casos de actos violentos de terceros:

*En conclusión, los casos en los que se dilucida la declaratoria de responsabilidad estatal por daños ocasionados por actos violentos perpetrados por un tercero, donde no se acredita una falla del servicio por infracción a un deber jurídico interno o internacional, pueden, según sus particularidades, ser examinados a la luz del título de imputación objetivo de riesgo excepcional, bajo la condición de que el acto violento proveniente del tercero esté dirigido en contra de un integrante o institución estatal, esto es, personas o entidades que representen al Estado. No obstante, a continuación se examinará cómo la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado también que, en algunos eventos, le son imputables al Estado los daños causados por actos violentos cometidos por terceros bajo la teoría del daño especial.*

(...)

*De tiempo atrás se ha dicho por esta Sección que los fundamentos de imputación que estructuran la responsabilidad del Estado por daños producidos por terceros presentan las siguientes variantes: i) si la conducta estatal –acción u omisión– de la cual se deriva el daño antijurídico es ilícita, es decir, contraria a los deberes jurídicos impuestos al Estado, y el daño ocasionado es atribuido a este, el régimen de responsabilidad por el cual se le imputará el resultado dañoso será el subjetivo por falla del servicio; ii) si la conducta estatal generadora del daño es, por el contrario, lícita, pero riesgosa, y el daño es producto de la materialización de dicho riesgo de carácter excepcional, el cual es creado conscientemente por el Estado en cumplimiento de sus deberes constitucional y legalmente asignados, el régimen de responsabilidad aplicable será el objetivo por riesgo excepcional; y iii) si la conducta estatal es también lícita, no riesgosa y se ha desarrollado en beneficio del interés general, pero produce al mismo tiempo un daño de naturaleza grave o anormal que impone un sacrificio mayor a un individuo o grupo de individuos determinado con lo que se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, el fundamento de la responsabilidad será también objetivo bajo la modalidad de daño especial.<sup>382</sup>*

El caso en particular que dio lugar a la citada providencia giraba alrededor de un atentado con carro bomba que se perpetró en el Barrio Veracruz de la Localidad de Santa Fe en la ciudad de Bogotá, por órdenes del narcotraficante Pablo Escobar, cuya onda explosiva afectó a varias personas, entre ellos los demandantes, causándoles lesiones a su integridad física.

En este evento, la Sala Plena de la sección tercera negó las pretensiones de los demandantes por considerar que no había existido una falla del servicio y tampoco podía deducirse un riesgo excepcional o un daño especial. Al respectó concluyó:

*En ese orden, el juez administrativo solamente puede dilucidar si existe o no responsabilidad, pues carecería de competencia para restablecer el equilibrio de las cargas sociales de personas en circunstancias de debilidad manifiesta por daños causados por terceros, sin que estos puedan ser atribuidos al Estado, esto es, sin verificar la configuración de los elementos estructurales de la obligación de reparar y, particularmente, el de la imputación. Así, las cosas la solidaridad no puede ser el*

---

<sup>382</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de junio de 2017. Rad. 25000-23-26-000-1995-00595-01(18860). CP.: Ramiro Pazos Guerrero.

---

*fundamento único y autosuficiente para atribuir la responsabilidad al Estado por los daños ocurridos en el marco de actos terroristas provenientes de terceros.*<sup>383</sup>

No obstante, la Sala exhortó al Ministerio del Interior y al director de la Unidad para la atención y Reparación Integral a la Víctimas y al Congreso de la Republica para que con base en el mismo principio constitucional de solidaridad se fortalezca la asistencia humanitaria y el auxilio integral a las víctimas del terrorismo.

No obstante, las anteriores anotaciones, el uso de los distintitos títulos de imputación en casos de actos violentos de terceros sigue siendo confuso, por no decir oscuro<sup>384</sup>, y en ciertos eventos en los que no sería posible atribuir la responsabilidad al Estado a través de una aplicación técnica de la falla del servicio, el riesgo excepcional o el daño especial, los criterios de solidaridad y justicia distributiva se revelan como fundamento principal de la obligación de reparar, bajo el comodín argumentativo de que la víctima no estaba en la obligación de soportar el daño.

Así, por ejemplo, la Subsección B de la Sección Tercera, frente a un atentado perpetrado por el ELN en un centro comercial de la Ciudad de Cúcuta, sostuvo lo siguiente:

*Las anteriores consideraciones, en casos como el que fue objeto de estudio, conducen a que no haya necesidad de que el Estado sea responsabilizado por su defectuoso funcionamiento, o la concreción de un riesgo, o la vulneración del principio de igualdad frente a las cargas públicas, **pues con apoyo en el artículo 90 constitucional se debe propender por la reparación de los daños causados a los particulares en el marco del conflicto armado, con fundamento en el deber a cargo de las autoridades públicas de proteger a la población civil ajena a la confrontación** (artículo 2 Constitución Política).*

(...)

*Bajo esta línea de argumentación, se deriva de la Carta Política, además del deber de las autoridades de encauzar su conducta a lograr la paz, la obligación de mitigar los riesgos a los que se expone a la población civil, mediante labores de inteligencia efectivas e igualmente el deber de socorrerlas, **para lo cual es necesario destacar los principios de solidaridad y equidad, de donde resulta el deber general del Estado de procurar, en la medida de lo posible, por la reparación de las víctimas del conflicto, siempre que sus derechos e intereses resulten afectados, (...).***<sup>385</sup> (Énfasis propio)

En la providencia que se referencia, la Subsección B de manera confusa insinúa una presunta falla del servicio, fundada a partir de indicios, de forma que no es claro si las autoridades tenían conocimiento de los hechos y o sí las autoridades no pudieron prever los hechos lo que les impidió actuar, de tal forma que no es inteligible si se plantea o no la existencia de una falla del servicio. En todo caso. La Subsección B señaló que en eventos como el anterior no resulta necesario establecer ningún título de imputación, en la medida que a partir de los principios de solidaridad y equidad se desprende el deber de Estado de reparar y proteger los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano.

---

<sup>383</sup> Ibid.

<sup>384</sup> Como en el caso de la sentencia que decidió la responsabilidad extracontractual del estado por el atentado de las FARC al Club el Nogal. Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Rad. 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719). C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.

<sup>385</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. sentencia del 23 de mayo de 2018. Rad. 54001-23-31-000-2004-01127-01(41345). C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.



---

Por otra parte, la segunda categoría de eventos en la que se acude a criterios de justicia distributiva con el fin de fundar la responsabilidad extracontractual del Estado corresponde con las denominadas infecciones nosocomiales o infecciones intrahospitalaria. La jurisprudencia ha entendido que sufrir una infección nosocomial representa en la mayoría de los casos la materialización de un riesgo aleatorio<sup>386</sup> o riesgo alea<sup>387</sup>. En esa medida, es posible afirmar que las decisiones sobre este tipo de enfermedades pueden entenderse en términos de quién debe cargar con la mala suerte, si el Estado o el particular.

En cuanto a las enfermedades nosocomiales se encuentra comprobada que el si bien el riesgo de infección puede ser reducido significativamente, hasta el momento no existe una medida preventiva que lo elimine completamente. Adicionalmente, el riesgo nosocomial no se explica exclusivamente por la vulnerabilidad biológica del sujeto, dado que es cierto que existe sujetos más vulnerables (niños, ancianos, pacientes inmunosuprimidos) que otro, todos los usuarios del sistema de salud presentan alguna probabilidad de infección. De ahí que se considere un riesgo inherente del sistema de salud.

Teniendo en cuenta lo señalado, El Consejo de Estado ha considerado que lo justo en estos casos es que sea el Estado quien asuma la concreción de tal riesgo, con fundamento en la justicia distributiva y la solidaridad. Incluso en casos en los que el paciente ha dado su consentimiento informado y ha decidido aceptar el riesgo que implica las infecciones nosocomiales, como se desprende de la sentencia que se cita a continuación:

*parecería que dado que en el caso sub lite el paciente sufrió una complicación propia de una intervención sobre la que fue informado y prestó adecuado consentimiento, debería primar la regla general según la cual, quien acepta el acto médico asume los riesgos que inheren a su naturaleza y por lo tanto, está en la obligación de soportar su materialización. Empero, la Sala recuerda que en el caso de las llamadas infecciones intrahospitalarias razones de equidad y de justicia distributiva no permiten aceptar tal conclusión.*

(...)

*Así las cosas, la proposición de que el riesgo público debe ser asumido por aquellos que sufren su concreción, lleva implícita la aceptación de que, en términos generales, los sujetos más débiles y vulnerables de la sociedad han de asumir la mayor parte del costo social de un sistema que a todos beneficia. **Esta premisa es, por definición incompatible, con el modelo de Estado Social de Derecho, consagrado por la Carta Política de 1991. Ésta, fundada sobre el principio de solidaridad, dispone que la sociedad entera asuma las cargas excesivamente onerosas para sus miembros más débiles, exigencia del todo antitética con la premisa implícita de la justificación del sacrificio del derecho del más vulnerable en beneficio de la sociedad entera.***

*Se aclara que el principio de solidaridad aquí enunciado opera de dos maneras en casos como en el sub lite. En primer lugar, resulta determinante para la declaración de la desproporcionalidad de la regla de la asunción entera del riesgo por parte del paciente*

---

<sup>386</sup> De acuerdo con la Rae, aleatorio significa: Del lat. aleatorius, der. de alea 'juego de azar', 'azar, suerte'. 1. adj. Perteneciente o relativo al juego de azar. 2. adj. Que depende del azar (l casualidad). Un proceso aleatorio.

<sup>387</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. sentencia del 29 de agosto de 2013. Rad. 25000-23-26-000-2001-01343-01(30283). CP.: Danilo Rojas Betancourth.

---

*y, en segundo lugar, genera una auténtica exigencia de adopción de medidas sistemáticas y diseño de rutas institucionales que permitan hacer distribuir justa y eficazmente el riesgo social, según se verá más adelante.*<sup>388</sup> (Énfasis propio)

Así las cosas, son criterios de justicia distributiva y de solidaridad los que llevan al Consejo de Estado a considerar que el riesgo inherente a la prestación del servicio de salud no lo debe asumir el paciente y que quien debe soportar la carga de la concreción del daño ha de ser la sociedad en su conjunto, de ahí que este daño pueda ser imputable al Estado.

No, obstante, esta posición no se encuentra exenta de voces críticas. Pimiento señala que la solidaridad y la responsabilidad son instituciones distintas, que, si bien ambas pueden soportar el deber de reparar, la solidaridad como fundamento de tal deber es una atribución normativa al Estado de la obligación de reparar el daño, independientemente de la causas o agentes que condujeron a su producción, mientras que la responsabilidad como fundamento del deber de reparar deviene de la intervención decisiva del Estado en la producción del daño alegado. Así, mientras que en el segundo caso se imputa las causas u orígenes del daño, en el primer evento, se trata exclusivamente de la atribución de la responsabilidad<sup>389</sup>.

El mencionado autor colombiano, cuestiona la competencia del juez de la reparación directa para pronunciarse sobre la reparación de daños con fundamento en otros postulados normativos distintos del artículo 90 constitucional, pero en todo caso señala que al aplicar la solidaridad como fundamento se debe prescindir de la pretensión procesal declaratoria de responsabilidad del Estado, es decir, no habría lugar a declarar al Estado responsable, simplemente atribuirle la obligación de reparar<sup>390</sup>.

Adicionalmente, no atribuirle responsabilidad al Estado, es decir, no considerar que el daño le es imputable, tendrá como consecuencia necesaria que el juez pueda tomar cualquier medida que satisfaga el ideal de justicia distributiva, sin que sea válido alegar (a menos que la ley lo establezca de manera expresa) que el Estado deberá resarcir integralmente el daño sufrido<sup>391</sup>.

Este último punto se comparte de manera parcial, en efecto, considerar que el deber de reparar encuentra su fundamento en el principio la justicia distributiva y no en la justicia correctiva implica una flexibilización del principio de restitutio in integrum, pero esa flexibilización no siempre supondrá una subreparación. Asimilar que es un enfoque igualitario de la responsabilidad extracontractual lo que lleva al Estado a reparar, implica que el juez administrativo de la reparación directa pueda tener en cuenta las condiciones sociales y económicas de los demandantes a fin de determinar las formas y cuantías de la reparación, así como la necesidad o no de una reparación integral.

---

<sup>388</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. sentencia del 29 de noviembre de 2017. Rad. 08001-23-31-000-2002-00070-01(39612). C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.

<sup>389</sup> Pimiento Echeverry, Julián Andrés. Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Revista de Derecho Público, (36). Universidad de los Andes (Colombia), junio de 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.14>. pp. 31-32.

<sup>390</sup> Ibid. pp. 33-34

<sup>391</sup> Ibid. p. 35

---

Volviendo al punto sobre la atribución de responsabilidad al Estado con fundamento en la justicia distributiva, el profesor Pimiento cuestiona, entonces, que los criterios de solidaridad socaban el *nomen* de Responsabilidad. No obstante, es válido señalar, siguiendo a Trigo Represas, que, desde mediados del siglo pasado, se vienen sufriendo un cambio respecto de la concepción de responsabilidad. Actualmente resulta más apropiado hablar de reparación dado que el vocablo responsabilidad involucra una carga notoria de subjetivismo, y ante los procesos de objetivación del deber de reparar, el subjetivismo se ve relegado<sup>392</sup>.

En tal sentido, el profesor argentino Atilio Alterini, considera que en estricto sentido “en pureza terminológica no puede decirse ‘responsable’ a quién se imputa le deber de reparar prescindiendo de su culpabilidad, porque estrictamente la responsabilidad presupone la voluntariedad (...). Se trata de supuestos en los cuales solo se imputa normativamente a un sujeto la obligación de reparar”<sup>393</sup>.

En todo caso, la solidaridad y los criterios de justicia distributiva hacen parte ya de la jurisprudencia del Consejo de Estado y por esa vía de la Responsabilidad extracontractual del Estado, razón por la cual es válido considerar el término “responsabilidad” en términos de responsable de la reparación, es decir, obligado a soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al daño<sup>394</sup>.

Ahora bien, se considera que existe un punto a corregir frente al uso de la justicia distributiva como fundamento del deber de reparar. Generalmente en este tipo de eventos, el Consejo de Estado trata de enmascarar los criterios de justicia distributiva bajo el uso deformado de los títulos de imputación de falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional. Lo que implica no solo que las sentencias resulten confusas, sino que generan un antitecnicismo nocivo para la jurisprudencia colombiana de la responsabilidad extracontractual.

Al respecto ya se examinó un fallo que da cuenta de los anteriores inconvenientes; no obstante, con el fin de aunar en la importancia del tema se procede a evaluar una sentencia sobre un caso icónico: el atentado perpetrado con un carro bomba por la guerrilla de las FARC contra las instalaciones del club El Nogal en Bogotá, con el fin de dar cuenta del desconcierto genera entre la comunidad jurídica que la deformación de los títulos de imputación en eventos en los que el deber de reparar no se soporta en la justicia correctiva sino en la justicia distributiva.

En esta sentencia proferida el 16 de agosto de 2018 se trae a colación una sentencia previa en la que se señala que frente a hechos que constituyan atentados terroristas el Estado debe responder patrimonialmente no porque su comportamiento pueda ser objeto de reproche sino porque se debe acompañar a las víctimas de manera que se garanticen efectivamente los principios de constitucionales de equidad, solidaridad y de forma tal que se restablezca el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

---

<sup>392</sup> Trigo Represas, Félix A. y LOpez Mesa, Marcelo. Op. cit. pp. 57-58.

<sup>393</sup> Alterini, Anibal Atilio. Responsabilidad civil: límites de la reparación civil (3ª. Edición). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987. p. 107.

<sup>394</sup> Bonacci Bennucci, Eduardo. En Trigo Represas, Félix A. y LOpez Mesa, Marcelo. Op. cit. p. 57.

---

Con fundamento en lo anterior, parecería que la Sala de la Subsección B trata de soportar el deber de reparar el daño en criterios de justicia distributiva bajo una aplicación poco técnica del daño especial. Pero el análisis de los títulos de imputación no se detiene ahí. A lo anterior le suma lo siguiente:

En consecuencia, establecido el daño antijurídico, esto es, reconocido que las víctimas en este asunto no tendrían que haber soportado lo acontecido, aunado a que el Estado como garante y en aplicación de las normas constitucionales contenidas en los artículos 2, 90 y 93, debió **no solo en razón del contexto, considerar de manera reforzada las medidas, herramientas e instrumentos para cumplir el deber de prevención y protección, además de aminorar los peligros a la población civil, aspecto que fue desatendido en razón de las frecuentes visitas y pernoctación en el establecimiento privado de los ministros de Interior, junto con altos funcionarios públicos y la ministra de Defensa;** no queda sino condenar al Estado, **sin perjuicio del llamado a establecer la responsabilidad del Club, conforme al procedimiento dispuesto al respecto, al igual que de la organización subversiva.** Llamado que, en todo caso no compromete a las víctimas autorizadas por el ordenamiento para optar por el sujeto pasivo que llevará la carga solidaria.<sup>395</sup> (*Énfasis propio*)

Del extracto citado no resulta claro si se trata de una falla del servicio por no haber cumplido el deber de prevención y protección o de un riesgo excepcional por la materialización de un riesgo que se creó con la visita de funcionarios públicos a las instalaciones del club El Nogal, incluso se insinúa que los principales responsables serían el propio club y la organización subversiva autora del atentado.

Previamente la Sala había descartado la falla del servicio, señalando además el error del personal de seguridad privada del club al no haber detectado el ingreso del carro bomba al edificio:

*Se conoce que la seguridad de las instalaciones y de los asistentes al establecimiento lo contrataba el club con empresas de seguridad privada encargadas de dar seguridad al ingreso de personas y automóviles. Es más, se debe anotar que, del dictamen pericial rendido por experto en manejo de explosivos, luego de la prueba experimental, se concluyó posible, por parte del personal de seguridad del club, evidenciar el ingreso de un vehículo cargado con 250 kilos de explosivos, dado que un automóvil con similares características al empleado en el atentado, naturalmente se inclina por el peso que alberga en su interior, aspecto notorio a la vista, especialmente para quienes han sido capacitados en la detección de explosivos. En el mismo sentido, se asegura que caninos adiestrados y guiados por su entrenador podrían haber detectado con su olfato los explosivos, incluso en menor cantidad.*

*De suerte que, aunque no le corresponde a la Sala definir la responsabilidad del Club, en cuanto no fue llamado a la litis, no se descarta que, de haberlo hecho, muy seguramente se tendría que concluir su participación en el marco de la responsabilidad solidaria establecida en la ley, a cargo de quienes concurren a la causación del daño.*

(...)

*Lo cierto es que, conocida la permanente ejecución de atentados en la ciudad de Bogotá, y decretado el estado de conmoción interior, era de esperarse la actuación de las autoridades públicas conforme los deberes de cautela y precaución ameritaban, de donde, si bien no les resultaba posible predecir o anticipar los ataques puntuales del*

---

<sup>395</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 16 de agosto de 2018, Rad.: 25000232600020050045101 (37719). C. P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.

---

*grupo insurgente, esta carga lejos está de ser atribuida a las víctimas, máxime cuando las mismas autoridades posibilitan el traslado del objetivo militar al propiciar espacios distintos a las instalaciones oficiales, dotadas de la seguridad que sus funciones merecen, a establecimientos privados donde la intervención del Estado es limitada*<sup>396</sup>

Así las cosas, los argumentos usados para soportar la responsabilidad del Estado por el atentado de las FARC al referido club resultan cuando menos confusos. Y de ello dan cuenta las reseñas de la comunidad jurídica. Así, por ejemplo, Botero Aristizabal manifiesta lo siguiente sobre la referida sentencia:

*¿Será que estamos ante un nuevo título de imputación? ¿Un daño especial/riesgo excepcional subjetivo? ¿El Estado es responsable por el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas que origine un daño anormal y especial por la elevación del riesgo en el que, además, no se adopten medidas concretas de prevención? El principio de igualdad ante las cargas públicas nunca se concibió para resolver estos problemas excepcionales: los efectos de la guerra los sufrimos todos. Para preservar la coherencia (y viabilidad del sistema) solo una falla del servicio (abordada desde su concepción relativa) generaría una responsabilidad estatal, el resto de hipótesis deberían canalizarse por los mecanismos normativos de solidaridad (reparación por vía administrativa) y, mejor aún, reparación integral por parte de los directamente responsables.*<sup>397</sup>

Por otra parte, una crítica pertinente frente a los casos expuestos consiste en que a pesar de sus aspiraciones distributivas y de solidaridad, las decisiones judiciales están limitadas al grupo poblacional que decida demandar al Estado y por la jurisdicción de su competencia. Piense por ejemplo en el siguiente caso hipotético: unos hermanos gemelos sufren un accidente de tránsito al estrellarse el vehículo en el que se movilizaban. Uno de ellos es llevado a un hospital público, mientras que el otro a una clínica privada. El fatídico destino decide que ambos adquieran una infección nosocomial dentro del hospital en el que se encontraban. A causa de la infección al hermano del hospital público le fue amputada la pierna, mientras que el hermano del hospital privado perdió su mano. Ahora, después de recuperados de sus afecciones, mientras que el uno puede demandar al Estado y esperar que el juez administrativo falle a su favor bajo la línea jurisprudencia actual, el hermano que fue atendido en una clínica privada deberá soportar el solo las consecuencias de la infección.

De allí, que si bien la responsabilidad y la solidaridad, permitan distribuir el peso de resarcir el daño entre los miembros de la comunidad, existen también otros mecanismos que buscan el mismo objetivo y que pueden presentarse más equitativos, tales como los fondos resarcitorios.

La respuesta a esta crítica ha sido esbozada por algunos autores que ven a la responsabilidad extracontractual como una herramienta limitada para promover la igualdad y la justicia distributiva en favor de los grupos menos favorecidos de la sociedad y que además son objeto de la vulneración de sus derechos, como se pasa a exponer.

---

<sup>396</sup> Ibid.

<sup>397</sup> Tamayo Jaramillo, Javier y Botero Aristizabal, Luis Felipe. El fallo del club El Nogal y la ruptura del equilibrio de las cargas públicas. 27 de septiembre de 2018. Consultado en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/el-fallo-del-club-el-nogal-y-la-ruptura-del>

---

### 3.4. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL COMO MECANISMO DE REDISTRIBUCIÓN

Los anteriores ejemplos de aplicación de criterios de justicia distributiva como fundamento principal del deber de Estado de reparar a las víctimas tienen, de por sí, efectos distributivos. Puesto que implica repartir entre la sociedad la carga del daño que bajo criterios de justicia correctiva solamente debía estar en cabeza de la víctima. La cuestión entonces es determinar si es posible llevar los criterios de justicia distributiva más allá.

“Ha de repararse el daño, solo el daño y nada más que el daño”, señala la doctrina tradicional<sup>398</sup>. Entonces ¿es posible que la responsabilidad pueda presentarse como una herramienta para lograr una sociedad más justa e igualitaria?

Al respecto, en Colombia Uprimny y María Paula Saffon han planteado la llamada reparación transformadora. Los mencionados autores consideran que la reparación integral (que en algunos casos parece poco realista e inalcanzable) en ciertos contextos de violaciones masivas o graves violaciones de derechos humanos puede resultar insuficiente. Al respecto anotan:

*Sin embargo, esta perspectiva restitutiva de las reparaciones parece insuficiente en sociedades que antes de las atrocidades eran en sí mismas excluyentes y desiguales, y cuyas víctimas pertenecían en su mayoría a sectores marginados o discriminados, como es el caso de Guatemala, Perú o Colombia. En este tipo de contextos, las condiciones estructurales de exclusión y las relaciones desiguales de poder se encuentran generalmente a la base del conflicto y en buena medida explican que sean unos y no otros los sectores sociales victimizados<sup>399</sup>.*

Para los autores colombianos, en sociedades desiguales no tiene sentido aplicar un enfoque exclusivamente restitutivo a la reparación cuando con ello solo se logra devolver, por ejemplo, a un campesino a su minifundio de pobreza, a un niño a una situación de malnutrición o un grupo étnico a una situación de inseguridad o discriminación. De ahí que consideren que es necesario otorgar un enfoque transformador a la reparación. De lo contrario no podría garantizarse la no repetición de las violaciones de derechos humanos a las que las víctimas pertenecientes a los grupos poblacionales menos favorecidos se ven expuestas, precisamente por encontrarse en esas situaciones de vulnerabilidad<sup>400</sup>.

Un elemento clave, aunque no el único, de acuerdo con Uprimny y Saffon, para la reparación transformadora, son las garantías de no repetición que componen la reparación de daño, pues juegan un papel importante en la transformación de las condiciones

---

<sup>398</sup> Botero Aristizábal, Luis Felipe. El concepto del daño. Op. cit. p. 127. Y Henao, Juan Carlos. El Daño Op.cit. p. 45.

<sup>399</sup> Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula. Reparaciones transformadoras, Justicia distributiva y profundización democrática. En Reparar en Colombia: dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión. Bogotá: Dejusticia, 2009. p. 33.

<sup>400</sup> Ibid. P. 35.

---

estructurales que se encuentra en la base de comisión de atrocidades o graves violaciones de derechos humanos<sup>401</sup>.

Sin embargo, existen otros autores, como Juan Carlos Henao quienes consideran que no hay lugar a la reparación transformadora, por considerar que pueden conducir a problemas de igualdad, como los formulados en el anterior acápite, además de que con ello se admite abiertamente la intromisión del juez en las políticas públicas. Por otra parte, considera el profesor Henao que sí resulta discutible la reparación transformadora en el marco de condenas contra el Estado, es aún más discutible aplicar este enfoque cuando se trata de condenas contra particulares<sup>402</sup>.

No obstante, desde la responsabilidad civil, algunos doctrinantes como Keren-Paz consideran que es posible aplicar la responsabilidad extracontractual como una herramienta (con fines limitados) en la lucha continua por una sociedad más justa e igualitaria. Su análisis da respuesta a algunos de las objeciones planteadas por el profesor Henao.

El citado autor establece unos límites de partida frente al planteamiento de la responsabilidad como una herramienta para promover la igualdad y la justicia distributiva. Señala que una agenda igualitaria puede y debe promoverse por medios distintos al derecho de la responsabilidad extracontractual, pues este no tiene un rol concluyente o fundamental en la promoción de la igualdad; aunque tampoco pueda señalarse que tiene un papel trivial, no se debería exagerar la capacidad de la responsabilidad extracontractual para promover la igualdad. Se trata solamente de una herramienta limitada para promover la justicia distributiva.

Con tales consideraciones en mente, señala Keren-Paz que la responsabilidad extracontractual actualmente existente tiene un carácter regresivo en términos igualitarios. Esto se debe especialmente a al principio nodal de la *restitutio in integrum*.

El mencionado principio, según plantea el autor es por naturaleza adverso a las consideraciones redistributivas, dado que pretende perpetuar el *statu quo* existente. En esa medida, puede entenderse que el principio de la *restitutio in integrum* considera ese orden existente como justo y lo legitima como natural, neutral y no conflictivo, cuando en realidad oculta una redistribución regresiva del riesgo y la riqueza.

Esa redistribución regresiva se genera por cuanto el mencionado principio parece incentivar la orientación de los riesgos hacia los pobres, Si bien quien ocasiona el daño no siempre puede elegir a su víctima, a veces sí puede hacerlo y en esos eventos los pobres serían lo que tendrían menos que perder y su indemnización resultaría más barata.

A la exposición desproporcionada a los riesgos que sufren los menos favorecidos, se le suma que la reparación en la práctica nunca es total y que es menos probable que los grupos poblacionales vulnerables inicien reclamos judiciales y que resulten vencedores en sus juicios<sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Ibid. P. 43.

<sup>402</sup> Henao, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado. Op. cit. pp. 110-114.

<sup>403</sup> Keren-Paz, Tsachi. Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 99-101

---

Así las cosas, el estándar de la reparación integral de devolver a la víctima al *statu quo* perdido (independientemente de que se trate del *statu quo* ante o el *statu quo aliter* aquí propuesto) daña, más que protege los intereses de los menos privilegiados.

Frente a lo anterior Keren–Paz propende por que la responsabilidad extracontractual incorpore una sensibilidad igualitaria, que puede operar en dos sentidos: limitando la responsabilidad de los menos privilegiados ante ciertos eventos dañosos o ampliando la responsabilidad a favor de los menos privilegiados cuando son estos quienes sufren el daño<sup>404</sup>.

Para ello, una solución integral debería considerar, entre otros, algunas de las siguientes posibilidades:

*(1) estandarizar las indemnizaciones; (2) utilizar un multiplicador en función de los medios para aumentar o reducir las indemnizaciones, con base en la clasificación de demandante y/o demandado como pobre o rico; (3) facultar a los jueces para reducir los recursos del demandado (...).*<sup>405</sup>

La tercera posibilidad, señala el autor, fue adoptada en ciertas jurisdicciones de tradición continental como Finlandia y Suecia, limitando el deber de indemnizar a la víctima por completo al reconocer la facultad a los tribunales de reducir las indemnizaciones en función de los recursos del demandado en consideración de los recursos del demandante, especialmente cuando se trataba de menores o población enferma<sup>406</sup>.

Por otra parte, plantea que es perfectamente posible ampliar la responsabilidad a favor de los menos desprotegidos si se tiene en cuenta que su situación social y económica como un elemento amplificador del daño y buscando, en todo caso, una reparación plena<sup>407</sup>

Los planteamientos del profesor Keren–Paz no resultan libres de discusión; no obstante, constituyen un interesante ejercicio sobre como compaginar la responsabilidad extracontractual, la igualdad y la justicia distributiva bajo un nuevo enfoque en la búsqueda de una sociedad más igualitaria.

Por otra parte, el autor analiza las objeciones que se podrían esgrimir contra esa visión de la responsabilidad extracontractual y esboza algunas respuestas<sup>408</sup>.

Señala que un argumento que se podría esgrimir frente a una visión igualitarista de la responsabilidad extracontractual es la falta de legitimidad por parte de los jueces, pues se considera que la distribución de los recursos en una sociedad es política por naturaleza, razón por la cual debe ser realizada por los poderes del Estado que rinden cuenta de sus actos y no por el poder judicial.

Al respecto responde Keren–Paz que las decisiones judiciales en materia de responsabilidad extracontractual tienen efectos distributivos inevitables en una sociedad y que la decisión de perpetuar el *statu quo* es tan política como la decisión de apartarse de este. En esa medida las decisiones de los jueces son inherentemente políticas:

---

<sup>404</sup> Ibid. p. 249

<sup>405</sup> Ibid. p. 251.

<sup>406</sup> Ibid. p. 160

<sup>407</sup> Ibid. p. 253.

<sup>408</sup> Ibid. pp. 43 - 98



---

*La decisión de evitar cambios en el statu quo en lo que hace a los efectos igualitarios de la responsabilidad extracontractual es tan política como la de generar cambios. Entonces, ¿Por qué se acusa a los jueces de tomar decisiones políticas inadmisibles cuando se desvían del statu quo, pero no cuando lo perpetúan?*<sup>409</sup>

Adiciona, que el poder judicial no se encuentra en desventaja frente a otras ramas del poder público frente a la toma de decisiones de carácter distributivo; dado que las ramas responsables del gobierno son “*más susceptibles a la presión de los grupos de interés y a tomar decisiones basadas en los intereses egoístas de tales grupos, los funcionarios gubernamentales y los legisladores, más que en el bien público*”<sup>410</sup>.

Ahora, incluso si fuera cierto que su falta de refrendación política implicara que la rama judicial carece de legitimidad frente a decisiones distributivas, se señala que el legislativo tiene el poder de actuar frente a tales decisiones mediante la expedición de nuevas normas jurídicas que conlleven la modificación de las decisiones judiciales o su complementación.

Keren–Paz también sostiene que quienes rechazan el uso de la responsabilidad extracontractual con fines de promoción de la justicia distributiva señalan que la distribución que se logra con el uso de esta institución es aleatoria: “*solo algunas de las personas que deberían participar en el ideal de redistribución integral progresiva que la sociedad vislumbra pueden hacerlo con base en normas de responsabilidad extracontractual redistributivas*”<sup>411</sup>.

Con lo anterior se relaciona precisamente una de las preocupaciones del profesor Henao cuando pregunta si también tendrían derecho a una reparación transformadora los grupos de personas bajo especial protección constitucional, como las personas de tercera edad, los grupos indígenas o afrodescendientes que llegaren a sufrir un daño por fuera del conflicto armado colombiano. Lo cual tendría inconvenientes en términos de igualdad si la respuesta fuera negativa.

En otras palabras, la crítica consiste en que existen individuos o grupos poblacionales que comparten situaciones de vulnerabilidad con algunos reparados a través de criterios de justicia distributiva, y que no tienen acceso a esa redistribución porque no hacen parte del proceso judicial o porque las normas en sus casos específicos no lo facilitan. Lo que implica que el carácter redistributivo de la responsabilidad extracontractual actúe aleatoriamente, siendo esto cuestionable en términos de igualdad.

Al respecto se responde Keren–Paz que todos los métodos de redistribución son aleatorios por naturaleza, pues únicamente logran una parte de la redistribución integral necesaria para acercarnos al resultado distributivo ideal. En esa medida cualquier método de redistribución deberá ser acompañado de otros mecanismos redistributivos. La responsabilidad extracontractual no es la excepción. Pero en todo caso la aleatoriedad de la responsabilidad extracontractual, fuerza al legislativo a tomar parte en un plan de

---

<sup>409</sup> Ibid. p 47

<sup>410</sup> Ibid. p 50

<sup>411</sup> Ibid. p. 56.

---

redistribución progresivo<sup>412</sup>, mediante la constitución de esos mecanismos alternativos (como los fondos de compensación de los que ya se ha hecho mención).

En todo caso Keren–Paz concluye que una redistribución aleatoria por parte de la responsabilidad extracontractual resulta más justa que el statu quo vigente cuando se trata de mejorar la situación de los menos desfavorecidos y no de debilitar la posición de aquellos conocidos como pudientes.

Finalmente, aunque el autor no analice de manera particular la responsabilidad extracontractual del Estado señala que las consideraciones igualitarias cobran un mayor peso dado el rol que tiene el Estado según las teorías políticas no libertarias más comunes y diversas<sup>413</sup>.

No obstante, lo polémico de estas consideraciones, el debate de la responsabilidad extracontractual del Estado con fines redistributivos está planteado tanto en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual como en el de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Por el momento, una reparación transformadora en el marco de procesos de reparación directa parece lejano, pero las consideraciones de justicia distributiva ya se han introducido en el fundamento del deber de reparar y las consecuencias redistributivas de decisiones tomadas bajo ese enfoque tiene un innegable carácter redistributivo.

Cuando el juez administrativo decide que es el Estado y no la víctima quien debe soportar las consecuencias de un atentado terrorista o la mala suerte del paciente que contrajo una enfermedad nosocomial, se realiza una redistribución de cargas y riquezas entre la sociedad y la víctima, independientemente que esa redistribución no conlleve una transformación de sus condiciones sociales y económicas preexistentes. El siguiente paso para víctimas en condiciones especiales de vulnerabilidad podría ser la reparación con enfoque transformador.

## **LAS RESPUESTAS**

Este capítulo dio inicio con las preguntas de qué se repara, cómo se repara y por qué se repara actualmente a partir de los procesos de constitucionalización y convencionalización que surte la responsabilidad extracontractual del Estado. Conviene entonces, a modo de recapitulación dar respuesta a estos interrogantes

### **¿El qué?**

---

<sup>412</sup> Un ejemplo de esto, en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, se encuentra en aquellas decisiones, particularmente sobre actos terroristas y enfermedades nosocomiales, del Consejo de Estado en las que independientemente de soportar o no la responsabilidad del Estado en el principio de solidaridad y en criterios de justicia distributiva, se insta al gobierno y al legislativo a construir o fortalecer mecanismos institucionales alternativos para la reparación de las víctimas.

<sup>413</sup> Keren-Paz, Tsachi. Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva. Op. Cit. p. 41.

---

La pregunta por el qué se repara se encuentra íntimamente ligada con el objeto del daño, así como con el objeto de la tutela jurídica. de ahí la famosa frase que señala que lo que el derecho tutela el daño vulnera.

En ese sentido, debe indicarse que tradicionalmente la responsabilidad extracontractual se había centrado en la riqueza y el patrimonio como objeto del daño, para posteriormente ampliarse con el fin de abarcar situaciones no patrimoniales, tales como el dolor o el sufrimiento.

En estos contextos campeaban nociones como los de bien, interés jurídicamente tutelado e interés legítimo, que se postulaban como núcleo del objeto del daño. No obstante, la evolución doctrinaria, al igual que la constitucionalización y la convencionalización pusieron en la mira de la responsabilidad extracontractual la noción de derecho subjetivo.

Incluso se introduce una categoría especial de daño con el fin de dar lugar a la reparación de derechos constitucionales. Así las cosas, la noción de derecho cobra fuerza en la responsabilidad extracontractual del Estado y se sitúa en el centro del objeto del daño.

A partir de lo cual puede considerarse que la responsabilidad extracontractual del Estado se ocupa de la reparación de derechos subjetivos, sean estos de rango constitucional o no. En esa medida, el medio de reparación directa abarca aquellos derechos subjetivos que tiene contenido económico como los que no lo tienen.

Se considera pertinente, entonces, dejar de lado nociones como las de interés legítimo, bienes jurídicamente protegidos o intereses jurídicamente protegidos, por cuanto resultan caducos al igual que vagos, derivando necesariamente en una indeterminación de las categorías de daño y una hipertrofia de la responsabilidad extracontractual del Estado.

### **¿El cómo?**

La Responsabilidad extracontractual del Estado por vía de la reparación directa pasó de considerarse una institución encaminada a la indemnización pecuniaria de los daños sufridos por las víctimas, al uso de diversos mecanismos, pecuniarios y no pecuniarios, con el fin de reparar integralmente y acercar al dañado al punto más cercano al status quo aliter.

En esa medida, la reparación comprenderá la restitución del ejercicio de los derechos cuando ello sea posible o su compensación pecuniaria o no pecuniaria cuando no sea posible lo primero.

Así las cosas, el juez de la reparación directa se postula como reparador integral de derechos, y a su mano tiene la posibilidad de dictar medidas de restitución, rehabilitación, compensación satisfacción e incluso garantías de no repetición, solicitud de las víctimas en la generalidad de los casos y de oficio en casos que impliquen graves violaciones de derechos humanos.

En esa labor es importante la rigurosidad frente a las medidas de reparación dictadas, con el fin de que se compaginen con la vulneración ocasionada, es decir con la naturaleza del derecho que se pretende reparar.

---

## ¿El por qué?

La explicación y justificación de la responsabilidad extracontractual del Estado se abordó desde la perspectiva normativa y de las teorías de la justicia. En ese sentido se señaló que *alterum non laedere* como principio central de la responsabilidad extracontractual implica un deber “no dañar a otros”, lo que a su vez constituye un correlato de una posición jurídica de indemnidad; que podrían entenderse como todas las posiciones de indemnidad que surgen de los derechos subjetivos.

De ahí que la vulneración del principio del *alterum non laedere*, implique generalmente la vulneración, privación o alteración del goce pacífico de los derechos subjetivos. Esta vulneración generará una obligaciones y derechos secundarios, la obligación de reparar el daño y el derecho a ser reparado. Estos planteamientos reflejan aspiraciones de justicia de justicia correctiva en la medida que exigen que el daño injusto sea reparado y que quien lo repare sea el propio dañador.

En esa medida, consideraciones de justicia correctiva se encuentran presentes en los tradicionales títulos de falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial. Aunque en este último comparta su lugar de manera equitativa con la justicia distributiva.

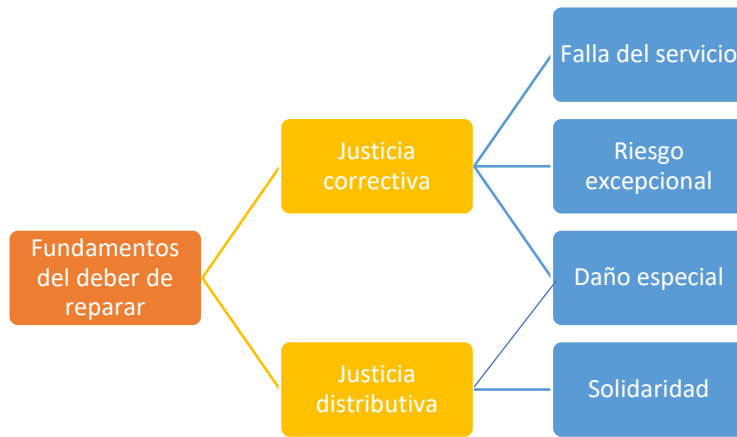
El proceso de constitucionalización del derecho ha introducido criterios de justicia distributiva y ha reforzado algunos ya existentes. con el fin de justificar en ciertos eventos la atribución al Estado el deber de reparar.

La justicia distributiva refuerza la obligación del Estado de reparar a las víctimas en aquellos eventos en los que, aún actuando lícitamente, su actuación implica un desequilibrio en las cargas públicas. De ahí que se considere que la carga del daño deba ser soportada por la sociedad en general (Estado) y no únicamente por el afectado.

Ahora bien, esta última noción de justicia, presente a través del principio de solidaridad contenido en el artículo 1º de la Constitución Política se ha constituido en algunos casos, como el de daños por actos violentos de terceros o el de las enfermedades nosocomiales, en un fundamento autónomo.

Es importante resaltar, aunque se hará de esto algún énfasis en el siguiente capítulo, que el principio de no dañar a otros al igual que los derechos subjetivos no resultan absolutos, razón por la cual permiten limitaciones por parte de algunas actuaciones del Estado, lo que no implica *prima facie* el surgimiento de un derecho a ser reparado ni de un deber de reparar mientras resulten proporcionales; salvo que bajo consideraciones de justicia distributiva se considere que a ello hay lugar.

El siguiente esquema pretende ilustrar la relación de la justicia correctiva y la justicia distributiva como los diferentes fundamentos del deber de reparar que campean en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado:



---

## CAPÍTULO 3. PERSPECTIVAS Y PROSPECTIVAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Los dos capítulos anteriores se ocuparon no solo de explicar los procesos de constitucionalización y convencionalización, sino también de evidenciar la reingeniería que viene sufriendo y los cambios que admite la responsabilidad extracontractual del Estado frente al objeto de la reparación, la forma de reparar y las justificaciones de por qué reparar.

Siguiendo esa línea, en este capítulo se plantea la posibilidad de una reformulación del entendimiento tradicional de la tutela que brinda la responsabilidad extracontractual, de ahí que se pretenda mostrar algunas perspectivas y prospectivas sobre la función y el papel la responsabilidad extracontractual en el derecho administrativo colombiano.

Perspectivas que no son más que propuesta de cómo debería entenderse algunos puntos estructurales de la responsabilidad extracontractual en el marco de procesos de constitucionalización y convencionalización y del lenguaje de los derechos.

Lo anterior también implica una serie de prospectivas, en la medida que existen elementos de esta concepción de la responsabilidad extracontractual que aún no se han abordado, al menos no de manera consiente por parte de la jurisprudencia o el legislador, aunque sí por la doctrina, y que pueden avivar nuevas y enriquecedoras discusiones jurídicas y académicas que tengan impacto en la práctica de la responsabilidad extracontractual del Estado.

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

#### 1.1. EL MODELO DE LOS DERECHOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Se considera que los procesos de constitucionalización y convencionalización, punto de partida de este trabajo, auspician la posibilidad de un *modelo de los derechos* de la responsabilidad extracontractual del Estado. Esto es, un modelo de acuerdo con el cual la responsabilidad extracontractual no sea el derecho del *daño a las cosas*, el *daño a las personas*, el *daño corporal* e incluso del *daño que la víctima no estaba en el deber de soportar*, sino que se trate de un derecho sobre afectaciones a derechos subjetivos y la forma de repararlos (restituirlos o compensarlos) o de prevenir tales afectaciones.

Los planteamientos previos insinúan, precisamente, que la reingeniería a la que se ha visto sometida la responsabilidad extracontractual del Estado en los últimos tiempos consiente la posibilidad de una concepción de esa naturaleza.

Las diferentes etapas de la evolución del denominado “daño no patrimonial” o “inmaterial” dan cuenta de las dificultades en su reconocimiento y reparación, en tanto que no se tenía claridad sobre lo que se pretendía reparar, de ahí que no se contará con los criterios suficientes para desplegar una tutela resarcitoria adecuada. Se pensó que

---

lo que se reparaba era el desplacer, el dolor, la pérdida de las pequeñas alegrías de la vida, pero estas categorías resultaban tan etéreas y difusas que no brindaban la uniformidad y la congruencia necesarias.

Incluso en el marco de “daño patrimonial” se hablaba del daño a las cosas, cuando la destrucción de los bienes materiales no conlleva, por sí sola, la formación de una obligación de reparar por parte de un tercero. Solo en la medida que esos bienes materiales hagan parte del patrimonio de una persona, es decir, en la medida que alguien ostente algún derecho sobre ellos, surgirá para el responsable el deber de resarcir el daño.

El modelo de los derechos se opone a aquella concepción que sugiere que la responsabilidad extracontractual se ocupa de la reparación de perjuicios y pasa por descartar las nociones de bien jurídico, de interés legítimo o interés jurídicamente tutelado para centrarse en un concepto que brinda algo más de precisión y rigor frente a los que se repara: los derechos subjetivos, sean estos individuales o colectivos.

El surgimiento del “daño a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos”, constituye un gran avance en la consolidación de un *modelo de los derechos* de la responsabilidad extracontractual del Estado. Adicionalmente, tener a los derechos como objeto del daño, brinda mayor claridad sobre cómo reparar el daño y, por ende, mayor control del juez administrativo frente a las medidas no pecuniarias de reparación, cuyo tratamiento indiscriminado las ha venido convirtiendo en un comodín resarcitorio, sin que existan una reflexión sobre qué derechos en realidad pueden reparar o compensar.

Ahora bien, un modelo de derechos de la responsabilidad extracontractual, si bien requiere un replanteamiento de algunas nociones tradiciones, especialmente en lo que se refiere al concepto del daño y del daño antijurídico, permite el uso de otras herramientas como el principio de proporcionalidad y hace más visibles otras facetas de esta institución del derecho administrativo como la función preventiva o inhibitoria, así como su trascendencia más allá del medio de control de reparación directa y su comprensión como un derecho público de daños.

## 1.2. SOBRE FUNCIÓN PREVENTIVA Y RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La función indiscutible que se le asigna a la responsabilidad extracontractual tanto civil como del Estado es la reparación de los daños<sup>414</sup>. Para el cumplimiento de esta función, el ordenamiento jurídico despliega una tutela judicial que, así mismo, habrá de denominarse restitutoria o resarcitoria, lo que permite que las víctimas puedan acceder a la administración de justicia para reclamar la reparación de los daños que ha sufrido y,

---

<sup>414</sup> M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Equidad judicial y responsabilidad extracontractual. Bogotá: Universidad Externado, 2019. p. 341.

---

eventualmente, si se reúnen las condiciones para ello, es decir, si se concluye que se trató de un daño antijurídico, el juez administrativo podrá ordenar su reparación.

Sin embargo, alrededor de esta discusión se encuentra el debate sobre que otras funciones cumple o debe cumplir la responsabilidad extracontractual. Ya en el capítulo anterior se mencionaba que para Keren–Paz<sup>415</sup>, la responsabilidad extracontractual debe servir como una herramienta (limitada) con fines redistributivos e igualitarios. Desde ese punto de vista puede adscribirse una función distributiva a la responsabilidad extracontractual del Estado.

Bajo criterios de justicia distributiva, esta institución del derecho administrativo se encargará de redistribuir la carga de ciertos daños entre los miembros de la sociedad, lo que resulta especialmente patente en nuestro país en materia de actos violentos de terceros y enfermedades nosocomiales.

La anterior función es polémica y sumamente discutible, pero no son menos otras, como la función preventiva y la función sancionadora o punitiva.

María Cecilia M’Causland considera que estas dos funciones, la preventiva y la punitiva tienen un carácter accesorio o no principal en el ordenamiento jurídico colombiano<sup>416</sup>. Para la mencionada autora no puede hablarse de responsabilidad sin la existencia de al menos un daño ya consolidado o ya sufrido por la víctima. A partir de ese punto los efectos preventivos o punitivos que pueda tener la responsabilidad extracontractual podrán considerarse como efectos secundarios o accesorios de la labor de reparar el daño.

Se comparte con la autora sus consideraciones respecto a que la función punitiva de la responsabilidad extracontractual del Estado resulta en un efecto accesorio o de rebote al juicio de responsabilidad. Eventualmente los fallos de responsabilidad extracontractual también buscaran comunicar un juicio moral o de reproche sobre el carácter inapropiado de la conducta del Estado. Tal es el caso, por ejemplo, de la tendencia de hace algunos años de declarar la responsabilidad agravada del Estado por graves vulneraciones a derechos humanos. No obstante, no habría lugar a tales juicios si no existiere la posibilidad de reparar un daño o si el daño se ocasionó a partir de una actuación legítima por parte del Estado, lo que de suyo hace de la función punitiva una función secundaria.

Adicionalmente, es necesario recordar que en Colombia no se aceptan los denominados daños punitivos. Para la profesora M’Causland si el ordenamiento jurídico colombiano decidiera incursionar en los daños punitivos, se trataría “*apenas de una excepcional incursión (válida) de responsabilidades sancionatorias en el ámbito del proceso civil o contencioso administrativo, con base en criterios de justicia retributiva*”<sup>417</sup>.

En lo que respecta a la función preventiva, se disiente de la posición de la mencionada autora, para quien se trata de una función secundaria. Por el contrario, se considera que es una función a la que es necesario asignarle un papel protagónico en la responsabilidad extracontractual del Estado, lo que además implica entender que se trata de una función

---

<sup>415</sup> KEREN-PAZ, Tsachi. Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva. Op. Cit. pp. 16 y 17.

<sup>416</sup> M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Equidad judicial y responsabilidad extracontractual. Op. Cit. p. 344.

<sup>417</sup> Ibid. p. 355.



---

autónoma y diferenciable, aunque complementaria de la función reparadora en el tratamiento del fenómeno dañoso.

La función preventiva tradicionalmente ha sido entendida como un subproducto de la reparación del daño, como la consecuencia psicológica o institucional disuasiva de afectar a alguien en su patrimonio con el fin de que repare el daño causado. Al respecto, Stiglitz expone que el daño genera una serie de efectos jurídicos reactivos que siguen la secuencia: sanción, reparación y prevención. Entre esos efectos reactivos se encuentra la clásica sanción resarcitoria materializada a través de la indemnización. Explica el autor argentino que, si bien esta constituye una forma de reparación, también constituye una sanción para el obligado a reparar en tanto incide negativamente sobre su patrimonio, como correlato a la infracción de un deber jurídico. Con lo cual genera un proceso psicológico– económico idóneo para que otros se vean disuadidos de incurrir en hechos dañosos<sup>418</sup>.

No obstante, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado la presión psicológica que puede generarse a partir de la disminución patrimonial del que se ve obligado a reparar el daño, no opera de la misma forma, pues en principio se repara el daño con cargo al patrimonio del Estado y el patrimonio de los agentes estatales causantes del daño solo se ven comprometido en el marco de la acción de repetición.

Sin embargo, Saavera Becerra considera que las condenas sobre la responsabilidad extracontractual del Estado deben tomarse como criterio comportamental para que la Administración pueda modificar su actuar en el futuro:

*(...) desde una razonable perspectiva constitucional, la responsabilidad debe condicionar el modo concreto de organización y actuación futura de la administración. Ello explica que el juez al comprobar en una situación concreta el funcionamiento anormal, se plantea en hipótesis, a la Administración, no como es, sino como debería ser. De lo cual es Forzoso deducir que el efecto de una decisión de condena a indemnizar no se agota en el restablecimiento patrimonial, sino que influye o debería influir en la manera ulterior de gestionar el servicio en cuestión, e incluso toda su estructura organizativa.*<sup>419</sup>

Lo propuesto por el profesor Saavera Becerra requiere un par de acotaciones. En efecto, ante el comportamiento anormal de la administración, la condena a reparar debería influir a futuro en la forma de actuar del Estado. Sin embargo, los comportamientos anormales o las fallas del servicio son solo uno de los fundamentos para la reparación de víctimas de actuaciones u omisiones del Estado. En casos en los que, por ejemplo, la afectación a un particular configure un daño espacial, no puede entenderse la condena a reparar como un medio disuasivo del comportamiento del aparato estatal, en tanto se entiende que actuó buscando un bien común, en cumplimiento de los propósitos constitucionales, pero su comportamiento generó un desequilibrio de las cargas públicas.

Así, por ejemplo, el ciudadano que ve mermado su patrimonio por la desvalorización que sufre su apartamento y se ve afectado en su intimidad y tranquilidad, por la construcción de un puente vehicular elevado justo frente a su ventana, sufre sin duda un daño especial,

---

<sup>418</sup> STIGLITZ, Gabriel. Daños y Perjuicios. Op. cit. pp. 50 – 62.

<sup>419</sup> SAAVEDRA Becerra, Ramiro. La responsabilidad patrimonial del Estado, Tomo 1. Bogotá: Editorial Ibañez, 2018. p 243.

---

y eventualmente el Estado se encontrará en la obligación de reparar a tal víctima<sup>420</sup>; no obstante, no puede considerarse que tal condena implique la modificación del comportamiento estatal o que se deje de lado la construcción de infraestructura de transporte y movilidad. De forma similar, puede suceder con ciertas restricciones que puede sufrir la propiedad privada debido a afectaciones de carácter ambiental.

En esa medida tampoco podría considerarse que condenas a reparar que tiene fundamento principal en la solidaridad, como en el caso de las enfermedades nosocomiales o de actos violentos de terceros, puedan adscribirles un efecto disuasivo.

Las posiciones anteriores, pueden considerarse reduccionistas en tanto limitan la función preventiva de la responsabilidad extracontractual a un papel disuasivo derivado de la condena a reparar. Posturas más contemporáneas, reconociendo que en materia de responsabilidad extracontractual no solamente es importante los daños ya causados sino los futuros o los inminentes, han tratado de subsumir la función preventiva dentro de la función resarcitoria, con el fin de abrirle campo a la responsabilidad como mecanismo para evitar la consumación del daño. Dentro de esta tendencia se encuentra el profesor Henao, para quien la amenaza de daño debe considerarse como daño cierto y por lo tanto permite solicitar, como medidas de reparación, medidas que eviten la consumación del daño, su agravación o su repetición<sup>421</sup>.

Tampoco se comparte esta posición, al menos por tres razones. i) tener a la amenaza del daño como daño cierto implica una subsunción de la función preventiva en la función resarcitoria, lo que conlleva un enmascaramiento de una función que debería tenerse como propia de la responsabilidad extracontractual; ii) existe una contradicción lógica, pues algo no puede ser amenaza de daño y daño al mismo tiempo, es decir, no ser algo y ser al mismo tiempo; iii) adicionalmente, teniendo solo una amenaza de daño no podría aplicarse resarcimiento alguno; aún no habría víctima que retornar al statu quo aliter, dado que no habría una modificación o perturbación de su statu quo inicial. La función y la tutela preventiva se ocupan precisamente de evitar la alteración del statu quo frente a la amenaza de vulneración de derechos de un sujeto de derechos; si la alteración ya se generó, no hay prevención sino reparación.

Finalmente, se encuentran algunos autores que consideran que la responsabilidad extracontractual tiene dos funciones principales: la reparación y la prevención de daños y que con el fin de cumplir con esta última función la responsabilidad extracontractual despliega una tutela inhibitoria o preventiva autónoma, diferente, aunque complementaria, a la función resarcitoria o reparadora. Es a esta posición a la que nos adherimos.

Este debate se ha dado principalmente en el marco de la responsabilidad civil extracontractual. Así, por ejemplo, autores argentinos como Stiglitz<sup>422</sup> y Mosset Iturraspe concuerdan en que además de la reparación, es función primordial la prevención sobre futuros daños. Este último, particularmente considera:

---

<sup>420</sup> Véase un caso similar en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 16 de agosto de 2018, Rad. 25000-23-26-000-2010-00126-01(43872). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>421</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. Op. cit. p 38.

<sup>422</sup> STIGLITZ, Gabriel. Daños y Perjuicios. Op. cit. pp 49 – 51 y pp. 59 – 67.

---

“El más reciente Derecho de Daños aspira a la prevención, a la evitación antes que a la reparación. Es la actuación del Derecho ex ante, mucho más conveniente que la ex post. (...)

El tema es de particular relevancia en el “Derecho ambiental” en el cual los perjuicios suelen ser de consecuencias muy graves y duraderas, a la vez que de muy difícil “recomposición”.

Ocurrido el daño, aun la “mejor reparación” ha de menester de un costo elevado, consumido por los “gastos del litigio”, su tardanza y la incompletividad de la compensación.”<sup>423</sup>

De acuerdo con Trigo Represas esta idea puede rastrearse al menos hasta los años 30 de siglo pasado<sup>424</sup>. Actualmente, la tutela inhibitoria como una de las funciones de la responsabilidad civil extracontractual cobra mayor fuerza, con lo cual se ha pasado de una lógica del derecho a seguir dañando mientras se paguen los daños, al derecho de la posible víctima de evitar el daño<sup>425</sup>.

En el referido país austral la doctrina ha tenido eco en la legislación. El Código Civil y Comercial argentino de 2014<sup>426</sup> prevé expresamente que una de las funciones principales de la responsabilidad civil extracontractual es la prevención de los daños:

*Artículo 1708. Funciones de la responsabilidad Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.*

El artículo 1710<sup>427</sup> de ese código precisamente establece las obligaciones de prevenir el daño y el artículo 1711 consagra la acción preventiva con el fin de que una persona pueda evitar la consumación de un daño, su continuación o agravamiento. Es decir que, a tal función preventiva, el ordenamiento jurídico argentino le asigna una tutela igualmente preventiva:

*Artículo 1711. Acción preventiva La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.*

En Colombia, civilistas como Cohen Puerta y Carlos Ignacio Jaramillo también defiende la idea de que la responsabilidad extracontractual es un derecho no solo resarcitorio de los daños, sino también preventivo de estos.

---

<sup>423</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños, Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni Editores, 2004. p. 362.

<sup>424</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A. y LOpez Mesa, Marcelo. Op. cit. p. 62.

<sup>425</sup> Ibid. p. 32.

<sup>426</sup> Promulgado mediante ley argentina 26.994 de 2014.

<sup>427</sup> “Artículo 1710. Deber de prevención del daño Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

---

El primero encuentra en los artículos 2355<sup>428</sup> y 2359<sup>429</sup> del Código Civil colombiano el principio preventivo y la legitimación activa y pasiva de una acción por daño contingente<sup>430</sup>. Esto es, la constatación de una tutela preventiva contenida en el esquema tradicional del derecho civil en nuestro país<sup>431</sup>.

Jaramillo, por su parte, señala que el Derecho de la Responsabilidad Civil no es solo remedial, sino anticipativo y que cada vez tiende a serlo más a partir de una reinterpretación del principio del *alterum non laedere*<sup>432</sup>, el cual conduce precisamente a no dañar a los demás. De ahí que sostenga con adornado lenguaje:

*Evitación y reparación, parafraseando un excelso trabajo emanado de un respetado profesor español, en consecuencia, forman parte de un mismo corpus: uno y otro son su otra cara: la de la moneda que se integra por los dos lados.*<sup>433</sup>

Desde una mirada de la teoría jurídica, Bernal Pulido también apoya la idea de que el *alterum non laedere* como deber de no dañar a otros se relaciona con el principio de prevención y con el de precaución. Para este constitucionalista colombiano la práctica del derecho de daños vincula no solamente los principios ya mencionados sino también criterios de justicia correctiva y distributiva. Así, considera que

*Al igual que la justicia correctiva, el principio de prevención se relaciona con el deber de no causar daños antijurídicos en circunstancias de certeza empírica. Finalmente, el principio de precaución se relaciona con este deber en el mismo sentido, aunque solo atañe a las circunstancias en las que no se sabe si una acción tiene potencial para causar daños o generar riesgos.*<sup>434</sup>

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado el debate es escaso. No obstante, se considera que en el modelo de los derechos de la responsabilidad extracontractual del Estado hacia el que empujan los procesos de constitucionalización y convencionalización, la prevención se encuentra al mismo nivel que la reparación del daño. No solo porque esta posibilidad se deriva de interpretaciones del principio *alterum*

---

<sup>428</sup> “ARTICULO 2355. <RESPONSABILIDAD POR COSA QUE CAE O SE ARROJA DEL EDIFICIO>. El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.

**Si hubiere alguna cosa que de la parte de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción”** (resaltado fuera de texto)

<sup>429</sup> “ARTICULO 2359. <TITULAR DE LA ACCIÓN POR DAÑO CONTINGENTE>. Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”. (resaltado fuera de texto)

<sup>430</sup> COHEN PUERTA, Melvin Munir. Op. cit. p. 56.

<sup>431</sup> María Cecilia M’Causland, por el contrario, considera que esos artículos si bien tratan de acciones preventivas del daño, en la medida que el daño no ha ocurrido no se trata de responsabilidad extracontractual, sino de una institución hermana a esta. M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Equidad judicial y responsabilidad extracontractual. Op. cit. pp. 347-349.

<sup>432</sup> JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado: funciones de la responsabilidad en el siglo XXI y trascendencia de la prevención. Bogotá: Editorial Temis, 2013. p. 76.

<sup>433</sup> Ibid. p. 78.

<sup>434</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Op. cit. p 411.

---

*non laedere*, fundamental también en la responsabilidad extracontractual del Estado; sino principalmente porque en el centro de la referida concepción sobre la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentran los derechos subjetivos y no puede considerarse que una persona tiene un verdadero derecho si no puede cuando menos acudir a la justicia con el fin evitar su vulneración.

Con gran acierto Holmes y Sunstein señalan que “*un interés califica como derecho cuando un sistema legal efectivo lo trata como tal utilizando recursos colectivos para defenderlo. Como capacidad creada y mantenida por el Estado para evitar o compensar daños (...)*”<sup>435</sup> (negrilla fuera de texto). Mas adelante, complementan que “*En cada caso tener un derecho es tener el poder legal de impedir a otros actuar en forma perjudicial a uno*”<sup>436</sup>.

Por su parte Juan Manuel Quinche señala que tener un derecho subjetivo implica para el Estado una serie de obligaciones de garantía y protección, entre ellos el de evitar que el propio Estado o terceros vulneren o impidan el ejercicio de un derecho<sup>437</sup>, obligación positiva que guarda concordancia con el inciso segundo del artículo 2° de la Constitución política de Colombia<sup>438</sup> y que puede cumplirse de distintas maneras, entre ellas desplegando una tutela judicial preventiva o inhibitoria.

En el caso en particular de los derechos fundamentales, esa es uno de los objetivos de la acción de tutela contenida en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia<sup>439</sup>, aunque se trate de una acción de carácter subsidiario. Así mismo, la acción popular tiene una finalidad reparadora y preventiva, tal como se desprende del artículo 2 de la Ley 472 de 1998<sup>440</sup>.

Que la responsabilidad extracontractual se ocupara solamente de la reparación de los daños guardaba sentido en el Estado liberal decimonónico, en donde el principal objetivo era garantizar la integridad patrimonial de los sujetos de derechos.

Distinto a lo que ocurre con derechos patrimoniales que pueden ser sustituidos por un subrogado pecuniario con facilidad, en el actual Estado social de derecho, cobran

---

<sup>435</sup> HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass. Op cit. p. 35.

<sup>436</sup> Ibid. p. 72.

<sup>437</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La acción de tutela: el amparo en Colombia. Bogotá. Editorial Temis, 2017. p. 50.

<sup>438</sup> “*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”

<sup>439</sup> “*ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)*”

<sup>440</sup> “*ARTICULO 2o. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.*

*Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.*

---

relevancia derechos que carecen de un contenido económico y que una vez vulnerados resultan de difícil reparación. De ahí que sea importante que la responsabilidad extracontractual también despliegue una tutela preventiva o inhibitoria que permita evitar la consumación del daño, su agravación o continuación, así como su repetición. Este tipo de tutela es la única que puede garantizar la integridad del derecho en sí.

Modificando alguna idea inicial postulada por Keren-Paz<sup>441</sup>, si se concibe a la responsabilidad extracontractual del Estado como una institución encaminada a la protección de determinados derechos, será siempre preferible que los derechos sean respetados, en vez de que se sean trasgredidos y reparados. Esa aspiración cobra aún más relevancia cuando se advierte que la idea de compensación o reparación absoluta o total, aunque constituya una guía tutelar y un parámetro de referencia para dictar las medidas resarcitorias, puede tornarse irrealizable, especialmente en aquellos eventos en los que existen graves afectaciones a derechos relacionados con la dignidad humana o de aquellos que carecen de contenido económico.

Ahora, es apenas lógico que una vez trasgredidos, el dañado pueda pedir que se cese con el daño a fin de evitar su agravación, así como garantías de su no repetición y, por supuesto, su reparación.

Así las cosas, la función preventiva no solo no es ajena a la responsabilidad extracontractual, sino que más bien parece, de antaño, hacer parte de su composición, si se considera los antecedentes en materia de responsabilidad civil extracontractual.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la función preventiva no resulta extraña a un “modelo de derechos”, especialmente si se tiene en cuenta las obligaciones constitucionales que tiene el Estado garantizar y proteger los derechos de los particulares. Un ejemplo de ello son los remedios inhibitorios encaminados a evitar repetición de los daños, conocidos como garantías de no repetición, impulsados a partir de los procesos de convencionalización y constitucionalización

Es importante, entonces, el análisis de como la responsabilidad extracontractual del Estado puede desplegar una tutela inhibitoria dirigida a impedir la comisión, la continuación o la repetición del daño. Puesto que como institución que orbita alrededor del daño debe ocuparse no solo de su reparación, sino también de su prevención y mitigación.

## **2. LA TUTELA RESARCITORIA EN EL MODELO DE DERECHOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

Como ya se mencionó la tutela resarcitoria es aquella protección que brinda el ordenamiento jurídico y las normas relativas a la responsabilidad extracontractual del Estado ante el acaecimiento sobre una persona de un daño antijurídico que le fue imputado al Estado. Este tipo de tutela permite que la víctima busque la reparación,

---

<sup>441</sup> KEREN-PAZ, Tsachi. La concepción de la Justicia en el derecho de daños según riesgos y daños. Op. cit. p. 133.

---

desagravio o resarcimiento del daño; es pues, la materialización de la función resarcitoria, siendo esta la principal función que se le atribuye a la responsabilidad extracontractual<sup>442</sup>.

De esto ya nos hemos ocupado bastante en el anterior capítulo, por lo cual simplemente se abordarán algunos puntos que requieren replantearse a partir de una perspectiva del “*modelo de los derechos*”.

## 2.1. EL DAÑO

Alrededor de la noción de daño orbita la responsabilidad extracontractual y la tutela resarcitoria que esa institución despliega sobre los sujetos de derechos que han sufrido el daño. De ahí que el replanteamiento de este tipo de responsabilidad en el marco de un derecho administrativo en constante proceso de constitucionalización y convencionalización implique necesariamente su entendimiento a partir del lenguaje de los derechos y la formulación de una noción de daño que se compagine con tal punto de vista. En conclusión, una noción de daño bajo el modelo de los derechos.

En ese sentido se considera que es posible entender daño como toda privación, vulneración o afectación al goce pacífico de un derecho subjetivo individual o colectivo, independientemente de que se trate de derechos con contenido económico o de aquellos que carezcan de tal.

En cuanto al concepto de derecho subjetivo que fundamenta la propuesta de entendimiento del daño, siguiendo a Alexy, puede ser definido como relación o posición jurídica. Esta noción de derecho subjetivo indaga por las propiedades normativas de las personas y las acciones y por las relaciones normativas entre las personas o entre las personas y el Estado<sup>443</sup>. Así, por ejemplo, cuando se señala que una persona tiene derecho a expresar libremente su opinión, es posible afirmar que esa persona se encuentra frente al Estado en una posición en la que le es posible expresarse libremente.

Arango explica que un derecho subjetivo como posición normativa o posición jurídica implica necesariamente la existencia, entre otras cosas, de una norma jurídica y de una obligación jurídica.

Si bien todo derecho descansa en una norma jurídica válida, no toda norma jurídica consagra un derecho. De igual manera sucede con las obligaciones, no toda obligación derivada de una norma jurídica impone un derecho, tal como sucede con algunas de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone al Estado en la búsqueda de un beneficio para el interés general<sup>444</sup>.

Es necesario precisar que los derechos subjetivos no se limitan a aquellas posiciones jurídicas que se derivan de manera expresa de obligaciones contenidas en normas jurídicas. Sino que serán también todas aquellas posiciones jurídicas que se le pueda adscribir a un enunciado normativo o a una red de enunciados normativos por medio de

---

<sup>442</sup>CORTÉS, Edgar. Op. cit. p. 62.

<sup>443</sup>ALEXY, Robert. Op. cit. p 178.

<sup>444</sup>ARANGO, Rodolfo. Op. cit. pp. 9-14

---

razones válidas, y serán razones válidas las que puedan ganarse con la ayuda de la argumentación jurídica<sup>445</sup>.

En ese sentido, la posición jurídica si bien supone la existencia de una norma jurídica y de una obligación jurídica (que obliga a otro a dar, hacer o dejar de hacer algo), no se agota en estos elementos, sino que vincula el poder jurídico de perseguir un interés propio.

Sobre lo que puede entenderse por una posición jurídica, Arango sostiene lo siguiente:

*Desde una perspectiva lógica, una posición es la relación deóntica (OsaG) de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (G) de otro (s). En sentido sustancial o de contenido, una posición Jurídica es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida prima facie por que dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo. En sentido político, una posición significa que el individuo es tomado en serio.<sup>446</sup>*

Aunque el autor colombiano hable de individuos, nada impide que lo anterior se aplique en el ámbito de los colectivos que son titulares de derechos subjetivos.

Ahora bien, un derecho subjetivo puede implicar la conjunción de una serie de relaciones o posiciones jurídicas<sup>447</sup>. Las posiciones jurídicas generalmente adoptarán las siguientes formas: i) derecho a algo, ii) libertad, iii) competencia e iv) inmunidad, la cuales guardan una íntima relación con los correlativos: i) deberes, ii) no-derechos, iii) sujeciones y iv) no-competencias. Bernal Pulido lo explica de la siguiente manera:

*El derecho a algo es una posición Jurídica en la que el titular (en adelante: T) tiene un derecho a que el destinatario (en adelante: D) haga u omita algo (en adelante X). De manera correlativa, D tiene un deber de hacer u omitir X frente a T.*

*La libertad es una posición jurídica en la T es libre frente a D para hacer X. De manera Correlativa, D carece de un derecho a algo para impedir que T haga u omita X.*

*La competencia es una posición jurídica en la que, mediante una acción o un conjunto de acciones de T, puede modificarse la situación jurídica de D. De manera correlativa, D tiene una sujeción. D está sujeto a que su situación jurídica pueda modificarse como consecuencia de la acción o las acciones de T.*

*La inmunidad es una posición jurídica en la que la situación jurídica de T no puede ser modificada por las acciones de D. De manea correlativa, D carece de competencia para modificar, mediante sus acciones, la situación jurídica de T.<sup>448</sup>*

En línea con lo anterior, daño también podrá entenderse como la afectación negativa o privación de una o varias posiciones jurídicas de las que sea titular un individuo o un colectivo, pero no cualquier perturbación que sufra una persona podrá considerarse como daño. Al respecto considera De Cupis que “*El que no todos los fenómenos del orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación; (...)*”<sup>449</sup>.

---

<sup>445</sup> Ibid. p. 21

<sup>446</sup> Ibid. p. 20.

<sup>447</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio. El lenguaje de los derechos. Op. cit. p. 34.

<sup>448</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Op. cit. p 27.

<sup>449</sup> DE CUPIS. Adriano. Op. cit. p. 84.



---

Por su parte, Botero Aristizábal sostiene que es sumamente peligroso considerar que cualquier miedo, frustración, riesgo o molestia a los derechos ajenos pueda ser considerado como daño, pues conllevaría a la petrificación de la libertad o del accionar del Estado, ante el temor de que cualquier acción pueda conducir al pago de una indemnización o del cumplimiento de otro tipo de medida jurídicamente relevante. Así mismo, señala que estimar que cualquier mala suerte puede dar lugar a demandar a un tercero para atribuirle nuestras desgracias socava la idea sobre la que se asienta cualquier modelo de Estado<sup>450</sup>.

En efecto, existe una serie de cargas y perturbaciones que una persona debe soportar y que, para el derecho, al menos al derecho de daños resultan irrelevantes, porque de lo contrario sería imposible la vida en sociedad.

Así, por ejemplo, no podría considerarse daño el sufrimiento por un amor no correspondido o el que puede ocasionar en algunos hinchas la eliminación de la selección nacional de fútbol en un campeonato del mundo. Desde un punto de vista normativo, estas situaciones no pueden considerarse un daño, por cuando no puede alegarse que existe una posición o relación jurídica que implique una protección al individuo frente a estos avatares de la vida.

Caso contrario sucede con el dolor que causa la muerte de un ser querido a raíz de, por ejemplo, una falla del servicio por parte del Estado. Caso frente al cual puede señalarse que el Estado vulneró una posición jurídica de indemnidad, causando sufrimiento y vulnerando la integridad espiritual de la persona, es decir, causando un daño moral.

Adicionalmente, no todo daño resulta resarcible. Es decir que no toda alteración negativa o privación de una posición jurídica hace emerger para la víctima el derecho a ser reparado y la correlativa obligación para un tercero de reparar al sujeto dañado. Puede suceder que la víctima tenga que soportar el daño sufrido, por ejemplo, por tratarse de una situación de culpa exclusiva de la víctima, aunque también es posible que el daño provenga de la actuación de terceros y aun así la víctima deba soportarlo.

Como lo anota Cruz Parceró al analizar la obra de Wensley Newcomb Hohfeld, precursor de la concepción de los derechos como relaciones jurídicas, gran parte del sistema jurídico consiste en reglas que le permiten a la gente dañar a los otros, aunque también existe un perímetro de obligaciones y prohibiciones que ponen límites importantes al daño que está permitido<sup>451</sup>.

Para ejemplificar tal situación toma el caso de dos boxeadores, en el cual cada contendiente goza de la libertad de dar a su oponente golpes reglamentarios y ambos carecen del derecho a exigir que el otro se abstenga a su vez de golpearlo. Sin perjuicio del perímetro de protección de derechos y deberes que cada uno ostenta dadas las reglas del boxeo, tales como el derecho a no recibir golpes bajos y el deber correlativo de no propinarlos. Frente a este ejemplo, Cruz Parceró concluye que

*(...) por un lado, el hecho de que la libertad de uno sólo implica el no-derecho de otro y, en ese sentido, queda un margen en el que cierto daño o interferencia está permitido;*

---

<sup>450</sup> BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe Op. cit. p. 106.

<sup>451</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio. El lenguaje de los derechos. Op. cit. p. 34

---

*por el otro, que en un sistema jurídico habrá siempre un perímetro de deberes y prohibiciones que acatan el daño o interferencia.*<sup>452</sup>

El anterior es un ejemplo claro de que el sistema jurídico permite afectaciones, interferencias o limitaciones a los derechos subjetivos, y que por encontrarse permitidos deberán ser soportados por el titular del derecho subjetivo afectado, sin que ello implique necesariamente el surgimiento de un derecho a ser reparado y la correlativa obligación de un tercero de reparar.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado ha sido claro que es posible que este interfiera en derechos subjetivos con sus actuaciones lícitas. Afectaciones que, en principio, deberán ser soportadas por los particulares, salvo que se trate de la concreción de un riesgo creado, un desequilibrio en las cargas públicas o que el propio ordenamiento jurídico señale que un tipo determinado de intervención en un derecho subjetivo en particular genere una obligación secundaria de compensación, tal como sucede con la expropiación.

Aceptar la posibilidad de que una persona pueda soportar una alteración a su posición o relación jurídica se compagina con el criterio expuesto por la Corte Constitucional colombiana respecto a que no existen derechos absolutos. En sentencia C-189 de 1994, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz ese tribunal consideró lo siguiente:

*La libertad de fundar medios masivos de comunicación se encuentra íntimamente relacionada con la libertad de expresión, de opinión y de información, puesto que tales medios se constituyen en instrumentos eficaces para difundir las ideas, el pensamiento y la información. Sin embargo tal derecho no es de carácter absoluto, pues es "evidente que en un Estado de Derecho y más aún, en un Estado Social de Derecho, no puede haber derechos absolutos; el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juricidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un antiderecho, pues ese sólo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello de los derechos de los otros y a los de la misma sociedad."*<sup>453</sup>  
(Énfasis propio)

Posteriormente, sostuvo que las limitaciones a derechos fundamentales, para no entenderse como violaciones a los mismos deben ser proporcionales:

*El disfrute de los derechos fundamentales no es absoluto, pues como las demás garantías suponen la posibilidad de ser limitados siempre y cuando se respete su núcleo esencial. En este sentido, se ha puesto de presente que en tanto las restricciones a los derechos constitucionales propendan por una finalidad cimentada en un bien constitucional de igual o de superior jerarquía al que es materia de regulación legal y se cumpla con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, ellas no se oponen a la Constitución.*<sup>454</sup> (Énfasis propio)

Ahora bien, tener a los derechos subjetivos como núcleo del daño tampoco implica que solo haya lugar a reparar derechos consolidados; también habrá lugar a reparar por la privación de aquellos derechos o posiciones jurídicas a los que de manera verosímil la víctima hubiera podido acceder si no hubiera acontecido el evento dañoso. En ese sentido

---

<sup>452</sup> Ibid. p. 35.

<sup>453</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-189 de 1994. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>454</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 2003. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

---

el daño no solo comporta la afectación de un derecho consolidado, también la no adquisición de un derecho que legítimamente hubiere podido gozarse.

En otras palabras, no solamente se repara las posiciones jurídicas perdidas o afectadas, sino que se repara al sujeto por aquellas posiciones jurídicas en las que resulta verosímil que se hubiera podido encontrar o aquellas a las que hubiera podido acceder si no hubiera acaecido el daño. Se trata, entonces, no solamente de reparar el statu quo anterior a la ocurrencia del daño, sino el statu quo aliter.

Tomamos el criterio de verosimilitud como elemento necesario para la existencia del daño y su reparación, adoptando las consideraciones y críticas expuestas por el profesor Pedro Zapata frente a la certeza del daño como requisito para su reparación.

Con suficiente razón el mencionado autor cuestiona el elemento *certeza* como requisito de la existencia y reparación de un daño, puesto que frente al único daño del que se puede tener certeza es del daño consolidado, todos los demás daños son probables. Así que cuando se repara un daño futuro, no resulta adecuado sostener que se lo repara porque existe certeza sobre su futura ocurrencia, sino más bien porque es verosímil, es decir, existen razones válidas para creer que sucederá<sup>455</sup>.

Generalmente al explicar que se puede considerar como un daño cierto se afirma que es aquel que no es eventual o hipotético, es decir, no se trata, en todo caso, de un daño respecto del que existe una gran incertidumbre sobre su ocurrencia. La verosimilitud también se opone a lo eventual o hipotético, pero no desde la premisa de la una certeza forzada, sino desde las probabilidades y las reglas de la experiencia.

Sobre el particular anota lo siguiente el profesor Zapata:

*De la certeza del daño como condición de existencia debemos transitar hacia la verosimilitud del daño. Y es que si el conocimiento humano es imperfecto, si las capacidades son limitadas, es quimérico asegurar la certeza de un daño que al momento de pronunciarse sobre su resarcimiento aún no se ha producido. Cuando los avances científicos, en especial lo(sic) provenientes de la física cuántica, muestran que nuestro mundo no está gobernado por leyes causales, sino probabilísticas, a los juristas no les es dado ignorar que la certeza de los hechos no es absoluta ni objetiva.*

*El daño futuro por ejemplo no es, por definición, un daño cierto, sino un daño que, dadas las condiciones actuales, tenemos buenas razones para creer que sucederá.*<sup>456</sup>

Tomando el ejemplo del daño futuro, es prudente precisar que, en este tipo de situaciones, no obstante tener certeza de la ocurrencia del evento dañoso, por haber ocurrido ya, de lo que no existe absoluta certeza y por lo cual es necesario aplicar el criterio de verosimilitud, es sobre si esa situación dañosa, proyectada hacia el futuro, implica o no la privación del acceso a un derecho para la víctima. En ese sentido, A lo máximo a que podrá aspirarse es a constatar la existencia de buenas razones para creer que esa posición jurídica se hubiera materializado intacta para la víctima si no hubiere aecido sobre ella el evento dañoso.

---

<sup>455</sup> ZAPATA GARCÍA, Pedro. Op. cit. pp. 142 -143

<sup>456</sup> Ibid. p. 142

---

## 2.2. EL DAÑO ANTIJURÍDICO, DAÑO RESARCIBLE

El término daño antijurídico, trasplantado desde la doctrina española<sup>457</sup>, se encuentra contenido en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Aunque la Corte Constitucional ha señalado que se trata de un término constitucional parcialmente indeterminado<sup>458</sup>, ha hecho carrera en la doctrina y la jurisprudencia el siguiente entendimiento: *daño antijurídico es aquel que la víctima no se encuentra en el deber de soportar*.

Aunque la anterior definición pueda resultar contundente, no por ello dejar de ser oscura, ¿cuáles son esos daños que no se encuentra en el deber de soportar un particular y cómo identificarlos?

La aplicación irreflexiva de esa concepción del daño antijurídico se ha convertido en un comodín argumentativo a la hora de endilgarle al Estado la responsabilidad de resarcir un daño cuando no existe los elementos necesarios para una imputación fáctica y jurídica<sup>459</sup>. Generando con ello un tratamiento antitécnico sobre la responsabilidad y una gran confusión y vaguedad en la enseñanza y aprendizaje de esta materia.

Ante el desconcierto que genera la vaguedad de afirmar que un daño antijurídico es aquel que no se está en el deber de soportar, en lo que sigue se propone una delimitación conceptual de tal término.

Con tal fin propuesto, es oportuno partir preguntándose lo siguiente: ¿existe un daño que sea por naturaleza antijurídico?, es decir, ¿la antijuridicidad nace con el daño o la antijuridicidad es una calificación que se hace posteriormente al adelantarse el juicio de responsabilidad?, ¿existe el daño antijurídico al principio o al final del juicio de responsabilidad?

La propuesta que aquí se plantea consiste en señalar que la existencia de un daño antijurídico no es el primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que, tal vez, es el último elemento o la última conclusión a la que se arriba.

Se considera que la sola existencia del daño es insuficiente para determinar si una persona se encuentra en la obligación o no de soportarlo. Llegar a una conclusión de tal naturaleza pasa por establecer si el daño puede ser atribuible al Estado, es decir, examinar si el daño fue producto de una conducta o de la omisión del aparato estatal, si existe un fundamento jurídico válido que autorice o admita el daño (la licitud y proporcionalidad de la actuación en algunos eventos o los eximentes de responsabilidad) o si por el contrario existe un fundamento jurídico válido que sustente la reparación del daño (falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional o solidaridad).

---

<sup>457</sup> Más precisamente un trasplante desde la obra del profesor García de Enterría. Al respecto véase: Henao Pérez, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. En, La Responsabilidad patrimonial del Estado: memorias del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado. México: Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., 2000. pp. 105-147.

<sup>458</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>459</sup> PIMIENTO ECHEVERRY, Julián Andrés. Op. cit. pp. 29-30.

---

Un daño que a simple vista puede parecerse antijurídico, puede no resultar así al final del juicio de responsabilidad, así como un daño que podríamos apresurarnos a calificar como no antijurídico puede resultar en una condena al Estado.

Piénsese en el siguiente ejemplo:

1. *Un peatón al cruzar la calle sufre una fractura en su pierna.*

El ejemplo nos brinda los elementos suficientes para saber que existe una persona y que esa persona sufrió un daño. Es decir que existió una afectación a su integridad física. Si en este punto ese daño se calificara como antijurídico, es decir, como un daño que la persona no está en el deber de soportar, resultaría claro que habría lugar a una reparación del daño, independientemente de que el obligado a reparar sea un tercero o la sociedad en su conjunto. No obstante, es pronto para llegar a esa conclusión, por cuanto la sola existencia del daño no nos brinda los elementos necesarios para establecer si la víctima debe o no soportar el daño. Esto se logra únicamente a medida que se integran más elementos para el juicio de responsabilidad:

2. *Un peatón al cruzar la calle sufre una fractura en su pierna, debido a que fue atropellado por un agente de policía que conducía un vehículo oficial.*

Ahora el ejemplo cuenta con más información a partir del cual se puede adelantar una preliminar imputación fáctica del daño al Estado. El daño sufrido por la víctima fue ocasionado por un agente del Estado que manejaba un vehículo oficial. En este punto de conocimiento de los hechos, la calificación de daño sufrido por la víctima como daño antijurídico podría resultar plausible, pero si agregáramos a nuestro juicio de responsabilidad algunos datos más, la conclusión podría ser diferente:

3. *Un peatón al cruzar la calle sufre una fractura en su pierna, debido a que fue atropellado por un policía que conducía un vehículo oficial. No obstante, el peatón cruzó la calle de manera imprudente: corriendo mientras el semáforo vehicular se encontraba en verde.*

Analizado lo anterior, se tendrá que una persona sufrió un daño por la afectación a su integridad física, que esa afectación a la integridad física contó con la participación de un agente estatal. No obstante, no existe fundamento para que el Estado deba de reparar, por cuanto nos encontramos ante una actuación impudentes por parte de la víctima, que se deriva en el eximente de responsabilidad conocido como culpa exclusiva de la víctima. Después de tal análisis, podrá concluirse que no se tratará de un daño antijurídico. Estamos ante una afectación a la integridad física cuya carga deberá soportar la propia víctima por haber obrado de manera imprudente y ocasionar con ello un accidente. Sin embargo, el ejemplo puede complicarse aún más:

4. *Un peatón al cruzar la calle sufre una fractura en su pierna, debido a que fue atropellado por un policía que conducía un vehículo oficial. No obstante, el peatón cruzó la calle de manera imprudente: corriendo mientras el semáforo vehicular se encontraba en verde. Pero el policía no pudo esquivar al peatón a tiempo porque se encontraba conduciendo en estado de alicoramiento.*

Ahora se trata de un caso en el que después de realizar el análisis de responsabilidad podría encontrarse con una concurrencia de culpas. ¿entonces la fractura que sufrió el

---

peatón constituirá un daño parcialmente antijurídico, es decir, se tratará de un daño que tiene parcialmente el deber de soportar? ¿existe el daño parcialmente antijurídico?

La responsabilidad extracontractual es una institución que se encarga de asignar o distribuir las cargas del daño. De ahí que el ejemplo anterior, permite mostrar que la conclusión sobre si la víctima debe soportar el daño, o si es un tercero o la sociedad quien debe soportar tal carga no se deriva de la sola existencia del daño. Para ello, como ya se mencionó, es necesario contar con una serie de elementos para realizar un juicio de responsabilidad, al final del cual se concluirá quien o quienes deberán acarrear con la carga del daño. A medida que el ejemplo anterior nos brindaba más elementos para el análisis, la conclusión sobre si la víctima había sufrido un daño antijurídico iba cambiando.

A pesar de algunos pronunciamientos contradictorios, la Corte Constitucional parece apoyar en ocasiones la idea de que la antijuridicidad del daño no es innata a este y que se puede considerar que un daño es antijurídico cuando se subsume en la falla del servicio, en el riesgo excepcional o el daño especial: “*en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado*”<sup>460</sup>.

*(1) la antijuridicidad del daño, en consecuencia, ocurre, en principio, cuando la actuación del Estado no se encuentra justificada, bien sea porque (i) no existe un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado, –caso en el que el Estado no está legitimado para producir la afectación correspondiente–, o (ii) cuando el daño excede las cargas que normalmente **un individuo en la sociedad** está obligado a soportar.*<sup>461</sup>

Autores nacionales más lúcidos también han expresado sus reparos frente a la noción de daño antijurídico y su concepción como *aquel que la víctima no se encuentra en el deber de soportar*.

Sobre el particular el profesor Pedro Zapata plantea lo que sigue:

*El calificar el daño como antijurídico no terminará por aportar mayores elementos, pues que el daño al final deba o no soportarse, porque existan razones jurídicas para ello, es una solución que, a modo de lógica secuencial, solo termina siendo posible decidir al final del estudio de todos los elementos de la responsabilidad. (...) Un daño que en principio se entendía como antijurídico deja de serlo por la manera en la que opera la responsabilidad, que hace que una vez identificado se abra la puerta para abordar el resto de los elementos.*<sup>462</sup>

Por su parte el profesor Julián Pimiento también manifiesta sus reparos de la siguiente manera:

*Buena parte de los problemas de la dimensión teórica que se le ha intentado dar a la jurisprudencia del Consejo de Estado se debe a la dificultad de conceptualizar adecuadamente el daño antijurídico. Existe un aparente consenso, para no entrar en mayores elucubraciones teóricas acerca de esa definición, en que un daño antijurídico es aquel daño que no se tiene el deber jurídico de soportar. Fórmula tan pegajosa como críptica e imprecisa. Pegajosa por su aparente simplicidad y por lo concreto de su formulación, pero críptica e imprecisa porque son muchos los elementos que se*

---

<sup>460</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional.

<sup>461</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-957 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Corte Constitucional. Sentencia C- 286 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>462</sup> Zapata García, Pedro. Op. cit. p. 145

---

*mantienen sin definir. En efecto, qué quiere decir deber jurídico de soportar un daño. En el ordenamiento jurídico nacional, ya se vio, se ha confundido daño con daño antijurídico pero daño antijurídico con daño especial.*

*Así, por ejemplo, se ha considerado que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, pero también se ha dicho que daño antijurídico es aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar porque vulnera el equilibrio de las cargas públicas. El asunto se complica aún más, si se tiene en cuenta que para los artífices de la figura, García de Enterría y Fernández (2008), la antijuridicidad del daño es un elemento propio de la imputación o, si se quiere, del nexo de causalidad.<sup>463</sup>*

A pesar de los anteriores reparos, el término daño antijurídico ha sido recogido por nuestro ordenamiento constitucional, razón por la cual se considera necesario intentar darle una interpretación y un tratamiento que cuando menos no resulte contradictorio.

Por lo anterior se propone que es posible entender al daño antijurídico como aquel daño frente al cual existen razones jurídicas o normativas y de justicia correctiva o distributiva válidas para su reparación o compensación, por parte del Estado, es decir, razones válidas para considerar que la víctima no se encuentra en el deber de soportar tal afectación a sus derechos.

En esa medida el daño antijurídico no es más que el daño que ha de ser reparado o el daño resarcible. Siendo que solamente podrá existir una calificación sobre la antijuridicidad del daño al final del juicio de responsabilidad, una vez se analicen todos los elementos de la responsabilidad incluido el fundamento del deber de reparar.

En otras palabras, una vez acaecido el daño (vulneración, privación u obstaculización del goce pacífico, limitación de un derecho subjetivo) sobre un sujeto de derechos, a la a la responsabilidad extracontractual del Estado le corresponde determinar quién habrá de soportar el daño, si la víctima, un tercero (Estado en el presente caso) o ambos. Los criterios usados para realizar esas asignaciones en el tipo de responsabilidad que nos concierne, y de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, son los relativos a la falla del servicio, el riesgo excepcional, daño especial y la solidaridad, lo cuales se ven influenciados por las nociones de justicia correctiva y justicia distributiva. El daño que bajo los anteriores criterios consista en un daño que la víctima no esté en el deber de soportar o en el que no esté parcialmente en el deber de soportar será el daño antijurídico.

### 2.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA TUTELA RESARCITORIA

Bajo esa perspectiva del daño y del daño antijurídico, el principio de proporcionalidad se perfila como un criterio argumentativo relevante a la hora de establecer si una limitación o intervención del Estado en un derecho puede dar lugar a su reparación.

Como ya se expuso, no todo daño resulta resarcible, dado que es posible que el Estado intervenga legítimamente en los derechos subjetivos de los particulares con fundamento en el interés general y en aras de lograr un bien común. No obstante, las intervenciones

---

<sup>463</sup> PIMIENTO ECHEVERRY, Julián Andrés. Op. cit. pp. 27-28.

---

desproporcionadas podrán ser entendidas bajo criterios de justicia correctiva como un daño injusto, generando con ello el deber de repararlo.

Lo anterior tampoco significa que toda intervención en un derecho subjetivo derivada de una actuación proporcional por parte de la administración se encuentre exenta de su reparación, es posible que bajo criterios de justicia distributiva se considere que la carga del daño la debe soportar el Estado o que debe existir un reparto de cargas entre este y el particular.

En esa medida, el principio de proporcionalidad se convierte en un parámetro auxiliar para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la falla del servicio. Una actuación desproporcional por parte del Estado debe entenderse como un comportamiento defectuoso de la Administración. Una actuación proporcional, por el contrario, implicará, prima facie, que el sujeto de derechos deberá soportarla, salvo criterios de justicia distributiva como ya se mencionó.

El principio de proporcional ha migrado de la filosofía política al derecho administrativo, y de este al derecho constitucional<sup>464</sup>. Bernal Pulido señala que el fundamento del principio de proporcionalidad puede encontrarse en la paradoja de la libertad: El Estado está facultado para limitar la libertad, pero al mismo tiempo la libertad debe ser protegida frente a las limitaciones estatales. Paradoja que se resuelve si introduce un tercer elemento: el Estado solo puede limitar la libertad cuando ello sea necesaria para satisfacer exigencias que emanan de derechos de otros sujetos o en la búsqueda del bien común<sup>465</sup>.

Del anterior postulado filosófico –político se pasó a un criterio jurídico con el desarrollo del derecho de policía prusiano del siglo XVIII. En el cual se consideraba que la legitimidad de la limitación de libertades depende de la idoneidad para alcanzar el fin perseguido; que el fin perseguido por el Estado con esas limitaciones tiene mayor peso si se trata de evitar daños o disminuir un riesgo inminente, pero que en todo caso el daño evitado por la restricción de libertades debería tener mayor relevancia que el efecto que la limitación causará en la sociedad o los individuos<sup>466</sup>. Estos postulados encontrarían un mayor desarrollo en el derecho administrativo alemán del siglo XX y desde ese punto se expandirían al derecho administrativo de distintos países del continente europeo<sup>467</sup>.

El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo europeo continental ha sido usado como elemento de control de las actuaciones del Estado, tanto para determinar la legalidad de actos administrativos o el control constitucional de las leyes, como para el control de decisiones administrativas producto de poderes discrecionales.<sup>468</sup>

Aunque existen controversias sobre el contenido del principio de proporcionalidad<sup>469</sup>, en el ordenamiento jurídico colombiano hay cierto consenso en cuanto a su composición.

---

<sup>464</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Bogotá: Universidad Externado. 2014. p. 205.

<sup>465</sup> Ibid. p. 206.

<sup>466</sup> Ibid. p. 207.

<sup>467</sup> Ibid. pp. 207 - 208

<sup>468</sup> Ibid. p. 209.

<sup>469</sup> ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. Indret, 2 – 2009. Disponible en: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/621\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/621_es.pdf) Arroyo pp. 14 -15.



---

Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>470</sup>, como los doctrinantes nacionales identifican en el referido principio tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto a que implica cada subprincipio<sup>471</sup>, se trae a colación las síntesis que han hecho dos autores nacionales:

Para Marín Hernández, el subprincipio de idoneidad es aquel en *“virtud del cual la medida limitadora de los derechos o los intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas que ha de adoptar la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el ordenamiento jurídico al atribuirle la potestad correspondiente a la administración”*<sup>472</sup>;

Por su parte, Bernal Pulido sostiene que el principio de necesidad implica que *“(…) toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”*<sup>473</sup>. Mientras que de conformidad con el principio de proporcionalidad en sentido estricto *“(…) las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general”*<sup>474</sup>

Así las cosas, el juicio de proporcionalidad, en materia de responsabilidad extracontractual, requerirá evaluar las tres fases o los tres subprincipios a fin de determinar cuándo una actuación del Estado encaminada a intervenir derechos subjetivos deriva en un daño antijurídico.

#### 2.4. UN EJEMPLO INTERESANTE: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN PREVENTIVA DE LA LIBERTAD

Aunque es posible encontrar otras modalidades en la que el Estado restringe el derecho fundamental a la libertad de las personas, entre ellas el arresto y la condena penal; el supuesto de restricción a la libertad que se pretende analizar aquí bajo los criterios de la responsabilidad extracontractual se limita a los casos en los que el sindicado en un proceso penal es privado preventivamente de su libertad y posteriormente es absuelto.

El 17 de octubre de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado Unificó su jurisprudencia sobre este tipo de eventos con el fin de señalar que se configuraba automáticamente un daño antijurídico cuando no existía condena en contra del sindicado, aún en aquellos casos en los que resultaba exonerado de responsabilidad penal por la aplicación de *in dubio pro reo*. La Sala consideró en aquella oportunidad que la prisión preventiva, sin condena o con sentencia absolutoria, implicaba la existencia de un daño especial. Por su importancia se cita in extenso la referida providencia:

---

<sup>470</sup> Véase, por ejemplo, Sentencia C-520/16. M.P.: María Victoria Calle Correa

<sup>471</sup> Véase, también, ALEXY, Robert. Op. cit. pp. 111 - 115

<sup>472</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado, 2018. p.. 34

<sup>473</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. cit.

<sup>474</sup> Ibid.

---

*En conclusión, si se atribuyen y se respetan en casos como el sub iudice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la **presunción constitucional de inocencia** como al principio—valor—derecho fundamental a la **libertad** —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, **se habrá irrogado un daño especial a un individuo.***

*Y se habrá causado un **daño especial** a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquélla persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.<sup>475</sup>*

De los anteriores planteamientos de la Sección Tercera se desprende necesariamente que bastaba la ausencia de decisión judicial endilgando responsabilidad penal en contra del sindicado para que se genere en su favor el derecho a ser reparado por los daños sufridos a raíz de la medida de aseguramiento. Salvo que en el caso en concreto el juez administrativo se encuentre en presencia de eximentes de responsabilidad como “*la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, (los cuales) determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada*”<sup>476</sup>.

Esta posición Jurisprudencial ha intentado modificarse recientemente por el Consejo de Estado. El 18 de julio de 2018, la Sección Tercera profirió una nueva sentencia de unificación sobre la materia con la que buscaba modificar la posición sentada en 2013:

La Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso

---

<sup>475</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 17 de octubre de 2013, Rad. 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354) C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>476</sup> Ibid.

---

sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.<sup>477</sup>

En ese sentido, pareciera que la Sección Tercera quisiera apartarse del daño especial como título de imputación por excelencia a la hora de determinar la responsabilidad. No obstante, no lo hizo con la contundencia necesaria, pues concluyó de la siguiente manera:

**MODIFÍCASE** (sic) *LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y UNIFÍCANSE* (sic) *criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:*

1) *Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;*

2) *Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil –análisis que hará, incluso de oficio–, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,*

3) *Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.*

*En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.*<sup>478</sup>

Ninguno de los tres puntos expuestos representa novedad alguna frente a la anterior posición jurisprudencial. Puesto que, bajo la posición fijada en 2013, también se analizaba el daño a la luz del artículo 90 de la Constitución colombiana, solo que se consideraba que la privación preventiva de la libertad sin condena representaba un desequilibrio en las cargas públicas para el sindicado y por tanto un daño antijurídico que no se encontraba en el deber de soportar. También se había expuesto que la conducta de la víctima podía derivar en exoneración de responsabilidad para el Estado. Además, resultaba claro que el juez determinaba la autoridad llamada a reparar el daño.

En cuanto al apéndice que trata sobre el título de imputación – respecto de lo que sí hubiere podido representar un cambio rotundo de jurisprudencia – dejó abierta la posibilidad para que opere cualquiera de los fundamentos del deber de reparar, incluyendo el ya aplicado daño especial, razón por la cual parece no existir unificación de jurisprudencia en ese sentido.

Por otro lado, la sentencia resalta en varios apartes la importancia de examinar la conducta del sindicado y determinar si su actuación con dolo o culpa grave conllevó a la privación injusta de la libertad:

*En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó,*

---

<sup>477</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Rad. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947). CP.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>478</sup> Ibid.

---

*desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.*<sup>479</sup> (Énfasis propio)

Aunque se comparte con la Sala la consideración de que la conducta pre procesal del sindicado es determinante a la hora de establecer si se está en presencia de un daño antijurídico, se considera que no es adecuado analizarla desde la óptica de la culpa grave o dolo de la responsabilidad civil, pues difícilmente podrían configurarse como un eximente de responsabilidad. En otras palabras, se considera que la conducta anterior al proceso penal y que da lugar a este no puede estudiarse a la luz de los eximentes de responsabilidad sino como elemento determinante de la antijuridicidad del daño irrogado, es decir, de la restricción a la libertad.

En estos casos de privación injusta de la libertad, la facultad para restringir este derecho fundamental se encuentra, en última instancia, en cabeza de la autoridad judicial competente. La conducta pre procesal del sindicado, por sí sola no puede generar una alteración a ese derecho, por más dolosa o culposa que pueda resultar, de ahí imposibilidad de alegar la existencia de una eximente de responsabilidad en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996.

En materia penal, el operador judicial tiene cierta discrecionalidad para la toma de decisiones, incluyendo, por supuesto, las decisiones sobre medidas cautelares. Decretar o negar la medida de aseguramiento de prisión preventiva, constituye la manifestación de la voluntad del Estado a través de la autoridad judicial competente. Salvo que el privado de la libertad haya viciado de algún modo esa voluntad, por ejemplo, constriñendo o induciendo al error al operador judicial, el origen del daño radica en la actuación Estatal.

Así las cosas, desde el punto de la causalidad adecuada y la prohibición de regreso, no puede imputársele la responsabilidad del daño a un sujeto, cuando este pierde el dominio sobre el suceso y no tiene la oportunidad de intervenir en la dirección del acontecimiento<sup>480</sup>. Por tanto, los únicos hechos que pueden constituir una culpa exclusiva de la víctima en el marco de la privación injusta de la libertad son aquellos que, como ya se dijo, induzcan de manera razonable, en el marco del proceso penal, al operador judicial a tomar la decisión. No vale, por ejemplo, la confesión de haber cometido una conducta que no constituye delito, aunque, es posible que sí valga, la de aceptar haber desarrollado actos que sí constituyan una conducta típica, antijurídica y culpable.

Al respecto, es pertinente analizar la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 sobre privación injusta de la libertad y el debate judicial que generó. Los hechos contenidos en la providencia señalan que la fiscalía imputó a una señora el delito de trata de personas por conductas que posteriormente consideró no se encontraban tipificadas como delito. La señora fue privada preventivamente de la libertad y posteriormente

---

<sup>479</sup> Ibid.

<sup>480</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01(AC). C.P.: Martín Bermúdez Muñoz.

---

liberada después de que la fiscalía precluyera la investigación por atipicidad de la conducta.

La Sala que profirió la sentencia de unificación consideró que a pesar de que la conducta de la sindicada no constituía un delito, si actuó con culpa grave, dando lugar con sus actuaciones a la privación preventiva de la libertad:

*Así las cosas, si bien la señora Martha Lucía Ríos Cortés fue vinculada a un proceso penal y posteriormente fue exonerada de responsabilidad, lo cierto es que, en opinión de la Sala, fue la conducta de la misma demandante la que dio lugar a la investigación que se adelantó en su contra y, por consiguiente, a que se le impusiera la medida de aseguramiento de detención preventiva.*

*En efecto, por un lado quedó acreditado que Martha Lucía Ríos Cortés le cobró a Inés Elena Betancur Correa una comisión por la intermediación laboral, exigencia a todas luces ilegal, teniendo en cuenta que el Decreto 3115 de 1997 disponía que dicha comisión debía ser cobrada al demandante de la mano de obra, es decir, al empleador y no al oferente, como sucedió en este caso y, por otro lado, se demostró que, ante la falta de disponibilidad presupuestal de Inés Elena Betancur Correa, Martha Lucía consiguió el dinero, compró personalmente el tiquete a nombre de ésta y le hizo firmar una letra, tanto por el valor del tiquete como por la comisión del servicio, cuyo pago debía amortizar Inés Elena con el dinero que recibiría como contraprestación de su trabajo en Israel.<sup>481</sup>*

No obstante, la sentencia de unificación fue objeto de la interposición de una acción de tutela por parte de la persona privada de la libertad. Dos magistrados de la propia Sección Tercera que no participaron en la providencia de unificación contra la que procedió la tutela fueron los encargados de decidir sobre el particular.

Encontraron entonces que la Sala Plena de la Sección Tercera había vulnerado la presunción de inocencia, por cuanto la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad extracontractual del Estado solamente puede configurarse a partir de la conducta procesal de la víctima y no de la conducta preprocesal, es decir, de aquella que evalúa la autoridad penal.

40.– La regla de presunción de inocencia exige un esfuerzo de imparcialidad del Juez de la responsabilidad y, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone la prohibición de dudar de la inocencia de la víctima de la privación de la libertad que ha sido exonerada en una sentencia proferida por el Juez Penal.

(...)

41.– Aunque en la sentencia de responsabilidad estatal se afirmó repetidas veces que la valoración de la culpa de la señora Ríos se hizo desde criterios propios del juez de la responsabilidad patrimonial, lo cierto es que la Sala adjudicó consecuencias penales a la misma conducta preprocesal que ya había sido valorada por el funcionario judicial competente para declararla inocente. En la sentencia de 15 de agosto de 2018 (exp. 46947), en efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado limitó los derechos de la señora Ríos a la reparación, porque creó sospechas sobre su culpabilidad mediante la utilización de afirmaciones y argumentos contruidos en detrimento de su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

42.– En definitiva, la Sección Tercera determinó que la señora Ríos tuvo la culpa de ser detenida, pues su conducta preprocesal, (la misma por la que ya había sido declarada

---

<sup>481</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Rad. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947). CP.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

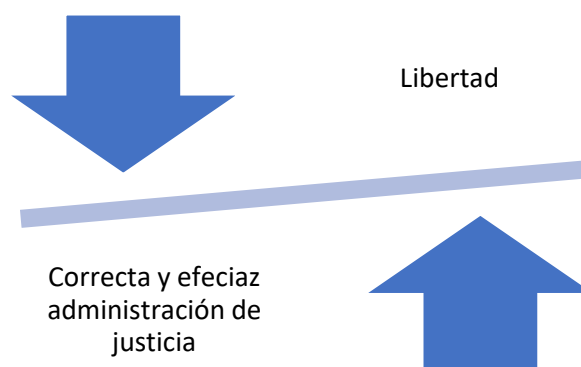
---

inocente penalmente), fue la causa eficiente de la privación de su libertad, y, en consecuencia, del daño cuya indemnización pretendía.<sup>482</sup>

En ese sentido, parece razonable considerar que la conducta preprocesal no solamente carece de la entidad suficiente para ser considerada un eximente de responsabilidad, sino también que su calificación con culpa o dolo rompe con la presunción de inocencia, pues el juez administrativo cuestiona con ello la inocencia de la persona sindicada en el proceso penal, a la que la autoridad competente ya consideró libre de toda responsabilidad penal.

A pesar de lo anterior, se considera que el juez administrativo puede analizar hechos anteriores al proceso penal con el fin de determinar la antijuridicidad del daño ocasionado, no ya desde el punto de vista de los eximentes de responsabilidad, sino con el fin de determinar la proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Es decir, no con el fin de evaluar la actuación preprocesal de la víctima y si esta actuó con dolo o culpa grave, por ser un ámbito reservado al juez penal, sino para evaluar la proporcionalidad de la actuación procesal de la administración frente a los elementos fácticos de que disponía para actuar. Se trata de evaluar estos casos bajo un modelo de responsabilidad basado en los derechos y las interferencias o limitaciones que puede imponer el Estado en ellos.

Así las cosas, generalmente cuando nos encontramos ante casos de privaciones injustas de a libertad, se produce una colisión entre el derecho a la libertad personal y la correcta y eficaz administración de justicia. Se trata, como en la paradoja presentada más arriba, que el Estado puede establecer limitaciones a la libertad, pero es necesario proteger a la libertad de las limitaciones del Estado. En el medio, entonces se encontrará el principio de proporcionalidad.



Frente a esta colisión, la Corte Constitucional, en reciente sentencia de unificación, ha sido clara con que no basta la ausencia de condena penal para considerar que nace un derecho a ser reparado para el sindicado que fue privado preventivamente de la libertad. El máximo tribunal constitucional reiterando la posición esgrimida en la sentencia SU-037 de 1996, consideró que con el fin de determinar si el Estado es responsable de reparar los daños ocasionados con la privación preventiva de la libertad es necesario realizar

---

<sup>482</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2019-00169-01(AC). C.P.: Martín Bermúdez Muñoz.

---

sobre la actuación de la administración un juicio de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad:

104. Retomando la idea que se venía planteando, tenemos que el juez administrativo, al esclarecer si la privación de la libertad se apartó del criterio de corrección jurídica exigida, debe efectuar valoraciones que superan el simple juicio de causalidad y ello por cuanto una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sustento normativo de la responsabilidad del Estado en estos casos, impone considerar, independientemente del título de atribución que se elija, si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.<sup>483</sup>

En ese sentido, habrá que establecerse si la actuación de la administración resultó ser proporcional, razón por la cual es necesario adelantar un juicio de tal naturaleza: que evalúe, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la decisión de dictar una medida de aseguramiento privativa de la libertad a alguien que posteriormente fue encontrado inocente o que cuando menos fue encontrado no culpable.

Tradicionalmente se han planteado cuatro situaciones por las cuales un sindicado privado de la libertad de manera preventiva no es condenado: i) el hecho no existió, ii) la conducta no era típica, iii) el sindicado no cometió el delito y iv) el in dubio pro reo.

Frente a los dos primeros eventos, la Corte Constitucional en la sentencia SU 072 de 2018 ha considerado que la decisión de privar preventivamente de la libertad a alguien se torna abierta y claramente irrazonable y desproporcionada:

*Nótese que en el primer evento basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. No puede, entonces, el juez o el fiscal imponer una medida privativa de la libertad mientras constata esta información, dado que esta debe estar clara desde los albores de la investigación. No en vano las diferentes normativas procesales han elaborado un esquema del cual hace parte una fase de indagación encaminada, entre otros propósitos, a establecer justamente si se presentó un hecho con trascendencia en el derecho punitivo que pueda ascender a la categoría de conducta punible.*

*El segundo evento es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo.<sup>484</sup>*

En los eventos mencionados habrá de aplicar lo que se conoce como Res Ipsa Loquitur<sup>485</sup>, es decir que la sola constatación de los mencionados eventos es suficiente para concluir la desproporcionalidad de la medida privativa de la libertad y, por tanto, la responsabilidad del Estado es palmaria, lo que le permite al juez de la reparación directa ser más laxo en materia probatoria o valorativa.

---

<sup>483</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 072 de 2018. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>484</sup> Ibid.

<sup>485</sup> De acuerdo con la definición que trae el Diccionario del español jurídico de la Real academia de la lengua la expresión latina significa “La cosa habla por sí misma”. Consultable en: <https://dej.rae.es/lema/res-ipsa-loquitur>

---

En los otros eventos es necesario realizar de un juicio de proporcionalidad más riguroso para establecer la responsabilidad del Estado frente a la reparación del sindicado. En todo caso, se reitera, no será suficiente, a la luz de la jurisprudencia constitucional la sola ausencia de condena penal para considerar que el Estado se encuentra en la obligación de reparar:

*La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”– o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.<sup>486</sup>*

De ahí la importancia del juicio de proporcionalidad, pues, aunque una medida sea legal, si resulta desproporcionada constituirá en igual forma una falla del servicio. No obstante, autores como Marín Hernández al exponer sus consideraciones sobre el juicio de proporcionalidad en los casos que aquí nos ocupa, consideran que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se debe analizar en cuanto al resultado de la condena. Siempre que no haya condena penal, considera el mencionado autor, debe partirse de que la medida preventiva no supera el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto. En otras palabras, para el referido autor colombiano solo serán proporcionales aquellas medidas privativas que deriven en condena penal.

Consideramos lo anterior como un equívoco por varias razones. La medida privativa de la libertad de carácter preventivo es una medida cautelar y trata de garantizar la administración de justicia, razón por la cual la actuación de la administración no puede analizarse sobre la base de la condena, pero sí respecto de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso en concreto y del momento de la investigación en particular. A partir de estos elementos puede establecerse si la medida privativa resultaba proporcional o no, como bien los señala la Corte Constitucional:

*Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que la inmediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.<sup>487</sup>*

Adoptar una medida cautelar implica tener buenas razones para considerar que de no hacerlo se generaría un daño mayor o la sentencia resultaría nugatoria<sup>488</sup>. Así que el examen de la proporcionalidad no puede realizarse bajo el condicionamiento de que solo será proporcional en sentido estricto la medida de aseguramiento cuando exista sanción

---

<sup>486</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 072 de 2018. Op. cit.

<sup>487</sup> Ibid.

<sup>488</sup> Véase, por ejemplo, Corte Constitucional C 379 de 2004. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra: “Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”.



---

penal para el sindicato. El propio ordenamiento jurídico colombiano parece concluir que en las hipótesis planteadas en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, la posibilidad de una correcta administración de justicia que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental a la libertad y que los beneficios obtenidos con ella compensan los sacrificios que la intervención conlleva para sus titulares y para la sociedad en general. De lo contrario, el legislador no hubiera dado tal facultad a las autoridades judiciales.

El quid del asunto, o el punto clave del juicio de proporcionalidad en este tipo de casos no se encuentra en el último subprincipio, sino en los dos primeros: el de idoneidad y necesidad. Es claro que si se concluye que el hecho no existió o no se trataba de una conducta típica, la actuación de la administración a todas luces no resultaba congruente con el entramado fáctico del caso ni apta para la consecución del cometido fijado por el ordenamiento jurídico al atribuirle la potestad correspondiente a la administración. En otras palabras, no resultaba idónea.

Si, por otra parte, el sindicato no fue encontrado responsable penalmente porque no cometió el delito. Entonces habrá que entrar a determinar si la medida de aseguramiento resultaba idónea a la luz de los elementos fácticos y si además resultaba necesaria. Una ausencia importante de pruebas en su contra o la inexistencia de estas, derivaran en la no idoneidad de la medida de aseguramiento.

Ahora bien, los casos en lo que hay lugar a aplicar *in dubio pro reo*, pueden considerarse, *prima facie*, en el otro extremo de la proporcionalidad de las hipótesis de atipicidad y de inexistencia de la conducta.

La existencia de una duda razonable sobre la responsabilidad de sindicato hace que prime el principio de presunción de inocencia; pero pareciera que la administración contaba con los elementos suficientes para considerar que la medida de aseguramiento no solo era idónea frente al entramado fáctico, sino necesaria. Esto no exime, en todo caso de la realización del respectivo juicio de proporcionalidad.

*Ciertamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicato, lo que afecta, sin duda, el sustento fáctico y jurídico de la detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que, pese a la falta de pruebas o indicios el Estado adopte la decisión de aplicar al investigado esa medida restrictiva de su libertad y le imponga efectivamente dicha carga y otras, en cambio, son las circunstancias que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicato, se concluye que no hay lugar a dictar una sentencia condenatoria.<sup>489</sup>*

Un ejemplo dicente de lo anterior dio lugar a la sentencia del 16 de agosto de 2018, proferida por la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado: una persona fue privada preventivamente de la libertad por presunta infracción de la Ley 30 de 1986, dado que el ejército encontró cultivos de marihuana y amapola escondidos entre un cultivo de maíz que le pertenecía:

Según lo expuesto en el fallo penal de primera instancia, se demostró que el señor Samuel Zambrano era el propietario de la finca “Río Blanco”, pero, a su vez, se acreditó que el

---

<sup>489</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Rad. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947). CP.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

---

mencionado señor le permitió al señor Leonidas Agredo que adecuara una extensión de dos hectáreas de esa finca para sembrar una cosecha de maíz y que fue en ese terreno en el que se encontró el cultivo ilícito.

Entonces, **para la Sala, era aceptable y proporcional que la Fiscalía General de la Nación**, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 250 de la Constitución Política, le impusiera al señor Leonidas Agredo las medidas de aseguramiento que considerara necesarias hasta que se estableciera si había infringido o no el artículo 32 de la Ley 30 de 1986.

Se debe decir que el señor Leonidas Agredo manifestó dentro del proceso penal que era cierto que había preparado la tierra para el sembrado, pero que, no se percató de la existencia del cultivo ilícito porque cuando comprobó que el maíz había nacido no volvió a la zona, porque “no se hace necesario desyerbar o hacerle otra clase de arreglo.”<sup>490</sup>

Aunque la sentencia hable de proporcionalidad, el juez de la reparación directa no realizó ningún juicio de este tipo. La conducta preprocesal del sindicado fue analizada a la luz de los eximentes de responsabilidad, concluyendo en el caso en concreto una culpa exclusiva de la víctima.

La lectura de este caso en particular permite constatar los asomos de proporcionalidad en la actuación de la administración ante la privación preventiva de la libertad. Por lo menos en lo que respecta al subprincipio de idoneidad, el juicio se entendería superado dado que la medida de aseguramiento se corresponde con una situación fáctica que permitía inferir razonablemente una participación del sindicado en la comisión del delito y que, por tanto, hacía idónea la actuación de la administración.

Sin embargo, el sindicado continuó privado de la libertad a pesar de que el juez penal de primera instancia decidió su inocencia con fundamento en el principio de in dubio pro reo. Solo con la decisión de segunda instancia un par de años después, se ordenaría la libertad del sindicado.

Si bien puede llegar a considerarse proporcional privar preventivamente de la libertad al dueño del sembrado en medio del cual se encontraron cultivos ilícitos. Extender esa limitación al derecho fundamental a la libertad ante la existencia de una sentencia absolutoria de primera instancia no solo modifica el entramado fáctico frente al cual habrá de analizarse la idoneidad de la medida, sino que tampoco parece superar el juicio del segundo subprincipio, el de necesidad.

En este punto la medida se torna desproporcionada pues bien hubiera podido adoptarse una medida de aseguramiento más benigna que la privativa de la libertad, mientras se surtía el juicio de la segunda instancia. Maxime si la autoridad judicial competente de la primera instancia ya había considerado que el sindicado era inocente.

Así las cosas, se considera que solo era posible entender que la administración actuó de manera proporcional hasta el fallo de primera instancia, después del cual la decisión de continuar con la privación de la libertad resulta desproporcionada.

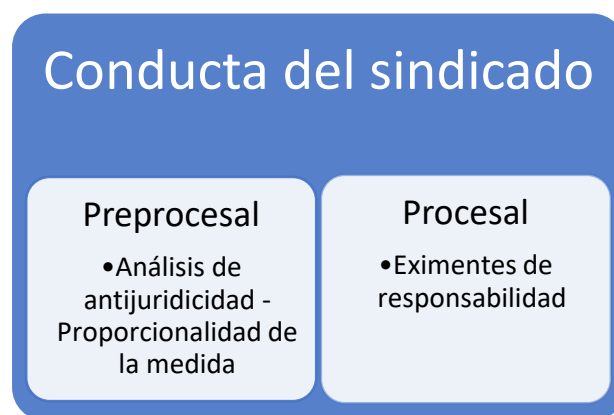
---

<sup>490</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Rad.: 68001-23-31-000-2000-03553-01(51115). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

---

Recapitulando un poco lo expuesto hasta este punto, se considera que es posible analizar la privación injusta de la libertad desde una perspectiva que dé cuenta de la existencia de competencias por parte del Estado para limitar derechos subjetivos, pero que también ponga sobre la mesa la necesidad de que esas intervenciones en los derechos sean proporcionales, de lo contrario constituirán una falla del servicio.

Se parte, además, de la premisa de que en casos de privación injusta de la libertad por medida de aseguramiento hay lugar a analizar tanto la conducta pre procesal como la procesal del sujeto privado de la libertad. La primera con el fin de establecer la antijuridicidad de la limitación al derecho fundamental. El análisis de este tipo de conducta sirve como insumo para realizar un juicio de proporcionalidad frente a la actuación de la Administración. Por otra parte, el estudio de la conducta procesal está encaminada principalmente a dilucidar la existencia de algún eximente de responsabilidad.



Ahora bien, de los cuatro eventos mencionados sobre privación injusta de la libertad: i) el hecho no existió, ii) la conducta no era típica, iii) el sindicado no cometió el delito y iv) el in dubio pro reo; los dos primeros dan cuenta de una actuación de la administración abiertamente desproporcional, mientras que el in dubio pro reo permite, al menos prima facie, considerar la existencia de indicios de proporcionalidad de la medida, sin que se exima, en todo caso, del deber de realizar el respectivo juicio de proporcionalidad. Por último, en el centro se encuentran los casos donde se concluye que la conducta, típica, antijurídica y culpable en materia penal no fue cometida por el sindicado, la sola falta de condena en estos casos no conlleva a la declaratoria de responsabilidad del Estado, con más veras el juicio de responsabilidad dependerá del caso en concreto.



### El hecho no existió o resultó atípico

- Res Ipsa Loquitur  
Medida de aseguramiento abiertamente desproporcionada

### el sindicato no lo cometió

- Examen caso a caso sobre legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida de aseguramiento



### Indubio pro reo

- Indicios de proporcionalidad en la medida de aseguramiento

Una medida de aseguramiento privativa de la libertad con el fin de garantizar la correcta administración de justicia que sea proporcional no genera la obligación del Estado de reparar al privado de la libertad a la luz de las consideraciones de justicia correctiva, dado que no podrá considerarse que el daño irrogado es injusto bajo esos parámetros. Corresponde entonces al Consejo de Estado unificar jurisprudencia respecto a si medidas que resultan proporcionales son una carga que todos los administrados deben soportar, o si se trata de un desequilibrio en las cargas públicas. Es sobre este punto que debe girar principalmente, aunque no de manera exclusiva, la unificación de jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sobre las consideraciones de justicia distributiva de reparar o no este tipo de daños.

La privación de la libertad no es el único caso en el que la responsabilidad extracontractual del Estado puede analizarse desde la perspectiva de competencias del Estado para intervenir derechos subjetivos y de los límites de esas competencias. Por ejemplo, la responsabilidad por limitaciones al derecho de propiedad brinda casos igualmente interesantes, como los de responsabilidad extracontractual por la reglamentación de los usos del suelo.

El Consejo de Estado ha planteado que, en virtud del principio de la función social y ecológica de la propiedad, el Estado cuenta con la autorización constitucional para modificar el alcance de los derechos de los propietarios. Sin embargo, existirán casos, en los que la limitación es tan grande que se torna en expropiatoria, o en algunos de ellos, sin que resulte expropiatoria, puede dar lugar a la reparación del daño cuando implica un desequilibrio en las cargas públicas o se trata de una medida desproporcionada:

“Pero a ello sólo habrá lugar en la medida en que se evidencie que, siguiendo el contenido del derecho de propiedad, reconocido por la Ley y, en cada caso en particular, por la reglamentación local, se ha producido una disminución anormal y/o excepcional del contenido del derecho de propiedad respecto del predio en concreto, de los colindantes y, principalmente, deberá resultar desproporcionada respecto de las limitaciones que pesen

---

previamente sobre el derecho de propiedad respecto de cuya reducción se pretende el resarcimiento.<sup>491</sup>

## 2.5. ¿DAÑO MORAL? DE SENTIMIENTOS A POSICIONES JURÍDICAS

A partir de fallo Villaveces del 21 de julio de 1992 proferido por la Corte Suprema de Justicia se incursionó en el daño no patrimonial, especialmente por la vía del daño moral. Este daño ha sido tradicionalmente entendido como el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción que resultan compensables a través de una suma de dinero o por otra forma decidida por el juez<sup>492</sup>.

La reparación de este daño a través de una compensación ha sido conocida tradicionalmente como *pretium doloris*<sup>493</sup> o el precio del dolor<sup>494</sup>. Ante lo anterior surge la pregunta de por qué algunos dolores implican una obligación de reparación para un tercero mientras que otros no.

La propia decisión de reparar el dolor, la congoja o la aflicción no estuvo exenta de controversias. En Francia predominaba la premisa de que “las lágrimas no se monedean” y solo hasta los años sesenta del siglo pasado se admitió en ese país la posibilidad de reconocer en el dolor o la aflicción sufrida un daño reparable mediante compensación en dinero<sup>495</sup>.

Los fundamentos sobre los que se soporta el deber de reparar el daño moral han sido principalmente de dos tipos. El primero histórico, buscando antecedentes en las formas de reparación de daños no patrimoniales en el derecho romano y en la evolución del derecho civil<sup>496</sup>, el segundo se debe a criterios de validez moral. Bien lo sintetiza Henao “es la pena mejor con pan que sin pan”<sup>497</sup>.

Y es que la reparación de ciertos sufrimientos aparece como un elemental sentido de la justicia. Por ejemplo: Cómo no repara el dolor de una madre que pierde a su hijo en los mal llamados “falsos positivos”, o de aquella persona que sufre al ver mermada su salud por un disparo producido con un arma oficial.

No obstante, desde un punto de vista del modelo de los derechos de la responsabilidad extracontractual, se pretende buscar un sustento de carácter normativo a la obligación de reparar ciertos sufrimientos.

Como lo señala Rodolfo Arango no basta tener dolor o hambre para ser titular de derecho a la salud o a la alimentación. Sin duda, constituyen insumos para justificar posiciones

---

<sup>491</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 26 de agosto de 2015. Rad. 660012331000199900671 – 02 (33.113). C.P.: Hernán Andrade Rincón.

<sup>492</sup> HENAO, Juan Carlos. El Daño. Op. cit. p. 244.

<sup>493</sup> NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico. Op. cit. p 40.

<sup>494</sup> Definición que trae el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española. Consultable en: <https://dej.rae.es/lema/pretium-doloris>

<sup>495</sup> HENAO, Juan Carlos. El Daño. Op. cit. pp. 230- 233

<sup>496</sup> NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico. Op. cit. pp. 17-29

<sup>497</sup> HENAO, Juan Carlos. El Daño. Op. cit. p. 232.

---

jurídicas o normativas, pero se trata de hechos brutos, que necesitan ser entendidos bajo criterios institucionales<sup>498</sup>.

De ahí que consideremos que, en materia de reparación del daño moral, lo que se intenta reparar mediante compensación es una posición jurídica que ha sido afectada por ciertos acontecimientos que los jueces en la construcción de la jurisprudencia han identificado con la entidad de afectarla. Esa posición jurídica corresponde con el derecho a la integridad espiritual, faceta o plano que compone la integridad personal al igual que lo hace la integridad física.

Al respecto se trae colación lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en una providencia de algunos años atrás, que evaluaba la posibilidad de reparar el daño moral a un menor que sufría de una deficiencia cognitiva:

*En otros términos, resulta perfectamente posible que una persona, por más limitación física o cerebral que padezca, llegue a sufrir un claro perjuicio en el ámbito moral ya que nunca perderá por completo los parámetros de vida y aun así sean mínimos o tenues, son aquellos que nos permiten la comprensión de la existencia y de la relación que se tiene con el mundo. Y si en el campo de la ciencia, ello no fuere así –verificable–, en el mundo de la existencia y de los valores, la persona en cuanto exhale un hálito de vida, es un ser espiritual, que es digna por el solo hecho de serlo; sostener que aquella no sufre perjuicio moral porque no siente, es aniquilar o desconocer su esencia misma y su dignidad (art. 1º C.P.), y reducir el ser humano a la mera sensibilidad o cruda materialidad, dejando de lado su naturaleza axiológica.*

*Sobre el particular, la doctrina, con excelente sindéresis ha puntualizado:*

*“Insistimos en que es erróneo asimilar daño moral con alguna de sus manifestaciones más frecuentes (dolor, pena, angustia), que son –como hemos dicho en otra parte– posibles formas de exteriorización, meramente contingentes. El daño moral no es el dolor, la pena, la angustia sino la minoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial. Dicho detrimento existe aunque falte comprensión por parte del damnificado del perjuicio sufrido; en ausencia de lágrimas; inclusive cuando la víctima no se encuentra en condiciones físicas o síquicas para “sentir” pena, dolor o angustia (v.gr. una persona descerebrada).”*

*Esta situación, en que se pone a un ser humano, en un plano diferente a la mera razón, debe ser indemnizada a través del reconocimiento del perjuicio moral, en tanto la víctima lo sufre de manera directa, día a día, mientras discurra su existencia.<sup>499</sup>*

El daño moral entendido como aminoración de la integridad espiritual, encuentra un fundamento normativo no solo para su protección sino también para su reparación en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, integrado por vía del bloque de constitucionalidad y recogido parcialmente en el artículo 12 de la Constitución Nacional.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional, "La vida del ser humano, entonces, es mucho más que el hálito mediante el cual se manifiesta su supervivencia material. No

---

<sup>498</sup> ARANGO, Rodolfo. Op. cit. pp. 308 y 309.

<sup>499</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2007. Rad. 54001-23-31-000-1997-12700-01(30871). CP: Enrique Gil Botero.

---

*puede equipararse a otras formas de vida, pues agrega al mero concepto físico elementos espirituales que resultan esenciales*<sup>500</sup>. A lo que ha adicionado:

*La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.*<sup>501</sup>

El derecho a la integridad personal se convierte entonces para la responsabilidad extracontractual del Estado en la doble cara de Jano, una es la integridad física y otra la integridad espiritual o moral. La afectación de esta última, no solo se deriva de tratos crueles o degradantes, sino que el juez de la reparación directa también ha decantado algunas situaciones que considera lo afectan. Como, por ejemplo, los sufrimientos derivados de accidentes, muertes de familiares o la pérdida de cosas materiales<sup>502</sup>, la privación injusta de la libertad, entre muchos otros.

La forma de reparar este daño ha sido tradicionalmente mediante una compensación en dinero; no obstante, consideramos que las medidas de satisfacción antes mencionadas resultan idóneas para reparar afectaciones de la integridad espiritual o moral de las personas, ya sea de forma complementaria a una suma de dinero o de manera individual.

### **3. LA TUTELA PREVENTIVA O INHIBITORIA EN EL MODELO DE LOS DERECHOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

La tutela preventiva o inhibitoria se encuentra adscrita a la función preventiva de la responsabilidad extracontractual. Se trata, esencialmente, de una decisión judicial dirigida a impedir la comisión, continuación (agravación) o repetición del daño. En ese sentido, el centro de su atención son principalmente eventos futuros, pero también le ocupa los hechos presentes, particularmente en lo que respecta a la cesación del daño actual. Su fin no es el compensar o restituir, aunque inevitablemente medidas como la cesación del daño tendrán un efecto sobre la reparación del derecho<sup>503</sup>.

Es necesario hacer énfasis en que la tutela inhibitoria no tiene efectos reparadores, sino preventivos. Pero que, en todo caso, debería tenerse como connatural a la responsabilidad extracontractual del Estado.

Sobre este tipo de tutela, bien sostiene Marinoni lo siguiente:

*La tutela inhibitoria es una tutela específica, pues busca conservar la integridad del derecho. Es importante no sólo porque mediante la técnica resarcitoria algunos derechos no pueden repararse y otros no pueden tutelarse adecuadamente, sino porque es mejor*

---

<sup>500</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-067 de 1994. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

<sup>501</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-248 de 1998. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

<sup>502</sup> Véase, HENAO, Juan Carlos. El Daño. Op. cit. pp. 233 - 243.

<sup>503</sup> Se considera tal cosa pues la cesación del evento dañoso constituye una medida básica para devolver a víctima al statu quo aliter.

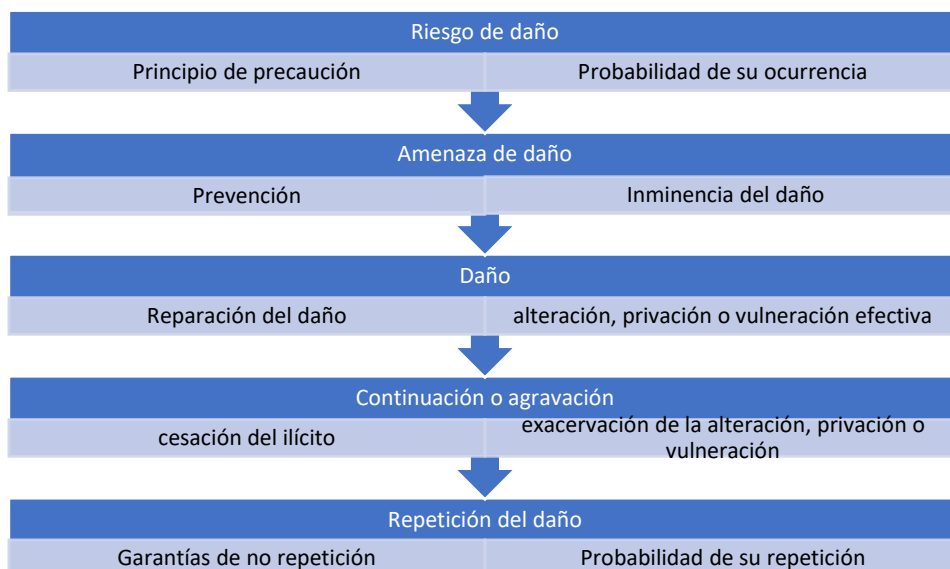
*prevenir que resarcir, lo que será afirmar que frente a la tutela preventiva y la tutela resarcitoria debe darse preferencia a la primera.*<sup>504</sup>

La tutela inhibitoria como tutela que busca conservar la integridad del derecho guarda concordancia con el artículo segundo de la Constitución Política en tanto, las autoridades públicas “*están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”.

Ahora bien, la tutela inhibitoria como tutela judicial depende de los derechos que pretende proteger. En la medida que estos cedan ante intervenciones o limitaciones de la Administración que resulten legales, razonables y proporcionales, la tutela inhibitoria también habrá de ceder.

**Finalmente**, resulta importante señalar que la tutela inhibitoria y la tutela resarcitoria son complementarias; juntas abarcan las distintas etapas o facetas del fenómeno dañoso. Al respecto conviene traer a colación lo que algunos autores civilistas han denominado *iter* del daño<sup>505</sup> o el *iter damni*<sup>506</sup>; que no es otra cosa que entender que el daño propiamente dicho es solamente una parte del fenómeno dañoso, el cual se extiende tanto hacia atrás en la cadena de eventos, como hacia adelante.

Es a esto a lo que aquí habrá de denominársele trayectoria o curso del daño. Dependiendo de la etapa del fenómeno dañoso será posible aplicar la tutela inhibitoria o la tutela resarcitoria. En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la trayectoria del daño abarcará: i) el riesgo de daño ambiental o a la salud pública, frente al cual se erige el principio de precaución como barrera de contención; ii) la amenaza de daño, o el daño inminente; iii) el daño propiamente dicho; iv) la continuación o agravación del daño; y v) la posibilidad de su repetición.



<sup>504</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inhibitoria. Madrid: Marcial Ponds, 2014. p. 22.

<sup>505</sup> JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Op. cit. p. 78- 79

<sup>506</sup> COHEN PUERTA, Melvin Munir. Op. cit. p 63.



---

En ese sentido, dependiendo del caso en concreto, la tutela preventiva o inhibitoria puede abarcar dos etapas anteriores al daño efectivo: el riesgo de daño y la amenaza de daño, y dos etapas posteriores al acaecimiento del daño: su continuación o agravación y la repetición. La tutela resarcitoria se ocupará entonces, del daño propiamente dicho.

### 3.1. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

El principio de precaución puede considerarse como una medida preventiva que opera sobre el riesgo de daños muy específicos: aquellos que puedan implicar una afectación grave e irreversible al derecho al medio ambiente sano o a la salud pública.

En resumidas cuentas, el principio de precaución es una herramienta anticipatoria a daños significativos<sup>507</sup> De esa manera lo consagra el numeral 6 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993, recogiendo el principio 15 de la Declaración de Río<sup>508</sup>:

*6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.*

Este principio ha sido tratado tanto como un principio orientador en la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas, como un principio justiciable, es decir, como un principio que puede ser aplicado por los jueces para controlar decisiones o actuaciones de la administración o de particulares<sup>509</sup>.

Es en los contextos judiciales donde el principio de precaución se integra con la tutela inhibitoria o preventiva. Cuando los jueces aplican el principio de precaución, generalmente profieren decisiones que obligan a hacer o no hacer, con el fin de evitar la posible generación de un daño grave e irreversible en situaciones en las que existen riesgos significativos y un grado de incertidumbre o de “no certeza científica” relevante.

El riesgo y la incertidumbre son elementos que se encuentran presentes ante cualquier aplicación del principio de precaución<sup>510</sup>, sin embargo, resulta necesario que el riesgo del daño sea real, es decir, que aún a pesar de la carencia de una certeza científica, no se trate de un riesgo meramente hipotético. Adicionalmente, el riesgo ha de ser significativo en la medida que pueda conducir a un daño grave o relevante<sup>511</sup>.

*El principio de precaución, entonces, no necesariamente implica la intervención Estatal. Cuando los peligros potenciales son leves, o cuando el nivel de certeza científica es mínimo, o por completo inadecuado, la mejor decisión, puede ser no adoptar ninguna medida.<sup>512</sup>*

---

<sup>507</sup> BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio. El principio de precaución en una sociedad de riesgos ambientales. Bogotá: Universidad Externado, 2017. p. 71

<sup>508</sup> Al respecto véase la siguiente sentencia: Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 2002. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

<sup>509</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 2017. M.P.: Aquiles Arrieta Gómez.

<sup>510</sup> Ibid.

<sup>511</sup> Ibid.

<sup>512</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-229 de 2008. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

---

Ahora bien, el principio de precaución puede relacionarse con la responsabilidad extracontractual del Estado en el marco del contencioso administrativo de dos maneras distintas: la primera de ellas es el control sobre la actividad u omisión de la administración con el fin de prevenir daños graves sobre los derechos colectivos al ambiente o a la salud pública. La segunda es la obligación de reparar que aparece en cabeza del Estado cuando a partir de la omisión de aplicar el principio de precaución se generó algún daño. En este último evento nos encontraremos ante una típica falla del servicio<sup>513</sup>.

En este apartado, por tratarse de una forma de tutela preventiva o inhibitoria, interesa principalmente el primer evento. Es decir, el control sobre la actividad de la administración con el fin de que no se llegue a materializar el daño.

Caso de reciente importancia en nuestro país, en el cual se han dictado varias decisiones judiciales tendientes a aplicar el principio de precaución, es el de la estimulación hidráulica o fracking.

En el marco de una demanda de simple nulidad sobre los Decreto 3004 de 26 de diciembre de 2013 y la Resolución N.º 90341 del 27 de marzo de 2014, los cuales establecen un marco regulatorio para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales y la aplicación de la técnica de estimulación hidráulica, el consejero Ramiro Pazos Guerrero, mediante auto del 8 de noviembre de 2018, decretó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, con lo cual también se suspendieron las exploraciones y explotaciones de petróleo basada en la técnica de fracking.

La decisión de adoptar tal medida cautelar se sustentó en el principio de precaución como norma no solo interna, sino también como norma convencional, que obliga al Estado a actuar con precaución:

*Frente al anterior panorama, el principio de precaución impone a las autoridades actuar de forma diligente, sin que sea necesaria la certeza científica del daño potencial o riesgo. Tanto el derecho internacional como el derecho interno exigen al Estado la obligación de adoptar medidas efectivas para mitigar los riesgos o daños potenciales al medio ambiente y a la salud humana, hasta el punto que se puedan catalogar como aceptables y manejables . Por consiguiente, corresponde al despacho confrontar si las normas demandadas tienen esos efectos.*

(...)

*Del análisis preliminar de las pruebas hasta ahora aportadas, en especial, la función de advertencia de la Contraloría General de la República (CD aportado por la parte actora, fl. 77, c. ppal), se concluye que, a la luz del principio de precaución, la autorización en Colombia de la técnica de estimulación hidráulica puede conllevar un daño potencial o*

---

<sup>513</sup> Así, por ejemplo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver un litigio relacionado con los daños a un cultivo de lulo sobre el que se había realizado una aspersión del glifosato, no se limitó a ordenar la reparación de los daños causados con fundamento en la falla del servicio; también ordenó medidas preventiva y exhortó al gobierno nacional a dar aplicación al principio de precaución y a usar otros mecanismos en la lucha contra el narcotráfico: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Rad. 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028). C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

---

*riesgo al medio ambiente y a la salud humana, cuya gravedad e irreversibilidad se cimienta en la posible insuficiencia de las medidas adoptadas*<sup>514</sup>.

Frente a la anterior decisión fue interpuesto un recurso de súplica, no obstante la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado mantuvo la medida cautelar, hasta tanto la parte demandada en el “(...) *en el curso del proceso, demuestre que estos riesgos se conocen en concreto, que la normativa responde a las necesidades de conjurarlos o de mitigarlos, y que el Estado Colombiano cuenta con la idoneidad institucional (técnica y humana) para monitorear y controlar tales actividades conforme a esa normativa*”<sup>515</sup>. Para ello aludió los siguientes argumentos:

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que en el sub examine se cumplen con las exigencias para dar aplicación preferente al principio de precaución, por las siguientes razones:

i) Quedaron delimitados los riesgos abstractos y generales de la técnica de la fracturación hidráulica para la exploración y explotación de yacimientos no convencionales, pero, de acuerdo con las pruebas que fundamentaron la adopción de la medida, se pudo establecer que, a la fecha, los riesgos específicos y concretos que significaría para Colombia la técnica de la fracturación hidráulica son desconocidos. Es decir, no se tiene certeza de las consecuencias que podría conllevar esta técnica en el país, más aún si no se tiene un estudio que permita dar cuenta del mapa del subsuelo y de las fuentes acuíferas subterráneas que pudieran llegar a afectarse por el uso de esta metodología.

ii) Los daños ambientales y para la salud humana y no humana podrían ser graves, significativos y anormales. La técnica de fracturación hidráulica puede contaminar fuentes hídricas y los aditivos que se emplean son altamente perjudiciales.

iii) Ante la situación de incertidumbre, la tensión de derechos de libertad de empresa y de desarrollo económico deben ceder frente a los de desarrollo sostenible y garantía ambiental de las generaciones futuras.<sup>516</sup>

En estos eventos judiciales en los que se busca evitar la consumación de un daño al medio ambiente sano o a la salud pública, el principio de precaución se relaciona con la tutela inhibitoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, independientemente de si el medio de control utilizado es el de la simple nulidad y no el de la reparación directa. Esto en tanto que la responsabilidad extracontractual trasciende el medio de control de reparación directa, aunque tradicionalmente su estudio y el de la reparación de daños se hayan restringido a la jurisprudencia producida en el marco del mencionado mecanismo procesal.

Por último, resulta relevante acotar que recientemente se ha reconocido a algunos entes ambientales, entre ellos al río Atrato<sup>517</sup> o la Amazonía colombiana<sup>518</sup>, como sujetos de derechos. En esa medida, el principio de precaución no solo resultaría idóneo para proteger

---

<sup>514</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Auto del 8 de noviembre de 2018. Rad.: 11001032600020160014000 (57.819), C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>515</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 17 de septiembre de 2019. Rad. 11001-03-26-000-2018-00140-00 (57.819)B. M.P.: María Adriana Marín.

<sup>516</sup> Ibid.

<sup>517</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 622 de 2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio

<sup>518</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2018. Rad. 11001-22-03-000-2018-00319-01 (STC4360-2018). M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

---

derechos colectivos, sino también para la protección de los derechos subjetivos de carácter individual de aquellos entes ambientales.

### 3.2. LA AMENAZA NO ES DAÑO, PERO SÍ LE CONCIERNE A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La amenaza de daño se encuentra un grado más cerca al daño ya consumado o consolidado que el simple riesgo de daño. A diferencia de los que sucede con el principio de precaución, cuando se está ante una amenaza de daño este se presenta inminente, aunque aún no se haya materializado.

La anterior es la base sobre la cual, la doctrina y la jurisprudencia han diferenciado entre el principio de precaución y el principio de prevención. Al respecto, Briceño Chávez indica que mientras “(...) la regla básica del primero es la operatividad ante la incertidumbre y la existencia de riesgos”, la “(...) prevención tiene un sustrato en el conocimiento anticipado de las situaciones que pueden ser lesivas o dañosas, por lo que se encamina a tomar medidas para su neutralización”<sup>519</sup>.

Por su parte la Sección Primera del Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

Esta Sección ya se ha pronunciado respecto de la diferencia entre el principio de precaución y el de prevención. Para el efecto, explicó que el primero opera ante la falta de certeza científica o cualificada sobre distintos aspectos riesgosos o nocivos de una actividad, pues, precisamente, la imposibilidad de demostrar plenamente los peligros de una actividad, producto o tecnología es lo que justifica la aplicación de dicho postulado. Por su parte, el segundo aplica en los eventos en que se tiene claridad y certeza respecto de los impactos o implicaciones de una determinada actividad, producto o proceso, razón por la que resulta necesario anticiparse para evitar o mitigar los efectos nocivos.<sup>520</sup>

Esta caracterización del principio de prevención realizado en el marco del derecho ambiental<sup>521</sup>, no resulta ajena a otros ámbitos del derecho<sup>522</sup>. Se considera que es posible que se dicten medidas preventivas por parte de la autoridad judicial competente cuando exista amenaza de daños sobre derechos subjetivos, bien de rango individual o de rango colectivo.

Si solamente se despliega una tutela resarcitoria sobre los derechos, sea cualquiera que fueren, se conduce a su desnaturalización. Pues cada uno de ellos se vería reducido a un derecho a recibir una reparación o una compensación por el derecho vulnerado. Y como efecto correlativo, implicaría también la institución de un derecho a dañar mientras se

---

<sup>519</sup> Briceño Chaves, Andrés Mauricio. Op. cit. p. 68.

<sup>520</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 4 de mayo de 2018 Rad.: 23001-23-33-000-2017-00008-01(AP)A. C. P: María Elizabeth García González.

<sup>521</sup> Véase, Corte Constitucional. Sentencia C-703 de 2010. M.P. Luís Eduardo Montealegre Lynett

<sup>522</sup> Véase, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Doce Especial de Decisión. Sentencia del 6 de agosto de 2019. Rad.: 05001-33-31-011-2011-00079-01(AP)REV. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

---

repare. De ahí la necesidad de que la garantía y protección de los derechos vincule, en el plano judicial, no solo una tutela resarcitoria, sino también una inhibitoria.

Lo anterior refleja la importancia de aplicar tal principio de prevención en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, independientemente del derecho que amenaza ser vulnerado.

Por otra parte, es necesario distinguir entre la amenaza de daño y el daño futuro. Por implicar ambos una proyección hacia el futuro de hechos presentes, que, aunque distintos, puede dar lugar a confusión.

Aunque todo evento futuro resulte incierto, la amenaza de daño vincula la existencia de buenas razones, o razones de la experiencia, para considerar que una serie de eventos actuales con seguridad desembocara en vulneraciones, afectaciones o limitaciones de posiciones jurídicas. En otras palabras, aunque aún no ha acontecido el evento dañoso o este se encuentra en ciernes, se hace una proyección de este a futuro para determinar, si puede, con un grado alto de verosimilitud, implicar la vulneración, afectación o limitación indebida de derechos.

Lo que acontece con el daño futuro es distinto. En este el evento dañoso ya acaeció, por lo cual ya se tiene certeza de su existencia, no así de los daños en sentido jurídico que se pueden llegar a materializar en el futuro, frente a los cuales solo existen buenas razones para creer que ese evento dañoso impedirá en el futuro que la víctima se ubique en una posición jurídica en la que hubiere podido colocarse si no hubiera acaecido sobre el tal suceso. Bien por que impide que a futuro esa posición jurídica se materialice o porque de materializarse lo hace de manera defectuosa o incompleta.

En resumen, como lo señala el profesor Henao, el daño futuro constituirá “(...) la proyección que se puede hacer en el futuro de una situación que ya ha proporcionado todos sus datos concretos”<sup>523</sup>, la amenaza de daño y la tutela preventiva frente a este se basan en la proyección de una situación que aún se materializa de manera definitiva, pero cuyos datos parciales permite concluir razonablemente que se generara un daño cierto a futuro.

Aunque a diferencia del mencionado profesor colombiano, quién plantea que la amenaza de daño habrá de tomarse como un daño cierto<sup>524</sup>, se considera que la amenaza de daño no es daño, aunque si le incumba a la responsabilidad extracontractual.

Para el profesor Henao, la amenaza de daño implica la alteración del goce pacífico del derecho, razón por la cual deberá considerarse como un daño cierto. El autor pretende con lo anterior vincular al ámbito de aplicación de la responsabilidad Estado etapas anteriores al daño consumado a la responsabilidad extracontractual del Estado. Para ello da ejemplos que más que constituir amenaza de daño representan un daño ya consumado. Señala, por mencionar uno de los ejemplos propuestos por el mencionado autor, que no

---

<sup>523</sup> Henao, Juan Carlos. De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto: Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés. En: Briceño Chaves, Andrés Mauricio (et al). El daño ambiental, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado, 2009. p. 193.

<sup>524</sup> Ibid. p. 196 – 197

---

es lo mismo gozar de un terreno libre que de uno amenazado por la guerrilla, lo cual impida a su propietario visitarlo<sup>525</sup>.

Es claro, en el caso planteado, que el propietario al que se le impide gozar de su inmueble, mediante amenazas a su vida, ya sufre un daño, por tratarse de una limitación a su derecho de propiedad mediante una amenaza de daño sobre su vida. En ese sentido, es importante señalar que la amenaza sobre un derecho determinado puede conducir a la consumación de daños sobre otros derechos como en el presente caso. En sentido similar, Restrepo Rodríguez sostiene lo siguiente, criticando la tesis del profesor Henao:

En efecto, la amenaza puede ser la causa de perjuicios actuales y ciertos, no solo del “miedo razonable” del que habla el autor, sino también, de otros, incluyendo, por supuesto, los patrimoniales. Es, por ejemplo, el evento en que el estado ruinoso de un edificio genera la desvalorización del edificio contiguo. En esta hipótesis la amenaza no es el daño, es decir, la ruina del edificio no es el daño, sino el hecho dañino que causan el perjuicio consistente en la desvalorización.<sup>526</sup>

Por lo anterior, se considera que la afectación del goce pacífico de un derecho en tanto represente limitaciones a una posición jurídica, es ya un daño consumado y no una amenaza de daño. Ahora bien, en tanto la amenaza de daño no es daño, no puede sobre ella desplegarse una tutela resarcitoria, por cuanto no habrá nada que devolver al statu quo aliter, dado que el estado de cosas no se habrá modificado, aunque amenace hacerlo. Por lo anterior, necesariamente habrá de acudir a una tutela preventiva, que impida desde la afectación del goce pacífico hasta la lesión definitiva del derecho. Al respecto sostiene Restrepo Rodríguez:

*En este contexto, emerge la crítica a la segunda teoría, aquella que concibe la evitación del daño como la reparación de un daño futuro y cierto, porque, en realidad, dicho daño es tan eventual que el mismo remedio preventivo evita que se presente. Aquello que define un daño futuro como eventual o cierto es su evitabilidad o inevitabilidad, así, si el daño es evitable es eventual y, vice-versa, si el daño es inevitable es cierto. El hecho de que se pueda ordenar un remedio preventivo, es evidencia incontrovertible de que ese daño futuro es eventual, tanto así que, el fin de esta medida es impedir que pase de eventual a cierto, de evitable a inevitable, y, en consecuencia, impedir que se presente el problema de su reparación.<sup>527</sup>*

En síntesis, no puede entenderse que la amenaza de daño sea un daño cierto, esto representaría no solo una contradicción lógica, sino un tratamiento incoherente frente a las medidas para conjurar la amenaza, toda vez que no puede tratarse de medidas de reparación si aún no hay daño que reparar. Lo anterior no implica que la amenaza de daño no sea del resorte de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino más bien que esta puede extender una tutela diferente a la resarcitoria, una tutela preventiva sobre otras facetas del evento dañoso que no es propiamente un daño cierto. En esa línea, tampoco puede considerarse a la amenaza de daño como perturbación del goce pacífico de un derecho, por ser este un verdadero daño.

---

<sup>525</sup> Ibid. p. 196.

<sup>526</sup> Restrepo Rodríguez, Tomás. El remedio en la responsabilidad civil. Revista de Derecho Privado. 14 (jun. 2008). Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/556/526> p. 225.

<sup>527</sup> Ibid. p. 226.

---

### 3.3. CESACIÓN DEL DAÑO Y LA PREVENCIÓN SOBRE SU AGRAVACIÓN

La cesación del daño o la evitación de su agravación mediante la supresión del evento dañoso que lo sigue causando o que amenaza con agravarlo no resultan extrañas en el marco de aplicación de la responsabilidad extracontractual del Estado, aunque en la mayoría de los casos la doctrina y la jurisprudencia las asocia a las medidas de reparación del daño, especialmente si se está en presencia de un daño continuado<sup>528</sup>

En esa línea, en el Sistema IPDH se ha considerado que “cesar con la violación y cumplir con la obligación convencional” es la primera medida que debe tomar un Estado<sup>529</sup>. Así mismo, la Resolución 56/83 de 2001 de la Asamblea General de Naciones Unidas, señala en su artículo 30 que el Estado responsable por el hecho internacionalmente ilícito se encuentra obligado a ponerle fin, si el hecho aún se encuentra en curso<sup>530</sup>.

Por su parte, Henao<sup>531</sup> considera que la cesación del daño como forma de reparar opera no solamente ante los eventos en los que la lesión definitiva del derecho ya ha iniciado, pero aún no ha culminado; sino también cuando el goce pacífico del derecho ya se ha alterado pero la lesión definitiva aún no inicia, es decir, ante la amenaza de daño.

En un sentido algo similar, Pinzón plantea que las acciones dirigidas a prevenir o interrumpir el daño son típicamente acciones “en naturaleza” (tal vez queriendo hacer referencia a *in natura*), mientras que las acciones encaminadas a reparar un daño ya consumado son acciones indemnizatorias<sup>532</sup>.

No obstante, también hay quienes consideran que la cesación del ilícito no es una forma de reparación, por cuanto esta modalidad evita que se forme la responsabilidad, al estar encaminada a suprimir la fuente del daño; además de considerar que, sobre el daño ya pasado y causado, la cesación en nada lo repara. Sobre el particular anota Navia Arroyo lo siguiente:

*“La supresión del ilícito que pueda ordenar el juez en este caso y en aquellos en los que su erradicación es necesaria para impedir que el daño siga produciéndose o propagándose hacia el futuro. Es una medida de carácter complementario de naturaleza preventiva, que busca cortar de tajo la fuente del perjuicio. Lo*

---

<sup>528</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado. Op. cit. p 89 – 95. véase también SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La reparación *in natura* del daño Op. cit. p. 208.

<sup>529</sup> NASH ROJAS, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos humanos (1988 – 2007). 2° ed. Chile: Universidad de Chile. p. 40. Además, puede consultarse el voto razonado del juez Cancado Trindade en el Caso Loayza Tamayo Vs. Perú y el voto concurrente del mismo juez en el Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.

<sup>530</sup> “Artículo 30: Cesación y no repetición

*El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:*

*a) A ponerle fin, si ese hecho continúa;*

*b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen”.*

<sup>531</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado. Op. cit. p. 89.

<sup>532</sup> PINZÓN MUÑOZ, Carlos. El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado. 3° ed. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017. p. 30.

---

*importante, a menos de contentarse con una visión demasiado estrecha es no reducir la responsabilidad al restablecimiento o reparación del daño”<sup>533</sup>.*

Aunque se considera acertado tener a las medidas que permitan hacer cesar el daño y su agravación como expresiones de la tutela preventiva de la responsabilidad extracontractual del Estado. Lo cierto es que es necesario reconocer que la cesación del evento dañoso, constituye una medida transversal a la tutela resarcitoria, es decir, a la reparación del daño, bajo el entendido que la cesación es indispensable para acercar a la víctima a las condiciones en las que se encontraba en el momento previo a la ocurrencia del evento dañoso y en el mejor de los casos, bien podría restablecer el statu quo ante, lo cual sin lugar a dudas es una forma de aproximar al damnificado a la posición a la que se hubiere encontrado de no haber ocurrido el daño, es decir, al statu quo aliter. Tal es el caso del dueño del previo que ha sido ocupado materialmente por Estado, después de que un juez ordene cesar con la ocupación material que sufre.

En ese sentido, la cesación del daño es una medida que extiende un puente entre la función preventiva de la responsabilidad extracontractual y la función resarcitoria. Dependiendo del caso en concreto podrá implicar tanto reparación como prevención.

Lo relevante, siguiendo a Navia Arroyo, es entender que el tratamiento del fenómeno dañoso por parte de la responsabilidad extracontractual es complejo, y aun en eventos donde sea posible decretar medidas preventivas, también puede que resulte necesario decretar medidas de carácter resarcitorio, con el fin de otorgar una tutela integral.

#### 3.4. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN COMO MEDIDAS PREVENTIVAS Y NO RESARCITORIAS

En cuanto a que puede entenderse por garantías de no repetición, ya se mencionó en el capítulo anterior que se ha optado por tomar una definición que plantea la Corte Constitucional en sentencia T-772 de 2015, según la cual, (...) *“la garantía de no repetición está conformada por las acciones orientadas a impedir que se vuelvan a realizar las conductas que afectaron los derechos de las víctimas, las cuales se deben adecuar a la magnitud y naturaleza de la ofensa”*.

Aunque tratadas como medidas de reparación las garantías de no repetición son medidas típicamente preventivas. Su naturaleza, no implica reparación alguna o vuelta al status quo aliter de la víctima. Buscan, más bien, que ese estado de cosas no se vea alterado en el futuro por los mismos hechos. En la medida que tienen como fin evitar la concreción de un daño en el futuro y no la reparación de uno actual o ya consumado no puedan ser consideradas medidas resarcitorias.

---

<sup>533</sup> NAVIA ARROYO, Felipe. La supresión del ilícito en la acción popular. En Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2009. p. 595.



---

Esta forma de tutela inhibitoria o preventiva se encuentra ligada con la defensa de la dimensión objetiva de los derechos constitucionales, tal como lo ha expuesto la Corte Constitucional en sentencia T 576 de 2008, la cual se cita in extenso:

*Cuando se constata que el Estado como garante de la efectiva protección de los derechos no cumplió con sus obligaciones y bien sea por su acción o por su conducta omisiva se desconocen derechos constitucionales, entonces debe responder por la lesión del derecho y ha de tomar las medidas para reparar el daño provocado en su dimensión subjetiva – de cara al titular del derecho – como proteger su dimensión objetiva adoptando las medidas que considere pertinentes para que la vulneración no se repita. Lo anterior se explica en virtud de la obligación erga omnes radicada en cabeza del Estado de respetar y garantizar los derechos constitucionales cuyo amparo vincula a todas las autoridades públicas y a todas las personas sin excepción.*

(...)

La protección de los derechos constitucionales tiene, entonces, una dimensión personal o subjetiva como una dimensión social, colectiva u objetiva. Desde el punto de vista objetivo, la responsabilidad a que da lugar la vulneración de derechos constitucionales tiene un carácter prima facie compensatorio y no sancionador pero se extiende más allá de la mera compensación **pues busca prevenir que se vuelva a incurrir en violaciones de ese tipo.** Lo anterior, en razón del sentido y alcance que le confiere el ordenamiento constitucional colombiano a los derechos constitucionales en tanto fundamentos del orden jurídico en su conjunto. El Estado actúa en calidad de garante de los derechos constitucionales. Su falta de vigilancia así como su ausencia de preocupación respecto de la manera como las entidades hospitalarias – sean ellas públicas o privadas – prestan el servicio de salud constituye un grave desconocimiento de las obligaciones que por mandato de la Constitución radican en cabeza suya y se conectan, de una parte, con la aplicación del principio de igualdad y de solidaridad tal como lo ordenan los artículos 1º y 2º constitucionales y, de otra, por la vía contemplada en el artículo 93 superior, con el deber de velar por la garantía y el respeto de los derechos contenidos en los pactos sobre derechos humanos aprobados por Colombia.

(...)

La jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana sobre el tópico ha marcado un hito. En tal sentido, cuando el alto Tribunal constata el desconocimiento de la obligación en cabeza de los Estados de proteger los derechos, fuera de la satisfacción pecuniaria relacionada más directamente con la dimensión subjetiva de dicho amparo, ha considerado imprescindible que los Estados desempeñen una actividad intensa y contundente dirigida a suprimir normas y prácticas infractoras de la Convención. Desde esta perspectiva, la Corte Interamericana suele adoptar medidas dirigidas bien a ordenar que los Estados “pidan perdón” a las víctimas u ofrezcan disculpas públicas mediante la construcción de monumentos – apropiados y dignos –, en su honor. También ha exigido la Corte Interamericana dictar medidas educativas y ha mandado, incluso, realizar cursos sobre derechos humanos. Adicionalmente, ha determinado que algunos apartes de las sentencias sean publicados en diarios de amplia circulación. En ese orden, las medidas de protección de los derechos dictadas por la Corte Interamericana adquieren una dimensión objetiva: tienen, de un lado, un matiz esclarecedor de la verdad así como enaltecedor de las víctimas y, de otro, **un tinte preventivo, esto es, enderezado a que los Estados adopten las medidas indispensables para garantizar que las prácticas desconocedoras de los derechos no se volverán a repetir.**<sup>534</sup> (Énfasis propio)

---

<sup>534</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 576 de 2008. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

---

En efecto, en ocasiones las decisiones sobre garantías de no repetición que ha adoptado el Estado trascienden el caso en particular, como garantías de que esos sucesos no afecten otros derechos de particulares o comunidades.

Un ejemplo de ello es la sentencia proferida el 20 de febrero de 2014, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el marco de una acción de reparación directa, sobre un caso en el que el demandante solicitaba la reparación de los daños ocasionados a un cultivo de lulo por la fumigación aérea con glifosato. En aquella oportunidad el Consejo de Estado decretó una serie de garantías de no repetición no solamente encaminadas a que el demandante no volviera a sufrir el mismo daño, sino también para que otros miembros de la sociedad en similares circunstancias tampoco lo llegaran a sufrir. Las medidas que en esa ocasión decreto el alto tribunal de lo contencioso administrativo fueron las siguientes:

(...) para el cumplimiento de las siguientes medidas de no repetición:

i) Ordenar a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, según lo prescribe la Ley 30 de 1986, identifique y delimite geográficamente ex ante las áreas de cultivos ilícitos y los linderos del predio, y las zonas excluidas, con el fin de que se tome las medidas técnicas adecuadas para mitigar o evitar eventuales daños antijurídicos colaterales, máxime cuando hoy la administración puede disponer de medios tecnológicos de punta, tales como imágenes satelitales, sistemas de información geográfica dispuestos en aeronaves que registra tomas aéreas, cartografía digital, etc., instrumentos que le permiten a la Policía Nacional, sin hacer presencia física en el área, identificar, delimitar y caracterizar la zona que se quiere impactar.

(...)

iii) Exhortar al Gobierno Nacional para que en aplicación del principio de precaución estipulado por el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, examine la posibilidad de utilizar otras alternativas diferentes al método de erradicación aérea con el herbicida glifosato sobre cultivos ilícitos, con el fin de prevenir eventuales daños antijurídicos al ambiente y a la población en general<sup>535</sup>.

Así mismo, en materia de graves violaciones de derechos humanos con ocasión de ejecuciones extrajudiciales perpetradas por miembros de la fuerza, pública, La Sección Tercera del Consejo de Estado ha optado por exhorta a la Fiscalía a investigar de manera activa este tipo de eventos:

*De acuerdo con el análisis jurídico y las circunstancias fácticas que se dieron en este caso de ejecución extrajudicial y cumpliendo con el deber de otorgar Garantías de No Repetición en interés de la sociedad, como titular de las mismas, la Sala encuentra que debe exhortar a la Fiscalía General de la Nación para que adelante la correspondiente investigación penal –en el caso presente–, así como a ejercer el liderazgo en la investigación penal en todos los demás casos de muerte violenta acaecida por el accionar del Ejército.<sup>536</sup>*

En otras ocasiones, sin embargo, se han confundido las garantías de no repetición, con otras que corresponden con medidas de satisfacción, como la publicación de la sentencia

---

<sup>535</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Rad. 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028). C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

<sup>536</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 18 de mayo de 2017. Rad. 63001-23-31-000-2008-00097-01(41511). C.P: Stella Conto Díaz Del Castillo

---

o la solicitud de disculpas públicas. Estas medidas si bien permiten reparar la integridad espiritual de las víctimas, poco o nada garantizan la no repetición de los mismos hechos.

Condenar a la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional a las siguientes medidas de no repetición:

- a) Que el 27 de agosto siguiente a la notificación de esta providencia, el Ministro de Defensa y el comandante del Ejército Nacional realicen un reconocimiento público de responsabilidad por los homicidios de los hermanos Luis Ferney y Jorge Luis García Gómez en un acto conmemorativo en la ciudad de Manizales.
- b) Que la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional establezca un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia durante un período de seis (6) meses, que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web institucional.<sup>537</sup>

Se observa un tratamiento incoherente frente a las garantías de no repetición por parte del Consejo de Estado, derivado de la confusión que genera tratar de abarcar medidas preventivas o inhibitorias del daño dentro de la función resarcitoria de la responsabilidad. Tanto que las medidas no pecuniarias se han convertido en un comodín resarcitorio, sin que medie la necesaria reflexión sobre la idoneidad de la medida para resarcir o prevenir el daño sobre en un determinado derecho.

Finalmente, al tenor de lo expuesto previamente conviene preguntarse si las garantías de no repetición como medidas de carácter preventivo operan frene a la amenaza o al riesgo de daño.

### 3.5. LA TUTELA INHIBITORIA EN EL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

La responsabilidad extracontractual del Estado no se limita al medio de control de reparación directa. Los daños imputables al Estado que no tienen su raíz en la suscripción de un acuerdo de voluntades se discuten tanto en la jurisdicción constitucional como en la contencioso administrativa, y en esta última no exclusivamente a través de la tradicional reparación directa.

Sin embargo, es el mecanismo tradicional y el más asociado a la responsabilidad extracontractual del Estado. Por lo que conviene preguntarse si la tutela inhibitoria también podría manifestarse en el marco de tal mecanismo procesal: ¿Qué herramientas brinda, en esos contextos, el derecho procesal administrativo para impedir la configuración del daño a partir de la amenaza o para cesar el daño, impedir agravación o para garantiza que no vuelva a repetirse?

Algunos expertos consideran que lo ideal para la tutela inhibitoria sería la estructuración de un procedimiento autónomo que desemboque en una sentencia que pueda impedir la comisión, la continuación o la repetición del daño.

---

<sup>537</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2019. Rad. 17001-23-31-000-2009-00310-01 (47860). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

---

*La tutela de prevención del ilícito requiere de un procedimiento estructurado a través de la técnica anticipatoria pues hay una probabilidad muy alta de que el derecho que se pretenda proteger mediante la tutela preventiva resulte lesionado durante el proceso: De otro modo la tutela preventiva puede transformarse en tutela resarcitoria, o el derecho en dinero, mediante una injusta expropiación impuesta por el tiempo requerido por el estado para tutelar un derecho que el mismo consagra.<sup>538</sup>*

No obstante, en el ordenamiento jurídico colombiano, existen acciones para la reparación de los daños que vinculan tanto la tutela inhibitoria como la tutela resarcitoria, combinando ambas tutelas con una técnica anticipativa a través de medidas cautelares. Tal es el caso, por ejemplo, de la acción popular<sup>539</sup>.

En materia del medio de reparación directa, cuando menos, es pacífico concluir la existencia de medidas destinadas a evitar que los sucesos dañosos vuelvan ocurrir, a las cuales se les ha denominado garantías de no repetición.

Este tipo de tutela preventiva o inhibitoria trata básicamente de medidas de hacer o no hacer que el juez dicta en conjunto con las decisiones de reparación del daño. En otras palabras, han de estar contenidas en la parte resolutive de una sentencia que además de ordenar reparar un daño, dicta que se tomen una serie de medidas de carácter positivo o negativo con el fin de que los eventos dañosos no vuelvan a acontecer. Estas medidas podrán ser adoptadas a petición de parte o de oficio en algunos casos, de graves violaciones de derechos humanos.

Por otro lado, el debate sobre la tutela inhibitoria frente a la amenaza de daño o respecto de la cesación del daño o la evitación de su agravación en el marco del medio de control de reparación directa aún no se ha dado. Se considera, no obstante, que, para lograr una tutela inhibitoria en el marco del referido mecanismo procesal, será posible acudir a las medidas cautelares que trae la Ley 1437 de 2011.

En los artículos 229 y siguientes del CPACA se reguló la procedencia de las medidas cautelares en los procesos que se lleven ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Como características especiales de estas nuevas medidas cautelares encontramos que **i)** pueden tener lugar en cualquier proceso declarativo, incluido, por supuesto el de la reparación directa; **ii)** se pueden decretar en cualquier estado del proceso; **iii)** son innominadas, es decir, no hay una taxatividad sobre qué medidas se pueden tomar, por lo que pueden asumir diferentes formas.

Ahora, es pertinente precisar que la tutela cautelar no debe confundirse con la tutela inhibitoria o preventiva, pues la primera se caracteriza por ser provisional, además de meramente instrumental, dado que su propósito único es garantizar la efectividad de la sentencia que decide el fondo del proceso. En ese sentido, se ha pronunciado la Corte constitucional:

*Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de*

---

<sup>538</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. pp. 19-20.

<sup>539</sup> Ley 472 de 1998. “Artículo 2º.- Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”

---

*un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.*<sup>540</sup>

En esa medida, la tutela cautelar tradicional se diferencia de la tutela inhibitoria en que no busca evitar la vulneración de un derecho, su agravación o repetición, sino que busca, asegurar la tutela resarcitoria sobre un derecho subjetivo ya vulnerado, ante la posibilidad de que no pueda ser tutelado de forma efectiva por la demora del proceso<sup>541</sup>.

Sin embargo, tal como lo sostiene Lorian Zanutigh, refiriéndose al uso de la medida cautelar innominada, “*gracias a la progresiva modificación de la estructura y la función de la tutela cautelar innominada se creó un modelo de protección más avanzado y eficaz*”<sup>542</sup>. Aunque la autora haga referencia al contexto jurídico italiano; en Colombia es posible considerar algo similar, pues las medidas cautelares contenidas en la Ley 1437 de 2011 no solamente sirven para garantizar la efectividad de una sentencia que proporcione una tutela resarcitoria, sino que avanzan como instrumentos que permiten una tutela inhibitoria anticipada como se mostrará a continuación.

En efecto, la tutela que impide la violación o afectación indebida de un derecho o que cesa con tal vulneración o impide la repetición de los eventos dañosos, aunque se decrete de en el marco de un proceso y de manera anticipada será evidentemente inhibitoria<sup>543</sup>. Como lo expresa Marinoni, “*La tutela inhibitoria se reconoce mediante una providencia que puede ser provisional o definitiva. Cuando es provisional, la tutela inhibitoria es anticipada; cuando es definitiva, estamos ante una tutela inhibitoria final*”<sup>544</sup>

Las medidas cautelares descritas en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, permiten una tutela inhibitoria anticipada, en lo que se refiere a la cesación del daño o la prevención de su agravación, incluso frente a la amenaza de daño:

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.  
Las medidas cautelares podrán **ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión**, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. (...)

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la **conducta vulnerante o amenazante**, cuando fuere posible.

(...)

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el **objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos**.

---

<sup>540</sup> Corte constitucional. Sentencia C-379 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>541</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 47.

<sup>542</sup> ZANUTTIGH, Lorian. “La tutela cautelare atípica”, L’informazione e i diritti della persona, Napoli, Jovene., 1983, p. 281. En MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 44.

<sup>543</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 44

<sup>544</sup> Ibid.

---

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. (Énfasis propio)

De lo anterior cita puede concluirse que el objeto de este tipo de medidas cautelares no implica necesariamente garantizar la ejecución de una sentencia judicial de carácter resarcitorio, también permiten garantizar decisiones de carácter inhibitorio o preventivo, mediante ordenes de evitar o prevenir un perjuicio o decisiones de acabar con el evento dañoso que genera no solo la continuación del daño, sino que además puede conllevar a su agravación.

En efecto, al pronunciarse sobre las tipologías de medidas cautelares del CPACA, el consejero Santofimio Gamboa ha considerado que las medidas preventivas, que buscan evitar la consumación del daño, su continuación o agravación constituyen una suerte de acción impeditiva:

*Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares preventivas, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; conservativas que buscan mantener o salvaguardar un statu quo ante; anticipativas, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de suspensión que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa<sup>545</sup>.*

La posibilidad de una tutela inhibitoria anticipada mediante medidas cautelares no era del todo ajena a los procesalistas clásicos. Calamandrei, por ejemplo, plantea lo siguiente:

*(...) cuando en el campo de las relaciones sustanciales la lesión del derecho ha tenido ya lugar y la providencia definitiva no puede ya ofrecer otra finalidad que la reintegrativa, la providencia cautelar tiene en si misma finalidad preventiva frente a la agravación del daño que, en unión del producido por la falta de razón, podría derivarse de la inevitable prolongación del proceso ordinario.<sup>546</sup>*

En síntesis, tal como se encuentran redactadas y descritas las medidas cautelares en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, permiten providencias judiciales que adopten decisiones de manera temporal encaminadas a garantizar la ejecución final de una tutela resarcitoria, pero también medidas temporales de carácter inhibitorio que garanticen de manera definitiva que el daño no se consume o que cese y no avance.

Así, por ejemplo, En casos de daños continuados, como la ocupación de un inmueble, se considera que mientras dure la ocupación se puede solicitar una medida cautelar para que ésta cese, antes o durante el proceso de reparación directa, pues resulta ilógico que la víctima tenga que esperar hasta que la ocupación del inmueble termine para poder acceder a la tutela judicial de sus derechos.

De igual forma, es posible considerar la existencia de casos en los que la afectación al buen nombre que generó la privación injusta no cesa del todo con la sentencia que declara

---

<sup>545</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. auto del 22 de noviembre de 2016. Rad. 25000-23-36-000-2015-00762-01(55084). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>546</sup> CALAMANDREI, Piero. Las providencias cautelares. Editorial Leyer. Bogotá, 2008. p. 24

---

inocente al sujeto, sino que se pueden seguir produciendo durante el proceso hasta cuando se genere una medida de reparación de este derecho (una noticia o un hecho notorio a nivel nacional en el que se aclare la inocencia de la víctima). En estos casos, se considera viable solicitar una medida cautelar en cualquier momento del proceso, con el fin de evitar que se tenga que esperar hasta el fin del proceso para que cese la afectación que sufre en su derecho al buen nombre.

Por otra parte, debe precisarse que no todas las medidas cautelares que pueden tener lugar en el marco de un proceso de reparación directa tienen o guardan una finalidad inhibitoria, bien lo explica Marinoni:

*Adviértase que el secuestro judicial de bienes, por ejemplo, difiere claramente de la tutela inhibitoria, ya que no ejerce función inhibitoria, sino que se destina a asegurar la efectividad de la futura tutela resarcitoria. Esto es, hay una clara diferencia entre la tutela inhibitoria y la que busca dar seguridad a un derecho ya violado.*<sup>547</sup>

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el Auto del 14 de febrero de 2017<sup>548</sup>, mediante el cual se ordenó adoptar la medida cautelar de inscripción de la demanda sin necesidad de caución, en un proceso de reparación directa que el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) adelantaba en contra de un particular que obstruía la construcción de una obra pública en la calle 94 de Bogotá. Esta medida temporal que es solamente instrumental y no adquirirá una firmeza distinta con la sentencia de fondo, simplemente opera con el fin de que la decisión de fondo resulte efectiva mediante la conservación de un estado de cosas determinado hasta el fin del proceso judicial, razón por la cual no puede considerarse que tiene un fin inhibitorio, de ahí que no resulte posible catalogarla dentro de las medidas preventivas.

Tanto para aquellas medidas cautelares que solo buscan garantizar la efectividad de la sentencia como de aquellas que constituyen una tutela preventiva anticipada, requieren para decretarse de los tradicionales requisitos: “i) *fumus bonis iuris* – o *apariencia de buen derecho*–; ii) *periculum in mora* – o *urgencia* – y iii) *ponderación de intereses en conflicto*”<sup>549</sup>.

Ahora bien, como ya se vio, conjurar la amenaza de daño también es uno de los supuestos que contemplan las medidas cautelares preventivas contenidas en la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, tratar de evitar que la amenaza de daño se convierta en un daño consumado requiere actuar con la mayor prontitud; con seguridad evitar la materialización de un daño inminente no podrá esperar a la constitución de un proceso contencioso para que dentro de él se dicte la medida cautelar.

Para este tipo de situaciones la Ley 1437 de 2011, prevé las medidas cautelares de urgencia:

---

<sup>547</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 47.

<sup>548</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Auto del 14 de febrero de 2017. Rad. 25000-23-36-000-2015-02035-01(56698). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>549</sup> FAJARDO GÓMEZ, Mauricio. Medidas cautelares. En: Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Disponible en <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/Libros/SeminarioIntPresentacionNuevoCodigoProcedimientoAdminContenciosoAdmin.pdf> pp. 334 – 336.

---

*Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.*

*La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.*

Para la sala plena de lo Contencioso Administrativo, las medidas cautelares de urgencia resultan independientes a la demanda, razón por la cual pueden ser adoptadas incluso con anterioridad a la admisión de esta última y sin haber agotado los requisitos de procedibilidad de conciliación; así lo señaló en sentencia del 5 de marzo de 2014.

*Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.*

*En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal.*

*Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos.<sup>550</sup>*

Lo anterior ha sido entendido en algunas providencias como la autonomía de las medidas cautelares de urgencia respecto del procedimiento contenciosos administrativos, lo que la convierte en un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los particulares. En tal sentido, el consejero Santofimio Gamboa a sostenido lo siguiente:

*(...) significa reconocer la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, la aplicación de las medidas cautelares debe acometerse bajo presupuestos convencionales, constitucionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos.<sup>551</sup>*

---

<sup>550</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, Rad. 25000-23-42-000-2013-06871-01(AC). C.P: Alfonso Vargas Rincón.

<sup>551</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 29 de mayo de 2014. Rad. 11001-03-26-000-2014-00034-00(50221). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



---

Algunos autores han visto en ese carácter autónomo de la medida cautelar la oportunidad para desarrollar una media judicial capaz de conjurar la amenaza de daño y que opere como una decisión definitiva, sin la necesidad de iniciar otro proceso judicial (demanda). El profesor Alejandro Barreto, por ejemplo, plantea una reinterpretación de la medida cautelar de urgencia no como medida de carácter provisional, sino como una forma sumaria de otorgar una tutela inhibitoria definitiva. Para ello nos presenta un interesante ejemplo.

Se pregunta el mencionado profesor colombiano por cómo proteger los derechos del interesado en participar o del oferente en un proceso de selección para la celebración de un contrato estatal, si la entidad no atiende los parámetros de objetividad, claridad y precisión, por ejemplo, de los pliegos de condiciones, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y se niega, mediante adendas a corregir las fallas de que adolece.

Después de exponer las condiciones excepcionalísimas frente a las que opera una acción de tutela frente a actos administrativos, considera que la medida cautelar de urgencia es idónea para proteger los derechos de los interesados en tales procesos de selección; y no solo como una medida de carácter provisional, sino con efectos definitivos. Sobre esto anota lo que sigue:

*Se ha entendido que la medida cautelar debe acompañar una demanda, esto es, que debe ir aparejada de un medio de control, o de lo contrario no puede prosperar; a lo anterior se la ha llamado el carácter accesorio o asegurativo del mecanismo. Sin embargo, es una postura que el autor no comparte y por el contrario, se adhiere entre quienes consideran que la medida cautelar además del carácter accesorio, también puede constituir un incidente autónomo e independiente. Basta cono pensar que la intención del interesado en el proceso de selección sea presentar una medida cautelar con el fin de adecuar los términos de los pliegos que considera arbitrarios porque son abiertamente contrarios a los criterios del artículo 24 del numeral 5° de la Ley 80 de 1993 o porque no está conforme con la asignación de riesgos contenida en la matriz que para el efecto realiza la administración.*

*Si se considera que es necesario para la resolución de la medida cautelar de presentar acción de nulidad y restablecimiento del derecho (CPACA, art 138) en contra del acto administrativo general de apertura del proceso de selección tendríamos lo siguiente: se podría perder el objetivo del actor, quien sólo espera ajustar el procedimiento a la legalidad para poder presentar oferta y que sea evaluado en condiciones de igualdad o que se corrija la matriz de riesgos previsibles; la declaratoria, ni la reparación del perjuicio son sus objetivos, no solo porque su interés está en mejorar el acto no en retirarlo del ordenamiento jurídico y porque hasta allí no se habría causado ningún perjuicio y si se hubiera causado, su cuantía sería mínima y la prueba bastante compleja.*

*Exigir una demanda en este caso no parece la solución más racional desde el punto de vista procesal, por el contrario, generaría un efecto contrario al deseado, dilatar el proceso, congestionar la justicia, demorar el acceso a la justicia, a una decisión pronta y eficaz.<sup>552</sup>*

Lo anterior nos presenta un ejemplo claro de cuando la amenaza de daño necesita ser conjurada, pero también nos revela las dificultades de plantear una tutela inhibitoria que permite hacerle frente a los daños inminentes en el marco del contencioso administrativo,

---

<sup>552</sup>BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. El Derecho de la Compra Pública. Bogotá: Legis Editores, 2019. p 276.

---

a pesar de la evidente necesidad de ella; así mismo da cuenta de los esfuerzos de la doctrina en la búsqueda de mecanismos que permitan garantizar una efectiva y eficaz administración de justicia con miras a evitar que se afecten derechos de los asociados.

Solo un punto no se comparte con el autor, y es que en estricto sentido si no se pretende la nulidad del acto administrativo precontractual, sino el mejoramiento del proceso de selección que adolece de falta de objetividad e imparcialidad vulnerando el derecho a la igualdad y a la libre competencia de algún interesado este procedimiento administrativo, la demanda que podría exigirse no sería la de nulidad y restablecimiento del derecho, sino la de reparación directa.

Sin embargo, es claro que aún que se trate de una demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa el resultado sería en todo caso, la dilación del proceso y la congestión de la justicia. Lo anterior sin descartar que una mirada restringida del medio de reparación directa dejaría desprotegidas aquellas situaciones en las que aún no se ha configurado el daño, por considerar que este medio de control requiere necesariamente algo que reparar o resarcir y en la medida aún no se haya configurado el daño, no habrá lugar a tal tutela, lo único que restaría, entonces, es esperar pacientemente a que el daño sobrevenga para poder acceder a una tutela judicial.

En ese sentido, la interpretación que proporciona el profesor Barreto sobre la medida cautelar de urgencia obedece a la necesidad no solo de un mecanismo que brinde una tutela judicial inhibitoria o preventiva frente a la amenaza de daño, sino también la necesidad que ese mecanismo procesal sea sumario, con el fin de que sea idóneo para conjurar situaciones en las que el daño se torna inminente.

De lo expuesto, puede concluirse, entonces, que en el marco de medio de control de reparación directa pueden encontrarse los mecanismos procesales para adoptar una tutela inhibitoria que permita la cesación de daño o la evitación de su agravación, así como garantías sobre la no repetición de los hechos vulnerantes. No obstante, frente a la tutela inhibitoria en su fase de evitación de la consumación del daño, no es diáfana su procedencia, sin perjuicio de los intentos de encaminar es tipo de tutela a través de la medida cautelar de urgencia que trae el CPACA.

#### **4. HACIA LA COMPRESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO COMO UN DERECHO PÚBLICO DE DAÑOS**

Tradicionalmente el entendimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia se ha visto vinculado con la acción, hoy medio de control, de reparación directa. No obstante, desde hace varios años algunas voces se han alzado para señalar que esa es, en realidad, una visión reduccionista frente a esta institución del derecho administrativo colombiano y que es necesario vincular a esos escenarios los daños o eventos dañosos que tratan en el marco de otras acciones como la de tutela, la popular o la de grupo, e

---

incluso frente a otros medios de control como la nulidad y restablecimiento del derecho o la simple nulidad. Esto con el fin de lograr una comprensión más armónica frente a los daños que se le imputan al Estado y frente a los cuales sus víctimas buscan reparación o prevención.

Aunque esta investigación centró su atención en la responsabilidad extracontractual que se debate en sede del medio de control de reparación directa, no puede dejarse de lado que la posibilidad de un modelo de derechos de la responsabilidad extracontractual del Estado hace evidente, más que nunca, que esta institución trasciende el marco del medio de control de reparación directa. Si se parte de la idea de que la responsabilidad extracontractual del Estado busca la prevención y reparación de los daños injustos que sufren los titulares de derechos sobre sus derechos subjetivos, sean estos individuales o colectivos, y que resulta imputables al Estado, salta a la vista que la acción de reparación directa no es la única acción en la que se discuten estos temas.

El profesor Juan Carlos Henao ha hecho un llamado sobre este tema en diversas ocasiones señalando que el estudio o el cubrimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado debe, necesariamente, vincular aquellos daños que se producen sobre los derechos colectivos y que se discuten mediante la acción popular<sup>553</sup>. Adicionalmente, bajo esa misma lógica, también ha puesto de presente la necesidad de unificar las formas de reparación a lo largo de todas las acciones donde sea condenado el Estado:

*(...) la noción de reparación integral de daños en materia de responsabilidad del Estado es universal al interior de todas las acciones procesales donde este sea condenado, lo cual supone que en ellas se pueden y deben aplicar de manera uniforme las formas de reparación concebidas por la ley, los tratados internacionales, la doctrina y la jurisprudencia.*<sup>554</sup>

Lo anterior es claro si se tiene en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano existe más de una acción encaminada a la reparación o prevención de daños imputables al estado, es cuando menos necesario que las medidas resarcitorias puedan asumir similares formas en cada una de las acciones. De ahí que resulte incongruente una interpretación restrictiva, por ejemplo, del inciso segundo del artículo 3 de la Ley 472 de 1998, el cual reza lo siguiente: “(...) La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”.

No puede resultar aceptable que mientras en el medio de control de reparación directa se ensayan un sin número de medidas no pecuniarias, las acciones grupo que no son otra cosa que varias personas afectadas en sus derechos subjetivos individuales buscando reparación, solamente obtenga una reparación de carácter pecuniario. El sentido del término indemnización deberá entenderse en tales contextos no solamente como el subrogado pecuniario, sino como la obligación de Estado de dejar indemnes a las víctimas, en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas. Razón por la cual las medidas de reparación en estos contextos.

---

<sup>553</sup> HENAO, Juan Carlos. De tal derecho lesionado, tal acción. En: V Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. pp. 491 a 497.

<sup>554</sup> HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado Op. cit. p. 34

---

Este entendimiento amplio de la responsabilidad extracontractual del Estado permite entender el planteamiento de algunas discusiones por parte de la academia, entre ellas el papel del juez de tutela en la reparación y prevención de daños imputables al Estado. Por ejemplo, Yáñez Meza considera que en aplicación del artículo 25 de 2591 el juez de tutela puede ordenar una indemnización pecuniaria en favor de víctimas de graves violaciones de derechos humanos como manifestación de la garantía de acceso a la administración de justicia. En ese sentido anota lo siguiente:

*(...) la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales equivale a la noción de daño antijurídico que se deriva de la acción u omisión de una autoridad pública o un particular que desconoce contenidos del sistema normativo de la Constitución política de 1991. El proceso de condena en abstracto en tutela es un auténtico proceso de responsabilidad. (...) En sede de tutela se establece por una parte, la existencia del hecho dañino, del daño y su prueba, y por otra, la relación causal o la configuración de la posición de garante, además de la determinación de los criterios para definir la cuantía de la condena en concreto, en el incidente de incidente de liquidación de perjuicios se establece la cuantía de los perjuicios y la prueba.<sup>555</sup>*

Aunque el anterior planteamiento resulta polémico, sin duda pone sobre la mesa la discusión sobre el papel resarcitorio de la acción de tutela, incluso frente a daños consumados. Como por ejemplo la reparación in natura que otorga frente a providencias judiciales que contienen una vulneración flagrante del debido proceso, la cual, de tenerse como daño consumado ante la firmeza de la sentencia, sin que ello se óbice para que el juez constitucional con miras a garantizar derechos fundamentales otorgue una tutela resarcitoria restableciendo el goce del derecho conculcado.

El análisis detallado de la responsabilidad extracontractual del Estado en el marco de otras acciones, incluso de aquellas consideradas constitucionales escapa por extensión y temática a este trabajo. Los anteriores planteamientos tienen dos objetivos simples: por un lado, entender que, la ampliación del estudio de la responsabilidad extracontractual del estado a otro tipo de escenarios procesales distintos de la reparación directa permite apreciar y entender no solo la faceta resarcitoria de este tipo de daños, sino también una faceta preventiva o inhibitoria de los daños. Adicionalmente, da lugar a un debate sobre las zonas grises entre las diferentes acciones mediante las cuales se puede condenar al Estado a reparar un daño.

El segundo es que ese tipo de entendimiento amplio del estudio de la responsabilidad extracontractual se adecua a lo que podría denominarse un derecho público de daños. Máxime en contextos de constitucionalización y convencionalización donde las declaraciones de responsabilidad pasan a un segundo plano<sup>556</sup>, y lo que cobra relevancia es la reparación o la prevención de daños injustos sobre derechos subjetivos individuales o colectivos.

---

<sup>555</sup> YAÑEZ MEZA, Diego Armando. Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños. Bogotá: Universidad Externado, 2016. p 178.

<sup>556</sup> Trigo Represas, por ejemplo, señala lo siguiente: “(...) se ha sostenido que en la actualidad más que hablar de responsabilidad civil procede referirse a reparación de daños (...) dado que el vocablo responsabilidad involucra una carga notoria de subjetivismo y, a falta de culpa, ante la objetivación del deber de reparar, no hay subjetivismo alguno”. TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo. Op. cit.

---

## CONCLUSIONES

El presente documento partió con el propósito de analizar las bases y los alcances de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de los fenómenos de la constitucionalización y de la convencionalización. En el recorrido del estudio adelantado se pretendió explicar conceptualmente estos fenómenos y mostrar los mecanismos de los que se ayudan para impactar en la responsabilidad extracontractual del Estado. Adicionalmente, se realizó un análisis crítico sobre los cambios que han suscitado en la responsabilidad extracontractual del Estado, para finalmente, plantear la posibilidad de un *modelo de los derechos* para esta institución y la reinterpretación de algunas de sus elementos estructurales, así como el cuestionamiento de las funciones tradicionales que se le adscriben. En ese orden de ideas es posible exponer las siguientes conclusiones.

La constitucionalización y la convencionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado pueden entenderse como aquellos procesos de transformación de esa institución del derecho administrativo colombiano, al final de los cuales esta termina impregnada de normas y criterios constitucionales, pero también de aquellas normas del Sistema IDPH. De hecho, es posible considerar a la convencionalización como la más reciente etapa de la constitucionalización.

Como se vio, la responsabilidad extracontractual del Estado es una institución en permanente construcción y reconstrucción a partir de la constitucionalización y la convencionalización, en otras palabras, es una institución constitucionalizada en formación.

Participan en este proceso tres cortes: la Corte Constitucional, la Corte IDH y el Consejo de Estado, este último no solo como receptor, sino también con una lectura constitucional y convencional de las temáticas que le conciernen.

En esa medida es necesario reconocer que la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional y la Corte IDH son elementos tutelares de las transformaciones de la responsabilidad extracontractual del Estado, aunque actualmente aún se presenten discusiones y controversias sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la mencionada corte internacional, específicamente sobre aquellas providencias que no son producto de casos contenciosos contra Colombia.

Al respecto es necesario precisar que, la influencia que proviene del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se encausa por dos vías: el control de convencionalidad y las sentencias de la Corte IDH en casos contenciosos contra Colombia.

Por su parte, el control de convencionalidad, que puede ser externo y concentrado cuando lo hace la propia Corte IDH o interno y difuso cuando se hace por autoridades estatales, constituye una herramienta propia del Sistema IDPH para impactar en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la Convención ADH. Este tipo de control no requiere del bloque de constitucionalidad para operar, aunque este último no resulte excluyente y en ocasiones haya sido usado por el Consejo de Estado para justificar la prevalencia dada a criterios y normas convencionales sobre las normas internas.

---

El control de convencionalidad en su modelo interno o difuso recae sobre toda autoridad pública, puede hacerse de oficio y de acuerdo con las competencias procesales y sustantivas de quien lo adelanta. Adicionalmente, puede implicar la interpretación conforme las normas y la jurisprudencia que integran el marco normativo del Sistema IPDH, la inaplicación de normas internas para aplicar las externas o la expulsión normativa del ordenamiento jurídico de una norma de rango nacional que se encuentre en contravía de las normas de rango convencional.

Dado que el ejercicio del control de convencionalidad consiste en evitar que el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos sufra una merma, no toda aplicación de este último podrá considerarse como control de convencionalidad.

Para que haya lugar a tal ejercicio de control debe existir una confrontación normativa o interpretativa entre la norma o jurisprudencia nacional aplicable y la norma o jurisprudencia internacional; o una confrontación factual entre los hechos, actuaciones u omisiones del Estado y las normas del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Esto permite que se den las condiciones para hacer prevalecer la normativa internacional de los derechos humanos y evitar que se vea menoscabada. Si no existe esa confrontación o, cuando menos, un riesgo de que el mencionado marco normativo se vea afectado, se considera que, no puede hablarse de control de convencionalidad.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, se ha visto la aplicación del control de convencionalidad por la vía de excepción o flexibilización de normas cuya aplicación o aplicación rigurosa puede considerarse inconvencional y mediante interpretación y aplicación respecto de actuaciones u omisiones del Estado que han dado lugar a graves violaciones de derechos humanos.

Ejemplo de lo primero es la flexibilización del término de caducidad del medio de control de reparación directa. Sobre este tema el Consejo de Estado sostuvo durante mucho tiempo una posición garantista, la cual consistía en que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad que comprometieran la responsabilidad extracontractual del Estado también implicaba que no operara la caducidad del medio de control de reparación directa en tales casos.

Por su parte, la Corte Constitucional también había considerado que era posible flexibilizar el término de caducidad de la acción en eventos de graves violaciones de derechos humanos que no reunían los elementos para ser considerados delitos de lesa humanidad.

Sin embargo, recientemente, con el fin de unificar jurisprudencia, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo viró su posición hacia una que se torna menos garantista. No obstante, se considera que es posible una interpretación constitucional y convencional sobre tal unificación jurisprudencial que permita flexibilizar caso a caso el término de caducidad con el fin de garantizar a las víctimas el derecho de acceso a la administración de justicia.

---

Otros ejemplos de esa forma de adelantar el control de convencional son: la flexibilización probatoria en materia de graves violaciones de derechos humanos y la inaplicación en casos de graves violaciones de derechos humanos del principio de la non reformatio in pejus.

Por otra parte, además del control de convencionalidad, la Corte IDH ha impulsado la transformación de la responsabilidad extracontractual del Estado por la vía de las sentencias en casos contenciosos contra Colombia. Entre las providencias que han generado cambios, se destaca la sentencia del Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia de 2006, especialmente en lo relativo al denominado daño inmaterial y a las formas no pecuniarias de reparación.

Ahora bien, constitucionalización y convencionalización brindan nuevos ojos a las preguntas de por qué ha de repararse el daño imputable al Estado, cuál es el objeto de la reparación y cuál es la mejor manera de hacerlo.

Los fundamentos del deber de reparar pueden encontrarse, de manera interrelacionada, tanto en criterios normativos como en nociones de justicia. De conformidad con los elementos mencionados, puede afirmarse que el deber de reparar que surge para el Estado y el derecho de la víctima a ser reparada se deriva de la afectación a posiciones jurídicas de indemnidad.

Esto reflejará una noción de justicia correctiva siempre que quien repare el daño sea el propio dañador y que su reparación sea proporcional al daño sufrido. En esa medida, consideraciones de justicia correctiva se encuentran presentes en los tradicionales títulos de falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial. Aunque en este último comparta su lugar de manera equitativa con la justicia distributiva.

Por otra parte, El proceso de constitucionalización del derecho ha introducido criterios de justicia distributiva y ha reforzado algunos ya existentes. con el fin de justificar en ciertos eventos la atribución al Estado el deber de reparar.

La justicia distributiva refuerza la obligación del Estado de reparar a las víctimas en aquellos eventos en los que, aún actuando lícitamente, su actuación implica un desequilibrio en las cargas públicas. De ahí que se considere que la carga del daño deba ser soportada por la sociedad en general (Estado) y no únicamente por el afectado.

Esta última noción de justicia, presente a través del principio de solidaridad contenido en el artículo 1° de la Constitución Política, se ha constituido en algunos casos, como el de daños por actos violentos de terceros o el de las enfermedades nosocomiales, en un fundamento autónomo.

Ahora bien, en cuanto al objeto de la reparación, debe indicarse que tradicionalmente la responsabilidad extracontractual se había centrado en la riqueza y el patrimonio como objeto de su tutela y como objeto del daño, para posteriormente extenderse hacia situaciones no patrimoniales, tales como el dolor o el sufrimiento.

En estos contextos marcados por la tradición, comúnmente se ha acudido a nociones como los de bien, interés jurídicamente tutelado e interés legítimo, con en el fin de ubicarlas

---

como núcleo del objeto del daño. Sin embargo, la evolución doctrinaria, al igual que la constitucionalización y la convencionalización pusieron en la mira de la responsabilidad extracontractual la noción de derecho subjetivo.

El Consejo de Estado incluso introdujo una categoría especial de daño con el fin de dar lugar a la reparación de derechos constitucionales. Así las cosas, la noción de derecho cobra fuerza en la responsabilidad extracontractual del Estado y se sitúa en el centro del objeto del daño.

En lo que se refiere a la forma de reparar el daño, debe mencionarse que la responsabilidad extracontractual del Estado por la vía de la reparación directa pasó de considerarse una institución encaminada a la indemnización pecuniaria de los daños sufridos por las víctimas, al uso de diversos mecanismos, pecuniarios y no pecuniarios, con el fin de reparar integralmente y acercar al dañado al punto más cercano al status quo aliter, esto es al punto en el que se hubiere encontrado a víctima de no haber acaecido el evento dañoso.

En esa medida, la reparación comprenderá la restitución del ejercicio de los derechos cuando ello sea posible o su compensación pecuniaria o no pecuniaria cuando no sea posible lo primero.

Así las cosas, el juez de la reparación directa se postula como reparador integral de derechos, y a su mano tiene la posibilidad de dictar medidas de restitución, rehabilitación, compensación satisfacción e incluso garantías de no repetición, solicitud de las víctimas en la generalidad de los casos y de oficio en casos que impliquen graves violaciones de derechos humanos.

Estas transformaciones, auspician un modelo de los derechos de la responsabilidad extracontractual del Estado, el cual consiste en entender que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como objeto de tutela los derechos subjetivos, entre ellos los de carácter fundamental y que, por la naturaleza del objeto de protección, la tutela que despliega o que debería desplegar no se limita solamente al ámbito resarcitorio de daños ya pasados, sino también conlleva una protección de carácter inhibitorio frente a daños que aún no han acontecido, que se encuentran en ejecución o que podrían repetirse.

Ahora bien, tal modelo permite la reformulación de algunos conceptos estructurales y tradicionales en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, entre ellos la propia noción de daño, de daño antijurídico y del daño moral, con el fin de que estos se compaginen con el lenguaje de los derechos.

Sobre el primero, se dijo que deberá entenderse como toda privación, vulneración o afectación al goce pacífico de un derecho subjetivo individual o colectivo, independientemente de que se trate de derechos con contenido económico o de aquellos que carezcan de tal.

Mientras que el daño antijurídico no es más que el daño resarcible, y que aquella afirmación que señala que el daño antijurídico es aquel que no se está en el deber de soportar resulta en extremo incongruente, si no se pone de presente que la razón por la cual un particular no se encuentra en el deber de soportar el daño, es porque puede tratarse de una falla del servicio, un daño especial, la materialización de un riesgo excepcional o



---

en virtud del principio de solidaridad. De esas cuatro variables pende la antijuridicidad del daño.

Así las cosas, no hay daños que ontológicamente puedan ser considerados antijurídicos, la calificación de un daño como tal es el resultado de un juicio de responsabilidad y no de la sola ocurrencia del daño.

En lo referente al daño moral, se propone su entendimiento desde el lenguaje de los derechos, buscando un sustento normativo para la reparación de ciertos sufrimientos. Se plantea entonces que la reparación del daño moral no es otra cosa que la reparación de la integridad espiritual, la cual constituye una fase o una de las caras que presenta el derecho a la integridad personal.

Adicionalmente, se señaló que el *modelo de los derechos* propuesto permite adoptar herramientas como el test de proporcionalidad para el ejercicio del juicio de responsabilidad del Estado por daños que se le atribuyan en situaciones en la que el Estado se encuentra en la posición jurídica de intervenir derechos subjetivos de manera legítima. Como por ejemplo el de la privación de la libertad a través de medida de aseguramiento o el de las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Por otra parte, el modelo de los derechos de la responsabilidad extracontractual del Estado hace más evidente el papel inhibitorio o preventivo que puede desempeñar la responsabilidad extracontractual del Estado frente a daños aún no consumados o que continúan ejecutándose y agravándose o de aquellos que bien podrían repetirse.

Se considera que la tutela inhibitoria que puede desplegar la responsabilidad extracontractual del Estado se vincula con el principio de precaución para atender el riesgo sobre ciertos daños que pueden afectar al ambiente o a la salud pública. En tanto que, para conjurar la amenaza de daño sobre cualquier derecho subjetivo, la doctrina ha esbozado la posibilidad de acudir a las medidas cautelares de urgencia contenidas en el CPACA.

Sobre cómo hacer cesar el daño o evitar su agravación, el panorama resulta mucho más claro, por cuanto es posible acudir a la tutela cautelar innominada introducida en materia contencioso administrativa por la Ley 1437 de 2011.

Respecto de la evitación de la repetición de los eventos dañosos, el Consejo de Estado, de tiempo atrás y bajo la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH ha venido dictado en sus sentencias condenatorias garantías de no repetición en casos de graves violaciones de derechos humanos. Al respecto se hace énfasis en que las garantías de no repetición son muestra de la tutela inhibitoria que puede desplegar la responsabilidad extracontractual del estado y no de su tutela resarcitoria.

Por último, se hace preciso mencionar que el *modelo de los derechos* de la responsabilidad extracontractual del Estado pone de presente que esta institución no se ve circunscrita al medio de control de reparación directa, sino que se extiende a otro tipo de acciones contencioso administrativas y constitucionales que se ocupan también del fenómeno dañoso que involucra el actuar del Estado, de ahí que se plantee la necesidad de entender esta institución como un derecho público de daños.

---

## BIBLIOGRAFÍA

### Capítulos de libro

- Barnes, Javier. La interacción entre la Constitución y el Derecho administrativo: límites y patologías. En Montaña Plata, Alberto y Ospina, Andrés, (eds.). *La constitucionalización del Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2014.
- Botero Aristizábal, Luis Felipe. El concepto del daño. En Tamayo Jaramillo, Javier ed. *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá: Legis, 2017.
- Cassese, Sabino. Las tres etapas de la constitucionalización del derecho administrativo. En Montaña Plata, Alberto y Ospina, Andrés (eds.). *La constitucionalización del Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2014.
- Fabra Zamora, Jorge. Estudio introductorio, estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. En Fabra Zamora, Jorge y Bernal Pulido, Carlos (eds). *La filosofía de la responsabilidad civil, estudio sobre los fundamentos filosóficos y jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado, 2013.
- Fajardo Gómez, Mauricio. Medidas cautelares. En: Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Disponible en <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/Libros/SeminarioIntPresentacionNuevoCodigoProcedimientoAdminContenciosoAdmin.pdf> pp. 327–353.
- Goldbeg, John y Zipursky, Benjamin. Tort law and responsibility. En John Oberdiek (eds) *Philosophical Foundations of the law of torts*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- González Briceño, Álvaro. El daño o perjuicio. En Castro Cifuentes, Marcela (coord.). *Derecho de las obligaciones*, Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2010.
- Guastini, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico italiano. En Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- Henao Pérez, Juan Carlos. De las distintas formas de concebir la tipología de perjuicios. En *responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho: homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, T. I*, Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2011.
- Henao Pérez, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. En *La responsabilidad patrimonial del Estado: memorias del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Instituto Nacional de Administración Pública, A.C. México: 2000. pp. 105–147.
- Henao, Juan Carlos. De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto: Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés. En: Briceño Chaves, Andrés Mauricio (et al). *El daño ambiental*, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado, 2009.
- Henao, Juan Carlos. De tal derecho lesionado, tal acción. En: *V Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. pp. 486–541
- Henao, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (eds.). Bogotá: Universidad Externado, 2015.
- Honoré, Anthony. La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. En Fabra Zamora, Jorge y Bernal Pulido, Carlos (eds). *La*

- 
- filosofía de la responsabilidad civil, estudio sobre los fundamentos filosóficos y jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado, 2013.
- Keren–Paz, Tsachi. La concepción de la Justicia en el derecho de daños según riesgos y daños: ¿Demasiado o muy poco? En Papayannis, Diego (ed.). Derecho de daños, principios morales y justicia social. Madrid: Marcial Pons.
  - M´Causland Sánchez, María Cecilia. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En Fabra Zamora, Jorge y Bernal Pulido, Carlos (eds). La filosofía de la responsabilidad civil, estudio sobre los fundamentos filosóficos y jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado, 2013. p. 565.
  - Navia Arroyo, Felipe. La supresión del ilícito en la acción popular. En Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2009.
  - Owen, David. Fundamentos filosóficos en el derecho de la responsabilidad extracontractual. En Pablo Suarez ed. Teoría de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2014.
  - Prieto Sanchis, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
  - Schmidt–Assmann, Eberhard. El concepto de constitucionalización del Derecho administrativo. En Montaña Plata, Alberto y Ospina, Andrés (eds.) *La constitucionalización del Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2014.
  - Solarte Rodríguez, Arturo. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. En Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2009.
  - Tamayo Jaramillo, Javier. Qué es el daño. En: Tamayo Jaramillo, Javier ed. Nuevas reflexiones sobre el daño. Bogotá: Legis, 2017.
  - Tapias Rocha, Hernando, la Concepción del daño en el Código de Bello. En Mantilla Fabricio. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet. Bogotá. Universidad del Rosario, 2008.
  - Uprimny Yepes, Rodrigo. Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos en la constitución. En: La responsabilidad en derechos humanos: memorias. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996.
  - Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula. Reparaciones transformadoras, Justicia distributiva y profundización democrática. En Reparar en Colombia: dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión. Bogotá: Dejusticia, 2007.

## LIBROS

- Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993.
- Alpa, Guido. Nuevo Tratado de responsabilidad civil. Lima: Jurista, 2006.
- Alterini, Anibal Atilio. Responsabilidad civil: límites de la reparación civil (3ª. Edición). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.
- Amaya, Jorge. Control de constitucionalidad. 2º ed. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- Arango, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales (2 ed.). Bogotá: Legis, 2012.
- Aristóteles. Ética nicomáquea. Mexico: Editorial Porrúa, 1982.

- 
- Barreto Moreno, Antonio Alejandro. *El Derecho de la Compra Pública*. Bogotá: Legis Editores, 2019.
  - Barros Bourie. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1° ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
  - Bernal Pulido, Carlos. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica: escritos de derecho constitucional y teoría jurídica*. Bogotá: Universidad Externado. 2018.
  - Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Bogotá: Universidad Externado. 2014.
  - Brewer, Allan y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado De Colombia: Bogotá, 2013.
  - Briceño Chaves, Andrés Mauricio. *El principio de precaución en una sociedad de riesgos ambientales*. Bogotá: Universidad Externado, 2017.
  - Burrows, Andrew. *English Private Law*. 3° ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
  - Calamandrei, Piero. *Las providencias cautelares*. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.
  - Cassagne, Juan Carlos. *Curso de derecho administrativo*, 10° ed, Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2011.
  - Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?: las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Bogotá: Temis, 2009.
  - Cohen Puerta, Melvin Munir. *La responsabilidad civil como derecho preventivo y resarcitorio de daños*. Bogotá: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda, 2018.
  - Cortés, Edgar. *Responsabilidad Civil y daños a la persona: El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Bogotá: Universidad Externado, 2009.
  - Cruz Parceró, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
  - Cruz Parceró, Juan Antonio. *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. México: Instituto de estudios constitucionales de Querétaro, 2017.
  - De Cupis, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1996.
  - Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Madrid: Editorial Ariel.
  - Fajardo, Luis Andrés. *Implementación del sistema interamericano de derechos humanos en Colombia a través del bloque de constitucionalidad*. Bogotá: Biblioteca jurídica Dike y Universidad Sergio Arboleda, 2010.
  - Figueroa Bastidas, Gabriel Ernesto. *La responsabilidad internacional agravada del Estado colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2016.
  - García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Bogotá: Temis, 2008.
  - Gardner John. *From personal life to private law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
  - Gil Botero, Enrique. *La constitucionalización del derecho de daños: Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Temis, 2014.
  - Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*, 7° ed. Bogotá: Editorial Temis, 2017.
  - Guastini, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
  - Guerra Moreno, Débora. *Reparación integral: la justicia restaurativa como tendencia de la reparación directa en Colombia*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2015.

- 
- Henao, Juan Carlos. El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
  - Holmes, Stephen y Sunstein, Cass. El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011. p 63.
  - Ihering, Rudolf Von. El espíritu del derecho romano. Bogotá. Leyer, 2005.
  - Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado: funciones de la responsabilidad en el siglo XXI y trascendencia de la prevención. Bogotá: Editorial Temis, 2013.
  - Keren–Paz, Tsachi. Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva. Madrid: Marcial Pons, 2016.
  - Koteich Khatib, Milagros. La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Bogotá: Universidad Externado, 2012.
  - Locke, John. Segundo Tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. Madrid: Editorial Tecnos. 2006.
  - M’Causland Sánchez, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
  - M’Causland Sánchez, María Cecilia. Equidad judicial y responsabilidad extracontractual. Bogotá: Universidad Externado, 2019.
  - Marín Hernández, Hugo Alberto. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado, 2018.
  - Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela Inhibitoria. Madrid: Marcial Pons, 2014.
  - Martínez Rave, Gilberto. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Editorial Temis, 1998. p. 256.
  - Medina Alcoz, Luis. Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2016.
  - Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños, Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni Editores, 2004.
  - Nash Rojas, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos humanos (1988 – 2007). 2° ed. Chile: Universidad de Chile.
  - Navia Arroyo, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real? Bogotá: Universidad Externado, 2000.
  - Oughton, David y Harvey, Barbara. Law of torts: questions & Answers, 8°ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
  - Papayannis, Diego. Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. Madrid: Marcial Pons, 2014.
  - Papayannis, Diego. El derecho privado como cuestión pública. Bogotá: Universidad Externado. 2016.
  - Pinzón Muñoz, Carlos. El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado. 3° ed. Bogotá: Editorial Ibañez, 2017.
  - Pinzón Muñoz, Carlos. La responsabilidad extracontractual del Estado una teoría normativa. 2° ed. Bogotá: Editorial Ibañez. 2016.
  - Posner, Richard A. The economics of justice. United States of America: Harvard College, 1994.
  - Prevot, Juan Manuel. La obligación de seguridad. Bogotá, 2° Ed: Editorial Temis, 2012.
  - Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano. 6° ed. Bogotá: Editorial Temis 2015.

- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. El control de convencionalidad. 3° ed. Bogotá: Editorial Temis, 2017.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. La acción de tutela: el amparo en Colombia. Bogotá. Editorial Temis, 2017.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. Derecho administrativo: general y colombiano (18ª edición). Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- Rueda Prada, Diana. La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: comentarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Bogotá: Editorial Ibáñez. 2015.
- Stiglitz, Gabriel. Daños y perjuicios. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1987.
- Swift, Adam. ¿Qué es y para qué sirve la filosofía política? Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2016.
- Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de responsabilidad civil., Tomo II. Bogotá: Legis, 2007. p. 326.
- Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. Tratado de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: 2005.
- Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. Derecho civil, Tomo III. Bogotá: Editorial Temis, 2010.
- Viney, Genevieve. Tratado de derecho civil, introducción a la responsabilidad. Bogotá: Universidad Externado, 2007.
- Visintini, Giovanna. ¿Qué es la responsabilidad civil?: fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual. Bogotá: Universidad Externado, 2015.
- Yañez Meza, Diego Armando. Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños. Bogotá: Universidad Externado, 2016.
- Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia. 11° ed. Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- Zerh, Howard. El pequeño libro de la justicia restaurativa. Estados Unidos: Good Books. 2007.
- Saavedra Becerra, Ramiro. La responsabilidad patrimonial del Estado, Tomo 1. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2018.

## Tesis

- Carvalho Leal, Virginia. Justicia correctiva y derecho de daños: Jules Coleman, Ernest Weinrib y los fundamentos de la responsabilidad. Universidad de León, 2015.
- Hernández Terán, Miguel Antonio. El contenido esencial de los derechos y su aplicación jurisprudencial. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2015.
- Zapata García, Pedro. Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Universitat de Barcelona, 2018.

## Artículos

- Arroyo Jiménez, Luis. Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. Indret, 2 – 2009. Disponible en: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/621\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/621_es.pdf)
- Candía, Gonzalo. Restitutio in integrum. Revista Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad, N° 9, octubre 2015 – marzo 2016. Universidad Carlos III de Madrid. pp. 240-248. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/issue/view/442>
- Cárdenas Mesa, John Arturo. (2015). La reparación del daño evento en Colombia. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 45(123), pp. 317–363. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a02>

- Castilla Juárez, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. Revista IIDH, N° 64, 2016. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/33296/30260>
- Estrada, Julio Alexei. Comentario al artículo “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, de Karlos. Castilla Juárez. Revista Derecho del Estado n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero–junio de 2015. pp. 51–54. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.02>
- Ferrer MaC-Gregor, Eduardo. El control Difuso de Convencionalidad. pp. 151–188. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>
- Gil Botero, Enrique. El daño a la salud en Colombia–retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. Revista Digital de Derecho Administrativo. 8 (dic. 2012), pp. 89–145. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3385/3035>.
- Henao Pérez, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. En, La Responsabilidad patrimonial del Estado: memorias del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado. México: Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., 2000. pp. 105–147.
- Henríquez Viñas, M. *La polisemia del control de convencionalidad interno*. *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, N° 24, enero – junio de 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.IL14-24.pcci>
- Olano García, Hernán Alejandro. Teoría del Control de Convencionalidad. Estudios Constitucionales, Año 14, N° 1, 2016. pp. 61–94. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art03.pdf>
- Pantaleón, Fernando. Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. *Derecho y Humanidades*, (9). (2003). Disponible en: <https://doi:10.5354/0719-2517.2012.21928>.
- Pimiento Echeverry, Julián Andrés. Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista de Derecho Público*, (36). Universidad de los Andes (Colombia), junio de 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.14>
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia. *Revista Jurídica*. nro. 13 (1), enero–junio de 2016. pp. 43 – 63. Disponible en: DOI: 10.17151/jurid.2016.13.1.4
- Restrepo Rodríguez, Tomás. El remedio en la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*. 14 (jun. 2008). pp. 219–238. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/556/526>
- Solarte Rodríguez, Arturo. La reparación in natura del daño. *Vniversitas*, 54(109), 187–238. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14704>
- Tremolada Álvarez, Eric. La internacionalización del derecho constitucional en Colombia: una garantía para los procesos de integración. Ejercicio comparado con los países andinos. *Revista IUS*. Nro. 37, enero–junio de 2016. pp. 103–128. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v10n37/1870-2147-rius-10-37-00103.pdf>
- Uprimny Yepes, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal. pp. 1–35. Disponible en: [https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_46.pdf](https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf)
- Uprimny Yepes, Rodrigo. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. pp. 1–35. Disponible en: [https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_46.pdf](https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf)

- Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. Disponible en: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_52.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_52.pdf)

### **Sentencias Corte Constitucional**

- Corte Constitucional. Sentencia C-528 de 2003. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-237 de 2017. C.P Iván Humberto Escurecía Mayolo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. Sentencia C 189 de 1994. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz Y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 430 de 2000. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional Sentencia C- 774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1130 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia C-965 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-778 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T- 786 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006 M.P Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. sentencia C-394 de 2007. M.P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 488 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-085 de 2009. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia C-941 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia C-376 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C-941 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-464 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



- Corte Constitucional. Sentencia T-135 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-753 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-957 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional. Sentencia T-890 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-458 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 694 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 286 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional. Sentencia C-147 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 2017. M.P.: Aquiles Arrieta Gómez.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-035 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

### **Sentencias Consejo de Estado**

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 7 de julio de 2011, Rad. 05001-23-24-000-1994-00332-01(20835). C. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de abril de 2014. Rad. 25000-23-26-000-2001-01960-01(28214). C.P. Danilo Rojas Betancourth.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 8163 del 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 26 de julio de 2011, Rad. 08001-23-31-000-2010-00762-01(41037). C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 19 de julio de 2007, Rad. 25000-23-26-000-2004-01514-01(31135).C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 27 de julio de 2011, Rad. 54001-23-31-000-2010-00353-01(40474). C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 17 de septiembre de 2013, Rad. 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 24 de noviembre de 2017, rad. 05001-23-33-000-2016-02712-01(58995). C.P. Danilo Rojas Betancourth.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 31 de julio de 2018, rad. 05001-23-33-000-2016-02264-01(60726). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de agosto de agosto de 2018, rad. 05001-23-33-000-2016-00428-01(61709). C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo (E).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 10 de febrero de 2016, rad. 20001-23-31-000-2006-00346-01(35341). C.P. Marta Nubia Velázquez Rico.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 19 de julio de 2007, Rad. 15001-23-31-000-1995-05734-01(17639). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Auto del 15 de febrero de 2018, Rad. 05001-23-33-000-2016-00774-01(60194), C:P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 1 de diciembre de 2014, rad. 44001-23-31-000-2012-00026-01(44586). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de septiembre de 2013, Rad. 05001-23-26-000-1990-05197-01(19939). C.P. Stella Conto Días del Castillo.

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 1 de junio de 2017. Rad. 73001-23-31-000-2010-00447-01 (43377) C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 11 de septiembre de 2013, 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601). C.P. Danilo Rojas Betancourth.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 12 de octubre de 2017, Rad. 05001-23-31-000-2010-01922-01(49416). C.P. Danilo Rojas Betancouth.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 10 de mayo de 2018, Rad. 15001-23-31-000-2007-00694-01(56750). C.P. Stella Conto Diaz del Castillo.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, Rad. 25000-23-26-000-2011-00479-01(50231). C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de abril de 2017, 05001-23-31-000-2006-00534-01(43422). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 23 de marzo de 2017, Rad. 05001-23-31-000-2006-03647-01(50941). C.P: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016, Rad. 50001-23-31-000-2000-40225-01(34448). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 19 de febrero de 2018. Rad. 05001233100020080159901(48738)A. C.P. María Adriana Marín.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. sentencia del 29 de agosto de 2012. Rad. 73001233100019990248901 (24779). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. Rad. 10421. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 11 de julio de 2018. Rad. 25000-23-15-000-2004-01511-01(34641)A. C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo (E).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 4 de mayo de 2011. Rad. 76001-23-25-000-1996-02231-01(19355) (22231, 22289 y 22528 Acumulados). C.P. Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2007. Rad. 05001233100019980229001(29273)A. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 16 de julio de 1998. Rad. 10652. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Rad. 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1996-00649-01(18960). C.P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 3 de diciembre de 2014. Rad. 73001-23-31-000-2003-01736-01(35413). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Rad. 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). C.P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. sentencia del 30 de julio de 2018. Rad. 70001-23-31-000-1999-01878-01(41602). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 11 de julio de 2018. Rad. 25000-23-15-000-2004-01511-01(34641)A. C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo (E).

- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de mayo de 1993. Rad 7428. C.P. Julio César Uribe Acosta.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de noviembre de 1997. Rad. 10421. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000. Rad. 11842. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007. Rad. 19001–23–31–000–2003–00385–01(AG), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Rad. 05001–23–25–000–1994–00020–01(19031). C.P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Rad. 05001–23–31–000–2007–00139–01(38222). C. P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2015. Rad. 25000–23–26–000–2003–00863–01(33302). C.P.: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de mayo de 1973. Rad. 978. C.P.: Alfonso Castilla Saiz.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 16 de agosto de 2018, Rad.: 25000232600020050045101 (37719). C. P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 17 de octubre de 2013, Rad. 52001–23–31–000–1996–07459–01(23354) C.P: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Rad. 66001–23–31–000–2010–00235–01(46947). CP.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estadio, Sección Tercera, Subsección B. Auto del 8 de noviembre de 2018. Rad.: 11001032600020160014000 (57.819), C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estadio, Sección Tercera, Subsección B. Auto del 8 de noviembre de 2018. Rad.: 11001032600020160014000 (57.819), C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Rad. 41001–23–31–000–2000–02956–01(29028). C.P: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2019. Rad. 17001–23–31–000–2009–00310–01 (47860). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Doce Especial de Decisión. Sentencia del 6 de agosto de 2019. Rad.: 05001–33–31–011–2011–00079–01(AP)REV. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero

### **Sentencias Corte IDH**

- Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.
- Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.
- Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.
- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.
- Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.
- Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015.
- Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.
- Corte IDH. Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374.

### **Sentencias Corte Suprema de Justicia**

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. Rad. 11001-3103-006-1997-09327-01. M. P.: César Julio Valencia Copete.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. Rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01. M. P.: Ariel Salazar Ramírez.

- 
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2018. Rad. 11001-22-03-000-2018-00319-01 (STC4360-2018). M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona
  - Corte Suprema de Justicia. Sala de casación. Sentencia del 21 de julio de 1922. M.P. Tancredo Nanneti. Gaceta Judicial XXIX, p. 83.