

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

***Exploración conceptual de la responsabilidad patrimonial
del Estado frente al desplazamiento forzado.***

*Aplicación de la teoría de las revoluciones científicas a eventos de responsabilidad
patrimonial del Estado por desplazamiento forzado, definidos por el Consejo de
Estado entre 2004 y 2010*

**Trabajo de Grado para optar por el título de Magíster en Derecho
Administrativo**

Maestría en Derecho Administrativo

Facultad de Jurisprudencia

Estudiante: Miguel Andrés López Martínez

Codirectores

Ciro Nolberto Guechá Medina

Beatriz Londoño Toro

Bogotá

2013

Exploración conceptual de la responsabilidad patrimonial del Estado frente al desplazamiento forzado.

Aplicación de la teoría de las revoluciones científicas a eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por desplazamiento forzado, definidos por el Consejo de Estado entre 2004 y 2010

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	7
1. Explicación y presentación de la pregunta de partida.....	7
2. Marco teórico inicial. Las piezas del rompecabezas que nos condujeron a la pregunta.....	13
2.1. <i>La proliferación de respuestas al desplazamiento. El ECI como un impulso simbólico para responder al reto.</i>	13
2.2. <i>Responsabilidad patrimonial del Estado. Una institución para generar mayores compromisos al reparar</i> 19	
2.2.1. <i>Reparar a las víctimas es una necesidad en medio del conflicto</i>	19
2.2.2. <i>La responsabilidad patrimonial del Estado puede vencer las barreras de otros caminos de reparación</i>	21
2.3. <i>Cambio de paradigmas. Una teoría posible en el mundo del derecho</i>	34
3. Marco Metodológico. La explicación del método que nos llevó a la respuesta.....	37
3.1. <i>Los objetivos de la investigación</i>	38
Tabla 1. Objetivos de la investigación.....	40
3.2. <i>Diseño metodológico de la investigación</i>	41
Tabla 2. Batería de variables e indicadores.....	42
3.3. <i>¿Por qué lo haremos? Un intento de justificación</i>	45
4. Para el final del comienzo	46
1. APROXIMACIÓN GENERAL A LOS ELEMENTOS DE LA MATRIZ DISCIPLINAR DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.	51
<i>Ingredientes, momentos y propósitos de la receta</i>	51
1.1. Generalizaciones simbólicas tradicionales.....	54

1.1.1.	<i>El daño</i>	55
1.1.1.1.	<i>Naturaleza y concepto</i>	55
1.1.1.2.	<i>Características</i>	62
1.1.1.3.	<i>Tipología del perjuicio</i>	66
1.1.2.	<i>Imputación: ¿nexo de causalidad o título jurídico?</i>	80
1.1.2.1	<i>Nexo de Causalidad: la conquista del derecho sobre la naturaleza</i>	81
1.1.2.2.	<i>Títulos jurídicos de imputación: hacia un postulado sofisticado de la imputación de daños</i>	94
Tabla 3. Desarrollo histórico de los primeros fundamentos de responsabilidad estatal.		98
1.1.3.	<i>Reparación</i>	110
1.1.3.1.	<i>Ubicación conceptual de la reparación</i>	111
1.1.3.2.	<i>Restitución e indemnización: manifestaciones clásicas de la reparación</i>	113
1.1.4.	<i>Las redes conceptuales</i>	114
1.1.4.1.	<i>La obligación de reparar surge ante un daño antijurídico imputable a las autoridades responsables</i>	115
1.1.4.2.	<i>La reparación no va más allá del daño</i>	117
1.2.	<i>Creencias tradicionales</i>	119
1.2.1.	<i>En cuanto al alcance del daño: no se reparan daños colectivos</i>	120
1.2.2.	<i>En cuanto al alcance de la reparación: es puramente patrimonial</i>	124
1.2.3.	<i>En cuanto a la función de la responsabilidad: sólo sirve para reparar o compensar</i>	127
1.3.	<i>Valores tradicionales</i>	132
1.3.1.	<i>Los valores del derecho: una aproximación general al concepto de justicia</i>	133
1.3.2.	<i>Los valores que orientan el paradigma tradicional de la responsabilidad patrimonial del Estado</i>	138
1.4.	<i>Algunas discusiones pendientes e inspiradoras</i>	143
1.4.1.	<i>¿Hasta dónde se pueden abrir las puertas a nuevas figuras de daño resarcible?</i>	143
1.4.2.	<i>¿Responsabilidad o solidaridad? ¿Cuáles son los mecanismos más idóneos para reparar a las víctimas del daño?</i>	145
1.4.3.	<i>¿Deben compensarse los beneficios recibidos por las víctimas, en virtud de políticas públicas de atención y protección, con aquellos remedios que les reconozca el juez?</i>	147
1.5.	<i>A manera de recapitulación y conclusión</i>	150
2. EL DESPLAZAMIENTO FORZADO COMO ANOMALÍA.		153
Revisión de las características de un comensal difícil		153

2.1.	El desplazamiento como manifestación <i>histórica del conflicto armado. Un flagelo con alcances institucionales</i>	156
2.1.1.	<i>Conociendo al comensal. Principales factores de análisis de la singularidad del desplazamiento forzado en Colombia</i>	156
2.1.1.1.	<i>Continuidad histórica del fenómeno del desplazamiento forzado</i>	157
2.1.1.2.	<i>Multipolaridad del conflicto</i>	159
2.1.1.3.	<i>Heterogeneidad y ausencia de identidades prexistentes</i>	161
2.1.2.	<i>Alcances institucionales del desplazamiento antes de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional</i>	161
2.1.2.1.	<i>El desplazamiento interno. La respuesta de la comunidad internacional</i>	162
2.1.2.2.	<i>El camino desde el desplazamiento interno hacia el desplazamiento forzado</i>	166
2.1.3.	<i>Alcances institucionales del desplazamiento después de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional</i>	173
2.1.3.1.	<i>Las luces del fallo. El dulce sabor del estado de cosas inconstitucional</i>	177
2.1.3.2.	<i>Las sombras del fallo. El sabor agrio del estado de cosas inconstitucional</i>	178
2.2.	El desplazamiento como objeto de estudio. Una urdimbre de enfoques multicolor	181
2.2.1.	<i>Trabajos con orientación cuantitativa</i>	183
2.2.2.	<i>Enfoques cualitativos</i>	184
2.2.3.	<i>Enfoques estructurales</i>	185
2.2.4.	<i>Trabajos de impacto existencial y psicológico</i>	186
2.2.5.	<i>Enfoques con análisis diferencial</i>	187
2.2.6.	<i>Enfoques jurídico – políticos</i>	190
2.3.	A manera de recapitulación y conclusión	190
3.	PRIMERA EXPLORACIÓN CONCEPTUAL DEL PARADIGMA: LAS LÍNEAS DE FUGA TEÓRICA.	192
	<i>Las preferencias del comensal</i>	192
3.1.	Exploración conceptual del daño. Un concepto incompleto a la luz de una teoría tridimensional de la justicia.....	194
	Tabla 4: Líneas de fuga teórica para ampliar el alcance del daño	203
3.2.	Exploración conceptual de la imputación. Un esfuerzo inconcluso por superar la barrera de lo imposible.....	204
3.2.1.	<i>Los títulos jurídicos de imputación para “el éxodo”</i>	205
3.2.2.	<i>Los títulos jurídicos de imputación para “el día después del éxodo”</i>	209

3.2.2.1.	<i>Primer escenario: el día después del éxodo, pero antes del ECI</i>	211
3.2.2.2.	<i>Segundo escenario: el día después del ECI</i>	214
Tabla 5: Líneas de fuga teórica para ampliar el alcance de la imputación		222
Fuente: Elaboración propia.....		222
3.3.	Exploración conceptual de la reparación. La transición de un concepto en un contexto de transición	222
3.3.1.	<i>Del estado clásico al internacional de la reparación</i>	223
3.3.1.1.	<i>Confeción del estándar internacional de reparación</i>	224
Tabla 6. Contenido del estándar internacional del derecho a la reparación a la luz de la teoría tridimensional de la justicia.....		230
3.3.1.2.	<i>Recepción del estándar internacional en el contexto nacional</i>	231
3.3.1.2.1.	<i>El estándar en la ley y el decreto: un reconocimiento de papel</i>	231
3.3.1.2.2.	<i>El estándar en manos de los jueces: el largo trecho del papel a las sentencias</i>	236
3.3.2.	<i>Del estado internacional al transformador</i>	244
3.3.2.1.	<i>El concepto de la reparación transformadora</i>	245
3.3.2.1.1.	<i>Para un contexto “bien desordenado”</i>	245
3.3.2.1.2.	<i>El concepto en medio de una tensión de justicias</i>	248
Tabla 7. Cercanía y complementariedad entre la noción de reparación transformadora y el estándar internacional.....		252
3.3.2.2.	<i>El alcance material de la reparación transformadora</i>	253
Tabla 8. Cercanías y distancias entre los instrumentos de protección		257
3.3.3.	<i>Del estado transformador a las líneas de fuga teórica</i>	260
3.3.3.1.	<i>Las líneas de fuga teórica desde la urdimbre</i>	260
3.3.3.2.	<i>Las líneas de fuga en el escenario judicial</i>	265
Tabla 9. Duración de los procedimientos contenciosos que dieron lugar a los fallos de REPE por DEFO		277
Tabla 10. Comparación de términos de duración entre los procedimientos reales y los términos legales		278
Tabla 11. Líneas de fuga para alcanzar reparaciones transformadoras en el ámbito judicial		284
3.4.	A manera de recapitulación y conclusión	285
4. SEGUNDA EXPLORACIÓN CONCEPTUAL DEL PARADIGMA.....		288
<i>Aplicación del Índice de fuga teórica a los ejemplares</i>		288

Tabla 12: Relación de antecedentes de los fallos estudiados.....	292
4.1. Exploración conceptual del daño. Un intento en tercera dimensión.....	295
Tabla 13: Exploración conceptual del daño	297
4.2. Exploración conceptual de la imputación. Un intento para vencer la barrera de lo imposible 300	
4.2.1. <i>La imputación desde el paradigma tradicional</i>	300
4.2.2. <i>Argumentos sensibles a las líneas de fuga teóricas de la urdimbre</i>	302
Tabla 14: Exploración conceptual de la imputación.....	304
4.3. Exploración conceptual de la reparación. En busca de respuestas transformadoras.....	307
4.3.1. <i>La reparación desde el paradigma tradicional</i>	309
4.3.2. <i>Argumentos sensibles a las líneas de fuga</i>	310
Tabla 15: Exploración conceptual de la reparación.....	316
4.4. Índice de fuga teórica. Un intento de medición y de conclusión	320
4.4.1. <i>La escala de fuga teórica</i>	320
Tabla 16: Valores de la <i>escala de fuga</i>	323
4.4.2. <i>El índice de fuga teórica</i>	324
Tabla 17: Escala de fuga aplicada a una decisión ideal	324
Tabla 18. Aplicación de la Escala de Fuga al Caso La Gabarra	326
Tabla 19. Aplicación de la Escala de Fuga al Caso Alto Naya	328
Tabla 20. Aplicación de la Escala de Fuga al Caso Filogringo	330
Tabla 21. Aplicación de la Escala de Fuga al Caso Bellacruz	332
Tabla 22: Índice de fuga teórica de los ejemplares	334
4.2.3. <i>A manera de conclusión</i>	335
5. CONCLUSIONES	336
5.1. <i>¿Cuáles son los elementos del paradigma tradicional de la REPE, que ha orientado la práctica jurisprudencial del Consejo de Estado?</i>	336
5.2. <i>¿Cuáles han sido las principales respuestas teóricas ofrecidas al problema del DEFO, surgidas después de la declaratoria del ECI en 2004?</i>	338
5.3. <i>¿Cuál fue el impacto de las principales respuestas teóricas, identificadas con el estudio del DEFO, sobre el paradigma de la REPE que orientó al Consejo de Estado a la hora de definir la responsabilidad de las autoridades públicas por el desplazamiento forzado de ciudadanos colombianos, después de la declaratoria del ECI?</i>	339
5.4. <i>¿Tuvimos al fin un cambio de paradigma o no?</i>	339
BILBLIOGRAFÍA	347

INTRODUCCIÓN

La puerta de entrada a este trabajo es un relato de la aventura mental que tuvimos que experimentar para llegar a las conclusiones que aparecen al final. Para facilitar su lectura nos permitimos señalar cuatro etapas. Una inicial, en la que explicaremos y presentaremos la pregunta de investigación que nos inspiró. En la segunda presentaremos el marco teórico inicial que nutrió la propuesta. La tercera estará dedicada a plantear las herramientas que nos llevaron a dar algunas respuestas. Finalmente, nos atrevimos a confeccionar una metáfora, que servirá como mapa de los principales argumentos que encontrará el lector en posteriores capítulos.

1. Explicación y presentación de la pregunta de partida

Nuestros problemas más graves son nuestra marca más grande como colombianos: conflicto armado, pobreza, narcotráfico... A veces se convierten en rótulos incómodos que quisiéramos romper para siempre. Sin embargo, estas dificultades también son motores para nuestra imaginación, pues han suscitado soluciones que se proyectan al mundo como originales.

Un ejemplo de esta curiosidad es el desplazamiento forzado (DEFO). Un flagelo que nos sumerge en tenebrosas estadísticas permitió desarrollar una de las medidas más innovadoras del derecho constitucional: el estado de cosas inconstitucional (ECI), declarado en la sentencia T-025 de 2004 (M.P.: Manuel José Cepeda). Ante una crisis tan grave de los derechos humanos, la Corte Constitucional decidió romper su propio esquema y asumir roles que sus creadores nunca imaginaron: en el marco de las reclamaciones por vía de tutela, profirió órdenes generales destinadas a ajustar el proceso de política pública;

además, se dio a la tarea de continuar un proceso de verificación posterior de su cumplimiento a través de autos y audiencias¹.

La problemática del desplazamiento y la consecuente declaración del ECI pusieron en jaque a la institucionalidad colombiana y a los teóricos. Por una parte, obligó a las autoridades a traer a las víctimas al primer lugar de la agenda de políticas públicas. Cuando la Corte Constitucional declaró el ECI generó nuevos procesos institucionales que acentuaron el compromiso del Estado con las víctimas. Por otra parte, inspiró nuevos cuestionamientos para los teóricos. A partir de la sentencia T-025 de 2004 se lanzaron en busca de soluciones².

A pesar de los impactos del ECI todavía quedan muchas asignaturas pendientes. La reparación es una de ellas. Se concibió como parte de la carta de los derechos de la población en situación de desplazamiento –PSD– (T-025/04, Fundamento 10.1.) y fue objeto de ajustes de política pública durante el proceso de seguimiento.

En el Auto 008 de 2009, la Corte evidenció que las autoridades habían hecho esfuerzos incipientes para garantizar los derechos a la justicia, verdad y reparación de la PSD³. Para corregir los defectos de la política pública en esta materia, se impuso la orden de formular e implementar una que tuviera enfoque de derechos humanos. La orden no fue

¹ La metáfora futbolística resulta más eficaz: la Corte Constitucional tenía asignado el rol de defender el arco (evitar los goles), pero ante la inactividad de los delanteros tuvo que convertirse en la “goleadora” del equipo. Se ideó como guardiana de la Constitución y sus derechos pero debió asumir el rol de impulsora de políticas públicas. López, Daniel. Bateman, Alfredo. Vengoechea, Juliana. López, Juanita. *La garantía de los derechos sociales*, Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 129-141.

² Para el profesor César Rodríguez, la declaratoria del ECI en materia de DEFO y el posterior seguimiento de la sentencia generaron varios efectos. Dentro de los más positivos, el de “desbloqueo institucional” y el “creador”. Con el primero se refiere al impulso que dio la Corte al aparato estatal para que activara sus recursos humanos y económicos en beneficio de las víctimas. Con el segundo, al giro simbólico que tuvo la sociedad al concebir a la población en situación de desplazamiento (PSD) como centro del debate académico y político. Rodríguez, César. Rodríguez, Diana. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2010, pp. 92-126; 128-141.

³La Corte pudo constatar que en materia de reparación subsistían grandes obstáculos procedimentales e institucionales sin una solución a la vista. Los decretos de indemnización administrativa, por ejemplo, se diseñaron sin la participación de las víctimas, sin tener en cuenta las dimensiones reales del daño, excluyendo a quienes fueron perjudicados por agentes del Estado, bajo la confusión de los conceptos de reparación y política pública social. Corte Constitucional, Auto 008 de 2009, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa (Fundamentos 96- 107).

plenamente cumplida. En el Auto 219 de 2011 la Corte encontró que las acciones emprendidas por las autoridades fueron insuficientes para reparar a las víctimas⁴.

La declaratoria del ECI no ha sido suficiente para desempantanar los procesos de reparación de víctimas del DEFO. La sentencia y sus autos de seguimiento no siempre han generado niveles de compromiso institucional para garantizar este derecho. Por eso pensamos en la responsabilidad patrimonial del Estado (REPE) como una alternativa de reparación con mayores alcances. Se trata de un instrumento que puede generar mayor compromiso de las autoridades, porque implica una evaluación concreta de la conducta estatal.

En este ámbito, para que un juez contencioso ordene la reparación de un perjuicio debe evaluar si éste se originó o no en una actuación oficial. Dicho examen es necesario para saber si el origen del daño compromete o no al Estado, incluso si piensa en regímenes objetivos de responsabilidad. No en vano el artículo 90 de la Constitución impone la obligación de reparar los daños antijurídicos, pero solo aquellos que resulten atribuibles a las acciones u omisiones de las autoridades. De lo contrario, cualquier perjuicio antijurídico de los ciudadanos implicaría una obligación de reparación inmediata⁵.

Una sentencia condenatoria en términos de responsabilidad patrimonial envuelve órdenes concretas de reparación, con términos perentorios de cumplimiento. A diferencia de las órdenes generales que surgen del ECI, las del juez contencioso pueden representar compromisos inmediatos frente a víctimas concretas. Fue por eso que concentramos nuestro esfuerzo en este campo. Sin embargo, el contexto en el que pueden llegar dichas soluciones es complejo: se trata de un fenómeno arraigado en nuestra historia y de una

⁴ La Corte encontró que a pesar de la formulación de indicadores y del nuevo diseño institucional que proyecta la ley 1448 de 2011, no se evidenciaron avances reales en los procesos de investigación, juzgamiento y sanción de los responsable del DEFO, ni de reparación integral a las víctimas. Corte Constitucional, Auto 219 de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas (Fundamentos 125- 157).

⁵ **Constitución. Artículo 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

medida judicial atípica. Las respuestas institucionales y teóricas inspiradas con la declaratoria del ECI tal vez podrían impactar áreas como la REPE.

Nos invadió una poderosa curiosidad por saber cuál había sido el impacto de estas respuestas sobre la estructura de conceptos de la REPE. Si bien ninguna orden de la Corte Constitucional se orientó a regular el papel del juez contencioso, algunos autos señalaron la necesidad de reconocer la reparación integral como un derecho fundamental de las víctimas del DEFO. La academia, como lo veremos en el capítulo tercero, marcó algunas pautas para lograr tal cometido. En ese punto, quisimos averiguar si las demás categorías propias de la REPE, daño e imputación, sufrieron alguna alteración en aquellos casos de responsabilidad definidos por el Consejo de Estado ante eventos de desplazamiento.

Nos concentramos en las propuestas de los teóricos y no tanto en las soluciones brindadas por la Corte, porque encontramos que éstas últimas se orientaron a corregir la política pública de prevención y atención al DEFO. El juez contencioso no es un destinatario directo de las órdenes del constitucional, pero no es descabellado pensar que el primero pudo haber hecho eco de las respuestas de los académicos inspiradas en el ECI.

Con esa idea entre manos, emprendimos una búsqueda de la estructura de conceptos de la REPE. No podíamos lanzarnos a buscar los cambios en este campo sin tener un panorama de las categorías que lo identifican. Sin embargo, nos encontramos ante una dificultad de orden epistemológico: los conceptos, a diferencia de las meras definiciones, están condicionados por el contexto en que nacen. Por ello tuvimos que buscar una herramienta metodológica que nos permitiera estudiar la estructura de la REPE de la manera más ordenada y completa posible. Fue así como llegamos a la *teoría de las revoluciones científicas (TRC)*.

La TRC fue la propuesta del profesor Thomas Kuhn para explicar la forma en que cambian nuestras explicaciones sobre la realidad. Kuhn asumió que entendemos y transformamos el mundo a partir de *paradigmas* y que algunas veces dicha realidad nos lleva a cambiarlos. Sobre el concepto de *paradigma*, Kuhn señaló que se trata de un conjunto de conceptos, creencias y valores compartidos por una comunidad científica en

un momento determinado. Además, indicó que dicho conjunto puede transformarse cuando no es suficiente para explicar algunos fenómenos. En su trabajo, *Estructura de las revoluciones científicas*, delineó ese proceso de cambio y lo evidenció en algunos ejemplos de las ciencias empíricas⁶.

Encontramos dos razones para usar la TRC como herramienta para emprender la búsqueda que nos propusimos: la primera es que el concepto de paradigma no es ajeno a la REPE. La segunda, aunque todavía no tenemos la última palabra acerca de la condición científica del derecho, pensamos que es un campo que puede ser estudiado bajo la óptica de las revoluciones científicas.

En primer lugar, la REPE tiene una textura que permite aplicar el concepto de paradigma, esencial en la TRC. Cuando Kuhn afirma que un paradigma está integrado por conceptos, creencias y valores, que dicho conjunto puede evidenciarse en aplicaciones prácticas (ejemplares), no podemos evitar pensar en la REPE como un campo con similares características⁷. Los jueces contencioso administrativos, principales encargados de administrarlo, dilucidan la responsabilidad estatal en casos concretos a partir de un grupo de categorías estrechamente vinculadas a creencias y valores.

En segundo lugar, aunque Kuhn evidenció la TRC en campos como la biología o la física, nunca advirtió que no se pudiera hacer lo mismo con otros menos experimentales como el derecho. En otras palabras, asumimos la aventura de tomar prestada la metodología porque describe un conjunto de pasos, en ningún momento impone una serie de contenidos. Como podremos apreciarlo en el marco teórico, el derecho es tan maleable que se puede leer en clave de paradigmas y revoluciones “científicas”, aun cuando para muchos no se trate de una ciencia⁸.

⁶ Kuhn, Thomas Samuel. *La estructura de las revoluciones científicas*; trad. de Carlos Solís Santos. -2 ed.- México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2004.

⁷ Lo define como aquel cuerpo común de creencias que determinan la condición científica de una serie de teorías, métodos y problemas, sobre los que se desarrolla la tarea de la ciencia: forzar a la naturaleza a entrar en una serie de *compartimentos conceptuales*. Kuhn, Thomas Samuel. *La estructura de las revoluciones científicas*; trad. de Carlos Solís Santos. -2 ed.- México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 23-56.

⁸ La condición científica del derecho fue y ha sido el centro de un debate encendido. Sus antecedentes se remontan al profesor Savigny para quien era posible pensar que estábamos ante una ciencia, porque se

Para aplicar la TRC a la estructura de la REPE, decidimos evidenciar sus etapas sobre algunas “muestras” o “ejemplares” de responsabilidad por DEFO. Se trata de algunos fallos del Consejo de Estado proferidos después de la T-025 de 2004. El período de tiempo seleccionado tiene que ver con el impacto de la declaratoria del ECI. Creemos que la sentencia de la Corte Constitucional pudo haber ejercido cambios profundos en el imaginario del juez contencioso administrativo, que difícilmente se podrían ver en decisiones anteriores.

El período de tiempo que delimitamos para la búsqueda de sentencias (2004-2010) obedece a que a partir del año 2011 la ley 1448 transformó el panorama judicial de reparación a las víctimas del conflicto. Algunas de sus normas tienen alcances sobre el papel del juez contencioso que podrían impactar su paradigma. Sin embargo, el origen de dicha alteración sería la ley y no las respuestas ofrecidas por los teóricos.

El principal ejemplo del alcance judicial de la ley de víctimas está en los dos últimos incisos del artículo 9. En el penúltimo aparece una norma que sujeta al juez a definir reparaciones en términos de sostenibilidad fiscal y frente a las víctimas que reúnan las condiciones del artículo 3. En virtud del inciso final, la sentencia judicial deberá ordenar reparaciones dentro de los límites máximos ofrecidos por la ley, para efectos de conservar su carácter transicional⁹.

contaba con una metodología propia para la construcción de conceptos: *jurisprudencia de conceptos*. Sin embargo, dicha postura fue rápidamente discutida por quienes consideraban que el derecho era algo más que un asunto de conceptos. Otras perspectivas tomaron la vocería: Ihering, para quien el derecho era una cuestión de intereses, Beseler, que aseguró que se trataba de una manifestación del espíritu del pueblo (*volkgeist*), Kantorowicz, que encontró el derecho en las dinámicas fácticas de la sociedad o Gierke, en las de los órganos colectivos. La discusión aún no termina. Hattenhauer, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 193-209. Moreso, José. Casanovas, Pompeu. *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 11-21. Rodríguez, Andrés. Uprimny, Rodrigo. *Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación*, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2008, pp. 106-112.

⁹ **Ley 1448 de 2011. Artículo 9°. Carácter de las medidas transicionales.** (...) En el marco de la justicia transicional las autoridades judiciales y administrativas competentes deberán ajustar sus actuaciones al objetivo primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable. Para estos efectos se deberá tener en cuenta la sostenibilidad fiscal, la magnitud de las consecuencias de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley, y la naturaleza de las mismas.

En los eventos en que las víctimas acudan a la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de reparación directa, al momento de tasar el monto de la reparación, la autoridad judicial deberá valorar y tener en cuenta el monto de la reparación que en favor de las víctimas se haya adoptado por el Estado, en aras de que sea contemplado el carácter transicional de las medidas que serán implementadas en virtud de la presente ley. (las subrayas son propias).

En este orden de ideas, llegamos a la siguiente pregunta:

¿La proliferación de respuestas teóricas al desplazamiento forzado, impulsada con la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en 2004, generó algún cambio del paradigma de la responsabilidad patrimonial del Estado, que orientó al Consejo de Estado al definir la responsabilidad de las autoridades por desplazamiento forzado, entre 2004 y 2010?

En aras de ampliar mejor algunos puntos de la explicación de la pregunta, presentaremos el marco teórico que nos condujo al anterior argumento.

2. Marco teórico inicial. Las piezas del rompecabezas que nos condujeron a la pregunta.

Para comprender mejor el sentido de lo que haremos comenzaremos explicando por qué se considera que la declaratoria del ECI detonó una explosión de argumentos para explicar el DEFO. Luego indicaremos los motivos que nos llevaron a pensar en la responsabilidad patrimonial del Estado (REPE) como una salida al problema. Finalmente, nos sumergiremos en la teoría de los paradigmas del profesor Kuhn. La idea es que al final del ejercicio nuestra pregunta sea un poco más clara.

2.1. La proliferación de respuestas al desplazamiento. El ECI como un impulso simbólico para responder al reto.

En esta sección mostraremos las razones que nos llevaron a pensar en el DEFO y la consecuente declaración del ECI como partes de nuestro estudio. En un recorrido muy breve, que desde ya prometemos profundizar en el segundo capítulo, veremos cómo el desplazamiento se convirtió en un reto que estimuló al juez constitucional y éste a su vez dio una respuesta con importantes alcances simbólicos. El efecto deliberativo de la sentencia T-025 se reflejó en un poderoso llamado de atención a los académicos, quienes se dieron a la tarea de entender mejor el fenómeno y proponer respuestas.

El DEFO representa un reto para la sociedad y el Estado colombianos en términos prácticos y teóricos. En los primeros, porque pone a prueba nuestra capacidad material para enfrentar una situación de violación histórica y masiva de derechos fundamentales. En los segundos, porque cuestiona todo el tiempo nuestra imaginación para dar soluciones eficaces y pertinentes.

Se han intentado respuestas en ambos sentidos. Desde el punto de vista práctico, las autoridades estatales han diseñado e implementado políticas públicas para garantizar los derechos de la población en situación de desplazamiento (PSD). Los esfuerzos más importantes se plasmaron en el papel: la ley 387 de 1998 y sus decretos reglamentarios. En dichas normas, el Estado afirmó su compromiso de prevenir el DEFO y atender a sus víctimas. Así, con el aval del derecho, emprendió la construcción de un edificio institucional denominado Sistema Nacional para la Atención Integral de la Población Desplazada (SNAIPD)¹⁰.

Desde la perspectiva teórica, han sido incontables los esfuerzos en la confección de conceptos y soluciones para ajustar las explicaciones del fenómeno y sus soluciones. En la década de los ochentas, cuando comenzó el despojo de tierra por parte de las autodefensas, el DEFO era un mito que los gobernantes nunca creyeron, pero que todo el tiempo

¹⁰ Se trata de un conjunto de órganos y entidades que tienen la misión de diseñar e implementar la política de prevención del DEFO y atención a sus víctimas. Hasta el año 2011 estuvo encabezado por el Comité Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada –CNAIPD-. Una revisión general de la extensa “biblioteca” de normas sobre desplazamiento se puede encontrar en: Pizarro, Rafael. Londoño, Beatriz (Compiladores). *Derechos humanos de la población desplazada en Colombia. Evaluación de sus mecanismos de protección*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 221 y ss. Londoño, Beatriz. Corte Constitucional y justicia social: el caso de los desplazados en Colombia. En: Molina, Carlos (Compilador). *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho*, Universidad de Medellín, Medellín, 2007, pp. 213-240.

denunciaron la comunidad internacional, la iglesia católica y algunas ONG¹¹. Gracias a los desvelos de los teóricos las autoridades llegaron a ser más sensibles al problema¹².

El inventario de respuestas prácticas ofrecidas al DEFO fue interminable pero insuficiente. Para el año 2004 la Corte Constitucional lo evidenció en la sentencia T-025, al denunciar la masiva violación de derechos de la PSD¹³. Consideró que se debía a dos razones: la descoordinación institucional que tenían que soportar para acceder a los beneficios de la ley 387 y la falta de recursos económicos destinados a atenderla¹⁴.

La principal respuesta al reto teórico la dio la Corte Constitucional cuando declaró del *estado de cosas inconstitucional* (ECI). Con este nombre identificó aquella circunstancia de violación masiva, prolongada y reiterada de derechos fundamentales, que tenía lugar por fallas estructurales en el proceso de política pública y no eran atribuibles a una sola autoridad.

¹¹ Las estadísticas del gobierno nacional no tienen registros numéricos del impacto del desplazamiento en la década de los ochentas. Sin embargo, Codhes reportó durante los últimos cinco años (1985-1990) 423.000 casos de expulsión: 27.000 en 1985, 36.000 en 1986, 59.000 en 1987, 119.000 en 1989 y 77.000 en 1990. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES-, *Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisibilizada* CODHES INFORMA. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 79 - Bogotá, Quito, Marzo de 2012, Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/CODHES_Informa_79_Desplazamiento_creciente_y_crisis_humanitaria_invisibilizada_Marzo_2012.pdf?view=1. Visita del 14 de febrero de 2013.

¹² Sólo hasta 1995 el gobierno nacional fue sensible a la problemática cuando redactó el documento Conpes 2804. En este documento se plasmaron los hallazgos de la Consulta Permanente sobre Desplazamiento Interno en las Américas –CPDIA y del Representante del Secretario de Naciones Unidas para los Desplazados Internos, Francis Deng. Vidal, Roberto. *Derecho global y desplazamiento interno. Creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el Derecho contemporáneo*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 169-175.

¹³ La Corte pudo evidenciar que las acciones para implementar la política pública de atención a la PSD no contaron con la suficiente cobertura, ni con la satisfacción de sus beneficiarios. El número de tutelas lo reflejaba con claridad: para 2004, sólo el 43% de los hogares inscritos en el Registro Único de Población Desplazada por la Violencia (RUPD) contaba con asistencia humanitaria, 19,5 % con apoyo para emprender proyectos de generación de ingresos, los planes de vivienda para PSD apenas se habían cumplido en un 11,4% (Sentencia T-025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda. Fundamento 6.1.).

¹⁴ Por una parte la cantidad de recursos destinada para financiar la atención de la PSD fue insuficiente: mientras que en el año 2002 se destinaron 103.491 millones de pesos, en el 2003 el dígito se redujo a 70.783 millones (Fundamento 6.3.2.). Por otra parte, la incapacidad institucional se reflejó en fallas en el diseño (planes sin indicadores ni metas, asignación difusa de responsabilidades), implementación (aplicación de herramientas insuficientes en términos de tiempo y cobertura), seguimiento y evaluación de la política pública (subregistro de PSD y sistemas de información incompletos) (Fundamento 6.3.1.).

La Corte consideró que existían varias señales que indicaban que esta serie de hechos era inconstitucional: violación de varios derechos fundamentales de un gran número de ciudadanos, excesivo uso de la acción de tutela para reclamar su protección, omisión de varias autoridades en todo el territorio nacional al adoptar soluciones, falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas (Fundamento 7).

El juez decidió intervenir activamente a través de autos de seguimiento a sus órdenes. Con ellas dio mayor visibilidad del problema y logró “desbloquear” algunos cuellos de botella institucionales que impedían el goce de derechos fundamentales de la PSD¹⁵. La sentencia T-025 de 2004 permitió reactivar algunos procesos institucionales importantes, que llevaron a las autoridades a comprometer esfuerzos en el diseño e implementación de la política pública o a intensificar los que ya se venían haciendo¹⁶.

Sin embargo, el tiempo demostró que la declaratoria del ECI no garantizaba una solución definitiva al problema. Buena parte de la PSD se encuentra todavía encadenada a trampas de pobreza que perpetúan la violación de sus derechos fundamentales. Los autos de seguimiento de la Corte Constitucional no han logrado imprimir un cambio definitivo en este sentido.

Por una parte, para el año 2010, los indicadores de goce efectivo de derechos de la PSD no mejoraron mucho. Apenas un 23,7% de los hogares en desplazamiento superó la línea de indigencia y un 2,9% la de pobreza. El 65% de la población presentó problemas de insuficiencia alimentaria. El 83,3% se encontraba afiliado al sistema de salud (78% al régimen subsidiado) y un 86% de los menores acudían a la escuela sin ningún tipo de ayuda para alimentación o útiles escolares. El 90% de los hogares no contaba con una vivienda adecuada. Solo un 17% de la PSD que trabajan como asalariada contaba con un

¹⁵ Rodríguez, César. Rodríguez, Diana. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2010, p. 128-141.

¹⁶ La Corte presionó a las autoridades nacionales para que hicieran ejercicios de proyección y esfuerzo presupuestal. El resultado fue un aumento significativo del flujo de recursos para la ejecución de la política pública: de 543.109 millones de pesos entre los años 1999 a 2002, a 2,0 billones entre 2002-2006, y 5,3 billones para los años 2007 a 2010. SNAIPD. *Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004*. 1 de julio de 2010. Recuperado el 20 de febrero de 2011, de [www.acnur.org: http://www.acnur.org/pais/docs/2813.pdf?view=1](http://www.acnur.org/pais/docs/2813.pdf?view=1)

ingreso igual o superior al salario mínimo (de los trabajadores independientes apenas un 4,8%)¹⁷.

Por otra parte, después de establecer niveles de cumplimiento –Auto 185 de 2004-, y de verificar la insuficiencia de las medidas adoptadas por las autoridades en los diferentes frentes de la política –Autos 176, 178 de 2005, 218 de 2006- la Corte procedió a la adopción de una batería de indicadores –Auto 109 de 2007- cuyo funcionamiento no resolvió definitivamente el problema.

A juicio de la Corte, el gobierno nacional se encuentra en mora de brindar soluciones duraderas a problemas como: el goce efectivo y sostenible de derechos, corrección de fallas estructurales en materia de disponibilidad de recursos y capacidad institucional, introducción de un enfoque diferencial en el proceso de formulación e implementación, falta de participación de la comunidad desplazada en la adopción de las decisiones estatales y contribución suficiente de las entidades territoriales¹⁸

La mirada rápida de los resultados de la política pública después del ECI es desalentadora. Ni siquiera con una sentencia excepcional se ha logrado erradicar el problema. Pero una lectura más pausada de sus efectos podría darnos nuevas luces. Desde el primer punto de vista, la T-025 sería un fracaso más en la lista de intentos. Pero desde el segundo, sería un triunfo de la democracia deliberativa¹⁹.

¹⁷ Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. Proceso Nacional de Verificación. *Tercer informe de verificación sobre el cumplimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento*, CODHES, Bogotá, diciembre de 2010. Disponible en internet en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52. Visitada el tres (3) de enero de 2011.

¹⁸ Corte Constitucional, Auto 008 de 2009. En el mismo sentido: Dueñas, Oscar. *Desplazamiento interno forzado: un estado de cosas inconstitucional que se agudiza. Efectos de la sentencia T – 025 de 2004 de la Corte Constitucional*. Universidad del Rosario. Colección textos de jurisprudencia, Bogotá, 2009.

¹⁹ La primera postura ha sido rotulada como *neorrealista* y la segunda como *constructivista*. Desde el neorrealismo, el derecho se percibe como un conjunto de normas que alteran y controlan el comportamiento de los actores sociales. Su eficacia se mide entonces en resultados tangibles directos (cuantitativos). La sentencia del juez será eficaz en la medida que sus órdenes presenten este tipo de efectos. Desde el *constructivismo*, el derecho es algo más que un puñado de normas que alteran conductas. Se trata también de ese grupo de conductas que alteran las normas. Su eficacia, por tanto, se mide en resultados simbólicos, directos o indirectos. En este orden, el fallo judicial será eficaz si causa algún impacto en el discurso cotidiano de la sociedad. Rodríguez, César. Rodríguez, Diana. *Cortes y cambio social...*, pp. 41-43. Para ampliar la perspectiva constructivista del derecho: García Villegas, Mauricio. *Justicia, mercado y democracia: un*

Cuando el juez constitucional decidió ampliar el efecto tradicional de sus fallos de tutela, vio la necesidad de proferir órdenes generales y de hacerle seguimiento a su cumplimiento. En este proceso abrió un espacio para el diálogo entre instituciones, víctimas y académicos. El efecto del fallo fue doble: por un lado, puso de moda el tema del DEFO en las agendas de política pública. Por el otro, dio audiencia a otras voces en la sociedad civil con fortalezas jurídicas para enriquecer el debate y la búsqueda de soluciones²⁰.

El llamado *efecto deliberativo* de la T-025 tiene también su escala de grises. El poner a dialogar a la sociedad con sus autoridades (*activismo dialógico*) tuvo la ventaja de transformar nuestra idea del desplazamiento y de sus víctimas²¹. Además, permitió mejorar nuestras explicaciones del fenómeno. Sin embargo, los protagonistas de la discusión han elevado el debate a niveles tan especializados que a veces deja de ser claro para la PSD²².

En últimas, el ECI por desplazamiento dejó marcas simbólicas que se tradujeron en el cambio del panorama conceptual frente al problema. A partir de la sentencia han florecido nuevas explicaciones y conceptos que todavía enriquecen el debate y nos permiten contestar mejor al reto teórico. Aunque el reto del DEFO aún no se ha resuelto, el intento de la Corte Constitucional nos estimuló la imaginación.

examen crítico de las teorías económicas sobre el (in) cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia. En: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, editorial Norma, Bogotá, 2006., pp. 49-101. Barreto, Antonio. *Venturas y desventuras de la regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2011., p. 27.

²⁰ Rodríguez, César y Rodríguez, Diana. *Cortes y cambio social...*, pp. 172- 188.

²¹ Algunos excluyen del modelo “dialógico” el papel de la Corte Constitucional. Consideran que en el contexto colombiano es imposible “dialogar” porque no existen “dos” partes: el Congreso cedió su poder normativo al Ejecutivo. López, Daniel. Bateman, Alfredo. Vengoechea, Juliana. López, Juanita. *La garantía de los derechos sociales*, Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 131-134.

²² “A pesar de que el caso (...) ha ampliado los espacios de participación para esta población [desplazada] (...) ellos han tendido a ser subutilizados. Ante esta situación, la voz de la sociedad civil que más influencia ha tenido en el proceso ha sido la de las organizaciones académicas y de derechos humanos que tienen conocimiento especializado del lenguaje teórico, jurídico y económico que ha pasado a dominar el caso”. *Ibidem...*, p. 188.

Ahora quisiéramos saber qué tan sensible fue el juez administrativo a dicha explosión teórica. Pasamos a mostrar las razones de la inquietud.

2.2. Responsabilidad patrimonial del Estado. Una institución para generar mayores compromisos al reparar

En esta sección intentaremos explicar las razones teóricas que nos llevaron a integrar la REPE en nuestro objeto de estudio. Comenzaremos por ubicar la institución en el contexto del conflicto armado y la necesidad de reparar a sus víctimas. Luego, indicaremos las razones por las que nos convencimos de estudiar la REPE. Para alcanzar la reparación existen otros mecanismos, además de la REPE, como la responsabilidad internacional del Estado (RIE) y los programas administrativos. Sin embargo, estos últimos pueden tener cortos alcances a la hora de garantizar los derechos de la PSD en condiciones de alto compromiso institucional.

Este corto camino, al que volveremos en el capítulo tercero, nos permitirá entender que la REPE es un mecanismo apropiado para reparar a la PSD, pues sus alcances teóricos y prácticos pueden ser más amplios que los de la RIE y las reparaciones administrativas. La REPE puede acentuar el compromiso de las autoridades con las víctimas y cambiar la imagen de la reparación, para que no se quede como una muestra de solidaridad sujeta a la disponibilidad de recursos.

2.2.1. Reparar a las víctimas es una necesidad en medio del conflicto

El conflicto armado que heredamos ha puesto en tela de juicio la soberanía del Estado. El país cuenta con un extenso territorio en el que circulan “leyes” de toda índole. Resulta ingenuo pensar que las únicas que se acatan son las expedidas por el Congreso²³. Muchos habitantes deben vivir en medio de esta competencia de soberanías, al margen de

²³ Pizarro, Eduardo. *Elementos para una sociología de la guerrilla colombiana*. En: *Guerra en Colombia: Actores Armados*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales –IEPRI-. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004., pp. 29-75.

lo que se escriba en las normas. Sus derechos son virtuales y su lugar en la sociedad es marginal²⁴.

La prolongada confrontación armada deja a muchas personas por fuera del juego social. Quienes se desplazan huyen del brazo de la muerte para sobrevivir con sus estómagos y bolsillos vacíos. Cualquier preocupación por asuntos públicos resulta secundaria al lado del hambre y la miseria que deben afrontar. Su cotidianidad los aísla del Estado.

El problema no es que quienes se desplazan vivan al margen del Estado, sino que éste no haga algo por romper el aislamiento. La PSD desconfía de las instituciones porque siente que no hicieron nada para evitar su tragedia. Si a ello le sumamos la indiferencia de las autoridades, tenemos los ingredientes necesarios para “sembrar” una casta de “parias”²⁵. Existen razones ético-jurídicas, económicas y hasta políticas suficientes para pensar en ellos.

Por un lado, dentro de las razones éticas y jurídicas tenemos que quienes soportan dicho flagelo lo hacen en condiciones infrahumanas. El éxodo pisotea su dignidad. Sería incoherente construir normas y políticas públicas ignorando esta circunstancia y el mandato constitucional de velar por la protección y garantía de la dignidad humana²⁶.

²⁴ La profesora María Teresa Uribe describe dicha circunstancia de marginación como *condición de liminalidad*: “(...) esto quiere decir que viven en los márgenes, en los bordes de los órdenes colectivos, que carecen de ‘Estado, de Ley y de Patria’ (...) aunque por razones distintas a las aducidas por Hannah Arendt para definir a los apátridas (...), o porque sobre sus vidas gravitan varios órdenes en permanente disputa y enfrentamiento, lo que les dificulta la posesión de un sentido de orden colectivo y unificado, induciéndolos a la desconfianza como recurso de supervivencia; porque sienten que los motivos del conflicto que los afecta no tienen que ver, en principio, con lo que son, lo que hacen o lo que piensan y porque nadie parece tener que responsabilizarse por su situación y quedan a la deriva y al albur de los acontecimientos del conflicto armado”. Uribe, María Teresa y otros. *Desplazamiento Forzado en Antioquia 1985 - 1998* – Volumen 0: aproximaciones teóricas. Bogotá, Secretariado Seccional de Pastoral Social Sección de Movilidad - Universidad de Antioquia, 2001, p. 83.

²⁵ Restrepo, Esteban. ¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia. En: *Más allá del Desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* – César Rodríguez (coordinador), Ediciones Uniandes – ACNUR - ASDI, Bogotá, 2009, pp. 293 – 430.

²⁶ ¿Acaso “los menos” pierden la condición humana por no contar con el acceso a la propiedad? El derecho y su aplicación deben ser coherentes con los fines que una sociedad considera fundamentales. Zabalza, Joaquín. *El derecho objetivo del 25%*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1991.

Por otro lado, la principal razón económica para preocuparnos por los “parias” es que su pobreza puede arrastrar al abismo al resto de la sociedad. Si un sector de la población no cuenta con mecanismos de acceso al mercado laboral ni de bienes y servicios, será altamente dependiente de la ayuda estatal. Además, los mercados internos serán más reducidos. En últimas, el desarrollo económico de un país se puede frenar de manera permanente²⁷.

La razón política que nos obliga a fijar la mirada en los “parias” es que de no hacerlo estaríamos cultivando conflictos futuros. Al ignorar a las víctimas se fortalece su sentimiento de desconfianza hacia el Estado, principal insumo para motivar el surgimiento de movimientos armados al margen de la ley²⁸.

Las razones esbozadas revelan que es necesario preocuparse por las víctimas del DEFO. El Estado y la sociedad tienen una deuda pendiente con ellas: acogerlas como seres humanos capaces de definir sus vidas y las de sus comunidades. Deben integrarlas en un gesto de amistad y reconocimiento. Esto se puede lograr en tres momentos: reparando los daños que soportaron y soportan (pasado-presente), asistiendo sus necesidades (presente) y previniendo nuevos desplazamientos (futuro).

Nos concentraremos en la primera opción: la reparación de las víctimas del DEFO, porque consideramos que es uno de los campos que ofrece más dificultades prácticas y teóricas. Trataremos de presentarlas a continuación.

2.2.2. La responsabilidad patrimonial del Estado puede vencer las barreras de otros caminos de reparación

²⁷ Ibáñez, Ana María. *El desplazamiento forzoso en Colombia. Un camino sin retorno hacia la pobreza*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2009, pp. 91-133.

²⁸ Colombia es un ejemplo del constante florecimiento de grupos armados que buscan corregir injusticias estructurales. Elster, Jon. Land, Justice and Peace. In: *Distributive Justice in Transitions*. Morten Breggsmo, César Rodríguez, Pablo Kalmanovitz and María Paula Saffón (editors), Torkel Opsahl Academic E Publisher and Peace Research Institute Oslo, Oslo, 2010, pp. 12-23.

A la reparación de la PSD se puede llegar por tres caminos. Uno de ellos, sería el de la responsabilidad internacional del Estado (RIE) a cargo de un juez internacional. El otro, el de las reparaciones administrativas, implementadas por mandato legal o reglamentario. El último, sería la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado (REPE), plasmado en sentencias de jueces contencioso administrativos.

Para encontrar nuestra pregunta de investigación prescindimos del camino de la RIE porque consideramos que se trata de un sendero provisional o subsidiario. Solo se cruza cuando los dos primeros están cerrados. Por ejemplo, la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sólo es eficaz cuando los mecanismos internos de protección de derechos no se han podido agotar o ya se agotaron.

El artículo 2 del Estatuto de la Corte IDH reconoce que la función jurisdiccional de dicho tribunal se regirá por lo establecido en los artículos 61 a 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En estas normas se restringe su competencia al cumplimiento del procedimiento señalado en los artículos 48 a 51 de la misma Convención. Uno de tales requerimientos es que se trate de casos sometidos a su consideración por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión sólo puede remitirlos cuando se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna, o no se hubiera hecho uso de éstos por inexistencia del mecanismo, constreñimiento del afectado o retardo en la decisión judicial²⁹.

²⁹ **Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 46.** 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. (las subrayas son propias).

De manera que nos concentraremos en los caminos de las reparaciones administrativas y de la REPE. Presentaremos las bondades y los riesgos del primer camino. Así podremos explicar mejor nuestra decisión de investigar en el segundo.

Las reparaciones administrativas son la muestra más visible de un proceso de cambios en el campo de la responsabilidad, que tuvo que ver con la incursión del principio de solidaridad en el derecho: la socialización de daños. A comienzos de siglo XX, los avances tecnológicos hicieron más frecuentes algunos daños que lastimaron a los ciudadanos sin un culpable a la vista. Bajo el canon civilista tradicional, heredero del individualismo y del liberalismo, las víctimas tendrían que soportarlos pues no podrían atribuirse a la culpa de nadie. No obstante, este tipo de perjuicios generaron una sensación de injusticia que trató de corregirse otorgando algunos remedios provenientes de sistemas de aseguramiento. Para amortiguar su impacto desequilibrante la sociedad asumió la carga de reparar tales contingencias de origen anónimo³⁰.

El fenómeno de la socialización de daños implica que ciertos riesgos (probabilidades de daños que acarrea la cotidianidad) no deben quedar a cargo de los individuos, sino de la sociedad. Si llegare a materializarse algún perjuicio, se justifica que esta última asuma la reparación a través de fondos públicos sin tener que designar a un individuo responsable. Al socializar el riesgo, ocurre lo mismo con los daños y la reparación. En otras palabras, se trata de ayudar a la víctima compartiendo la carga de su lesión³¹.

³⁰ La solución se inspiró en la idea de solidaridad que transmitió León Duguit: la sociedad debía ser vista como una cooperativa en donde se divide el trabajo y todos se aprovechan de tal reparto. Por eso, todos debemos ayudar a quien sufre un daño cuando “la cooperativa” toma provecho de ello. Era injusto dejar sola a la “víctima de la suerte”. Garrido, Lidia. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad colectiva, En *Universitas*, Bogotá, No. 118, 61-80, enero-junio de 2009. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n118/n118a03.pdf>, Visita del 1 de sept de 2013.

³¹ Todavía se debate si este fenómeno es una institución propia de la responsabilidad civil o si hace parte de otro campo independiente como la seguridad social. En el primer sentido: De Ángel, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995. En el segundo sentido: Pantaleón, Fernando. Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas). En: De Ángel, Ricardo & Yzquierdo, Mariano (coord.). *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto Gómez Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp.190-216.

Dicha estrategia ofrece algunas ventajas en contextos de violaciones masivas de derechos como el nuestro. Los remedios al daño llegan a través de órdenes legales o administrativas que otorgan algunos beneficios sin necesidad de verificar la identidad de quienes causaron los daños.

Para el caso del DEFO, en principio, se muestran apropiadas. Entre otras razones, porque permiten reparar en contextos en los que no es posible identificar la plena magnitud del daño y sus responsables. Por lo mismo, implica menores cargas probatorias para las víctimas. Además, ofrece mayor cobertura y la entrega de paquetes uniformes de reparación facilita un manejo más eficiente de los recursos. A todo lo anterior debe sumarse que los remedios pueden llegar más pronto y ser más oportunos que los ofrecidos después de un largo proceso judicial³².

Sin embargo, existen algunos “peros” teóricos frente a la socialización de daños. La ambigüedad del discurso jurídico contemporáneo ha desenmascarado sus desventajas. Como lo advirtió el profesor Carlos Ghersi, mientras que por un lado se pregonan las ventajas de los sistemas masivos de reparación, por el otro se pueden reducir y condicionar sus contenidos. La socialización de riesgos, daños y su reparación, puede terminar en un traslado de estas cargas a los ciudadanos por dos razones: el debilitamiento del compromiso con la prevención del daño y la reducción de recursos disponibles³³.

En el primer sentido, la tendencia a socializar puede pervertirse al punto de desdibujar la responsabilidad de quienes causan directamente el daño. Cuando la sociedad asume la garantía de reparar los efectos de la conducta de otro, es probable que éste último

³² Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC. Respuesta al Oficio UPT-A-460/2010. Corte Constitucional. Accionantes: Saín Aguilar. Accionados: Acción Social, Bogotá, 2010. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&litigio=36, visita del trece (13) de diciembre de 2011, pp. 2-14.

³³ La socialización de riesgos, daños y reparación, se puede convertir en una “desocialización de los derechos”. Ghersi, Carlos. *Teoría general de la reparación de daños. Análisis epistemológico del daño económico y extraeconómico. Relación de causalidad y factores de atribución. Violación de confianza. Tercerización. Abuso de marca. Incumplimiento de tratados internacionales. Apéndice jurisprudencial*, Bogotá, Astrea-Universidad del Rosario, 2013, pp. 1-54. Ghersi, Carlos. *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1995, pp. 7-85.

ya no sienta la necesidad de controlarla, pues confía en que su culpa siempre será cubierta por un garante. Al garantizar la reparación sin una revisión de su conducta se deja de aleccionar al agente del perjuicio para que prevenga otros en el futuro. En otras palabras, el garante (la sociedad) puede hacer más irresponsable al responsable³⁴.

En el segundo sentido, la socialización puede acarrear, paradójicamente, un traslado de riesgos y daños a las víctimas. Asumir el costo de un daño cuyo origen es anónimo implica contar con los recursos económicos suficientes. Ello implica un manejo eficiente de los que se tienen. Bajo esa preocupación, la eficiencia del sistema puede ser más importante que su eficacia, lo que marcaría una tendencia a reducir costos, no tanto a mantener un margen elevado de reparaciones. En este orden, ante la escasez de recursos, las víctimas no tendrían más remedio que soportar aquellas porciones del perjuicio que no logren ser cubiertas³⁵.

Inspirados en estos “peros” teóricos, en el caso concreto de la reparación a las víctimas del DEFO por la vía administrativa, podríamos pensar que al no hacer mucho énfasis en la identificación de los responsables, se podrían abrir puertas hacia dos circunstancias indeseables. Una de ellas es la falta de compromiso en la búsqueda de la verdad y la justicia para las víctimas. La otra es la falta de compromiso de las autoridades en la búsqueda de recursos para financiar la reparación. Veamos.

En primer lugar, al conceder reparaciones administrativas podría debilitarse el compromiso con otros derechos de las víctimas como la verdad y la justicia. Como ya se pagaron los platos rotos no sería tan urgente saber quién los rompió. En este sentido, la reparación podría convertirse en una “moneda” puesta sobre los labios de los perjudicados para silenciar la tragedia y ocultar a sus autores³⁶.

³⁴ De Ángel, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 75-85. Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 66-72.

³⁵ Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona...*, p. 69. Ghersi, Carlos. *Teoría general de la reparación de daños...*, pp. 46-47. Ghersi, Carlos. *Modernos conceptos de responsabilidad civil...*, pp. 7-85.

³⁶ Para Diane Orentlicher, las reparaciones sin un reconocimiento de responsabilidad pueden ser el precio que paga el Estado por la impunidad de los victimarios. Comisión de Derechos Humanos. *Informe de Diane*

En segundo lugar, las reparaciones administrativas pueden ser otorgadas sin necesidad de asumir responsabilidad frente al daño. Es decir, pueden concederse como un gesto de solidaridad pero no de responsabilidad. Resulta en principio lógico: ¿por qué no podría el Estado pagar los platos que otro rompió? Sin embargo, el hecho de pagarlos no implicaría que fuera el autor del desastre³⁷. Al entender la reparación como una muestra de generosidad del Estado hacia las víctimas y no como una obligación, es más fácil justificar que dicho favor depende de la disponibilidad de recursos: si son escasos, no hay forma de otorgarlo.

Estos riesgos parecen frutos de la imaginación apresurada de quien escribe estas líneas. Sin embargo, se trata de circunstancias reales que las víctimas han soportado con los programas de reparación administrativa.

En cuanto a la falta de compromiso con los derechos a la verdad y la justicia, tuvimos una amarga experiencia con la ley 975 de 2005. La norma intentó dar forma jurídica al proceso de desmovilización de grupos paramilitares. En su artículo 6 se indicaron como derechos de las víctimas la verdad, la justicia y la reparación. En el artículo 8 se enlistaron

Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Documento E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005, Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>, Visita del 5 de marzo de 2013.

³⁷ Se trata de una posibilidad que contraría normas internacionales. Toda reparación se entrega bajo el entendido de que el Estado es responsable de proteger los derechos de sus ciudadanos, aún en aquellos eventos en los que el daño haya sido el resultado de la conducta de un tercero. Organización de las Naciones Unidas –ONU–, Asamblea General, *Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, **21 de marzo de 2006. Disponible en: http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/downloads/2012/03/Principios_y_directrices_basicos_sobre_reparacion.pdf** Visita del 5 de febrero de 2013.

IX. Reparación de los daños sufridos. 15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima. (Las subrayas son propias).

los componentes de reparación que conforman el estándar internacional. Sin embargo, el esfuerzo se quedó en una promesa incumplida a largo plazo.

La ley quedó enterrada en medio de la reproducción del fenómeno paramilitar y la ineficiencia administrativa. De un lado, el proceso de desmovilización se vio alterado con el surgimiento de bandas criminales y la extradición de los principales jefes a los Estados Unidos. Después de la sanción de la norma se expidió una constelación de decretos que marcaron un retroceso sistemático en el cumplimiento de sus objetivos. El proceso de desmovilización colectiva de los paramilitares se tornó en un cúmulo de arreglos individuales³⁸.

De otro lado, el papel de las autoridades encargadas de brindar atención y reparación a las víctimas fue ineficiente. Para el año 2009 la Fiscalía General registró apenas dos eventos de restitución de tierras, sin ninguna sentencia que declarara la responsabilidad penal de los desmovilizados. Por su parte, Acción Social registró 42 actas de recepción de bienes inmuebles de desmovilizados sin condiciones suficientes para emprender su explotación agraria³⁹.

En cuanto al débil compromiso de las autoridades para buscar recursos que financien las reparaciones administrativas, tenemos una buena muestra de normas y prácticas que evidencian nuestra hipótesis. La primera de ellas es la ley 387 de 1997. Con sus normas se estructuró todo un proceso de atención y recuperación de la PSD: asistencia inmediata, asistencia humanitaria de emergencia, estabilización socioeconómica, ayudas para la

³⁸ Algunos decretos como el 1059 de 2008 y el 614 de 2009 resultaron escandalosos. Brindaron aval jurídico a desmovilizaciones individuales (acuerdos humanitarios individuales) e incluso favorecieron a infractores posteriores a la vigencia de la ley 975. Quinche, Manuel. *Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 320-323.

³⁹ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En: *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*/Miembros de la mesa de expertos Leonardo Villa Arcila... [et. Al.]; Coordinadora de mesa de expertos Santiago Martínez Castillo –Editora académica Catalina Díaz Gómez, Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ– Bogotá, 2010, pp. 211-212.

generación de proyectos productivos y el retorno. En su artículo 3 se contempló que el Estado sería responsable por el diseño e implementación de dicha política pública⁴⁰.

Una lectura cuidadosa nos permite formular cuatro observaciones. En primer lugar, las tareas se dejaron en manos de un sujeto difuso –el Estado– sin precisar a cuál de sus órganos correspondían. En segundo lugar, se responsabilizó por la formulación e implementación de la política pública, pero nada se dijo sobre su seguimiento y evaluación. En tercer lugar, no se hizo extensiva a todos los frentes del problema, porque quedaron por fuera de las medidas por adoptar otras importantes como el registro y la reparación de perjuicios. Por último, el alcance de la norma se redujo al cumplimiento de deberes jurídicos de actividad o medio, pero por ningún lado se advierte un mandato claro de garantizar el pleno goce de los derechos de la PSD.

Con el decreto 2569 de 2000 se reglamentó la ley 387. La norma condicionó el acceso y disfrute de los “beneficios” a la “disponibilidad presupuestal”. Su articulado está plagado del enigmático binomio (arts. 16, 17, 18, 21, 22, 25). Todos los beneficios se concederán siempre que las autoridades del SNAIPD cuenten con los recursos suficientes para financiarlos⁴¹. La principal consecuencia de semejante aval fue la declaratoria del ECI que evidenció el escaso esfuerzo presupuestal del Estado para financiar la atención de la PSD.

La segunda muestra es más reciente, se trata de la ley 1448 de 2011 y el Conpes 3712 de 2011. A diferencia de la ley 975, esta medida se orientó hacia la protección de los derechos de las víctimas del conflicto. Sin embargo, a pesar de la amplitud de herramientas

⁴⁰**Ley 387 de 1997, “Artículo 3°. De la responsabilidad del Estado.** Es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia. (...) Para efectos del inciso anterior, se tendrán en cuenta los principios de subsidiaridad, complementariedad, descentralización y concurrencia en los cuales se asienta la organización del Estado colombiano”. (Las subrayas son propias)

⁴¹ Por ejemplo, en el artículo 17 se lee: **Artículo 17. Atención humanitaria de emergencia.** Realizada la inscripción, la persona tendrá derecho a que se le otorgue atención humanitaria de emergencia por el término establecido en el parágrafo del artículo 15 de la Ley 387 de 1997, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal y acceso a los programas de ayuda, que con ocasión a la condición de desplazado adelante el Estado, sin perjuicio de que el interesado tenga acceso a los programas sociales de retorno, reasentamiento o reubicación y otros que preste el Estado. (las subrayas son propias).

que ofrece, ha resultado ser una ley incoherente en términos de responsabilidad y respetuosa de la sostenibilidad fiscal.

En primer lugar, sobre la incoherencia de la ley 1448 en términos de responsabilidad, comencemos por decir que en el ámbito internacional el Estado siempre será responsable de aquellas violaciones de derechos de sus ciudadanos, aunque sean los particulares quienes las causen directamente. La razón es que sobre los Estados pesa la obligación internacional de proteger y garantizar los derechos de sus ciudadanos⁴².

Cuando un tercero atenta contra los derechos de otros, es decir les causa un daño, las autoridades son internacionalmente responsables, no por el hecho mismo del perjuicio, sino porque al no evitarlo ni garantizar la dignidad de las víctimas, incumple un mandato internacional de protección y garantía. Este planteamiento se conoce como “principio de responsabilidad en las reparaciones” y debe tenerse en cuenta a la hora de diseñar programas de reparación por vía administrativa. En otras palabras, incluso los remedios otorgados por decreto deben ser una manifestación de la responsabilidad del Estado ante sus ciudadanos, no pueden entenderse como meros gestos de solidaridad⁴³.

En este orden de ideas, lo más lógico sería que los Estados diseñaran programas de reparación sobre el reconocimiento de su responsabilidad en la garantía de los derechos de las víctimas. Pero no fue lo que ocurrió con la ley 1448. En varias proposiciones de la

⁴² **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José. Ley 16 de 1972) Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (las subrayas son propias).

⁴³ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC. Respuesta al Oficio UPT-A-460/2010. Corte Constitucional. Accionantes: Saín Aguilar. Accionados: Acción Social, Bogotá, 2010. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&litigio=36, visita del trece (13) de diciembre de 2011.

norma circula una advertencia de irresponsabilidad: el reconocimiento de los beneficios aquí contenidos no puede entenderse como un acto de reconocimiento de responsabilidad, ni como prueba alguna en este sentido⁴⁴.

Para aumentar la confusión, el legislador incorporó un mandato que prohíbe la doble reparación y ordena la compensación entre medidas de reparación judicial y administrativa. Es decir, que si la víctima reclama su derecho ante un juez, después de recibir los beneficios legales, éste deberá descontar todas aquellas ayudas brindadas al reclamante por los mecanismos administrativos contenidos en la ley⁴⁵.

He aquí el sinsentido de la norma. En contra de los principios que orientan el derecho internacional, el Estado advierte su irresponsabilidad pero al mismo tiempo le confiere alcance de reparación, compensable con la judicial, a los beneficios reconocidos en la ley⁴⁶. En otras palabras, asegura que pagará los platos rotos sin que deba pensarse que

⁴⁴ **Ley 1448 de 2011. Artículo 9º. Carácter de las medidas transicionales.** El Estado reconoce que todo individuo que sea considerado víctima en los términos en la presente ley, tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente ley, no se vuelvan a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos.

Las medidas de atención, asistencia y reparación adoptadas por el Estado, tendrán la finalidad de contribuir a que las víctimas sobrelleven su sufrimiento y, en la medida de lo posible, al restablecimiento de los derechos que les han sido vulnerados. Estas medidas se entenderán como herramientas transicionales para responder y superar las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley.

Por lo tanto, las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, así como todas aquellas que han sido o que serán implementadas por el Estado con el objetivo de reconocer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, no implican reconocimiento ni podrán presumirse o interpretarse como reconocimiento de la responsabilidad del Estado, derivada del daño antijurídico imputable a este en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, como tampoco ningún otro tipo de responsabilidad para el Estado o sus agentes.

El hecho que el Estado reconozca la calidad de víctima en los términos de la presente ley, no podrá ser tenido en cuenta por ninguna autoridad judicial o disciplinaria como prueba de la responsabilidad del Estado o de sus agentes. Tal reconocimiento no revivirá los términos de caducidad de la acción de reparación directa (...) (las subrayas son propias).

⁴⁵ **Ley 1448 de 2011. Artículo 20. Principio de prohibición de doble reparación y de compensación.** La indemnización recibida por vía administrativa se descontará a la reparación que se defina por vía judicial. Nadie podrá recibir doble reparación por el mismo concepto.

⁴⁶ Para algunos jóvenes académicos, la ley se ha convertido en una herramienta retórica que se formula para ganar legitimidad política ante las víctimas, no para reparar su tragedia. Un botón de muestra más de la eficacia simbólica del derecho. López, David. ¿Reparar o sostener? Eficacia simbólica del derecho en la ley de víctimas. En: *Revista Escenarios Sociojurídicos*, No. 6, año 2012. Disponible en: <http://www.redsociojuridica.org/escenarios/edicion-6/REPARAR%20O%20SOSTENER%20EFICACIA-SIMBOLICA-DEL-DERECHO-EN-LA-LE-%20DE-VICTIMAS.pdf> Visita del 28 de mayo de 2013.

realmente los rompió. Pero al mismo tiempo, advierte que si los cobran de nuevo ante un juez deberá reconocerse el pago ya hecho, como si en verdad los hubiera roto⁴⁷.

En segundo lugar, a la idea confusa de responsabilidad estatal debemos agregarle la preocupación del legislador por ofrecer una reparación sostenible. Los beneficios legales se sujetaron al principio de sostenibilidad fiscal⁴⁸. Es decir que la reparación solamente puede ofrecerse siempre que deje intacta la proporción ingreso-gasto y no conlleve a un aumento de la deuda pública ni del déficit fiscal⁴⁹.

Ahora bien, la distorsión va más allá del simple campo de la norma. Con una idea poco clara de la responsabilidad estatal se hizo un cálculo presupuestal muy pobre para financiar la reparación. En el documento Conpes 3712 de 2011 las autoridades de planeación proyectaron el gasto que tendría que hacer el Gobierno para reparar a la PSD. Tuvieron en cuenta un universo de víctimas de 618 mil hogares. Consideraron que bastaban 54,9 billones de pesos (a precios de 2011) para ejecutarlos durante los 10 años siguientes a la expedición de la ley 1448 de 2011.

⁴⁷ **Ley 1448 de 2011. Artículo 133. Indemnización judicial, restitución e indemnización administrativa.** En los eventos en que la víctima no acepte de forma expresa y voluntaria, que la entrega y recepción de la indemnización administrativa se entienda realizada en el marco de un contrato de transacción en los términos del artículo anterior, y el Estado sea condenado judicialmente a repararla, se descontarán de dicha condena la suma de dinero que la víctima haya recibido de cualquier entidad del Estado y que constituyan reparación. De igual forma, de la condena judicial se descontará el valor monetario de los predios que sean restituidos, de conformidad con la tasación monetaria que se realice de los mismos. (las subrayas son propias).

⁴⁸ **Ley 1448 de 2011. Artículo 19. Sostenibilidad.** Para efectos de cumplir con las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación dispuestas en el presente marco, el Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente Ley, creará un Plan Nacional de Financiación mediante un documento CONPES que propenda por la sostenibilidad de la ley, y tomará las medidas necesarias para garantizar de manera preferente la persecución efectiva de los bienes de los victimarios con el fin de fortalecer el Fondo de Reparaciones de que trata el artículo 54 de la [Ley 975 de 2005](#).

El desarrollo de las medidas a que se refiere la presente ley, deberá hacerse en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad, a efectos de garantizar su viabilidad y efectivo cumplimiento. (las subrayas son propias).

⁴⁹ El principio constitucional de sostenibilidad fiscal se desarrolló en la regla fiscal de la ley 1473 de 2011. En pocas palabras, se trata de un límite cuantitativo que impone una obligación al Gobierno Nacional Central: mantener un nivel de gasto inferior al de ingresos (El déficit para el año 2022 deberá ser inferior al 1% del PIB). La idea de la medida es aprovechar mejor los recursos que deja en exceso la actividad minero energética: ahorrar en vacas gordas para gastar en época de vacas flacas. Orjuela, María Alejandra. López, Miguel. *Desplazamiento forzado y sostenibilidad fiscal: entre la solidaridad y la sostenibilidad*, Red Universitaria para el Estudio de la Fraternidad, Santiago de Chile, 2011. Disponible en: <http://www.ruef.net.br/uploads/biblioteca/efcf0e72b85a195b984568a192d3ad29.pdf> Visita del 16 de junio de 2013.

Aunque en el registro figuran 891.789 hogares desplazados, el Conpes depuró la cifra prescindiendo de la reserva técnica (22% de hogares que no han acudido a las autoridades a solicitar ayuda ni reparación) y de 78 mil víctimas que sufrieron otros daños además del desplazamiento. En últimas, la proyección de víctimas del DEFO fue de 2'410.200 personas. Debemos advertir además, que el cálculo se hizo para cubrir la reparación de todas las víctimas del conflicto, es decir, que la torta no es exclusiva para la PSD⁵⁰.

Al contrastar los cálculos oficiales con los de Codhes y la Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado, tenemos otro ejemplo que confirma nuestra preocupación. Según Codhes, para 2011 el número de personas en desplazamiento ascendió a 5'445.406. Para 2012 los números se tornaron más aterradores: 130 eventos de DEFO, 43.133 almas en éxodo (en 2011 fueron 73 eventos y 29.521 respectivamente). En el Conpes no se proyectó semejante aumento de dígitos⁵¹.

Ahora veamos el cálculo hecho por la Comisión de Seguimiento para determinar el costo total de los daños patrimoniales de las víctimas del DEFO: 79,7 billones (para el año 2011). No es difícil concluir que la primera cifra es irrisoria. Es producto de una cuenta presurosa, que deja ver más preocupación por la sostenibilidad fiscal de la reparación que por su impacto mismo sobre la realidad económica de las víctimas⁵².

⁵⁰ República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Documento CONPES 3712: Plan de Financiación para la sostenibilidad de la ley 1448*, Bogotá, 1 de diciembre de 2011, Disponible en: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=tbxvV6M0DGg%3D&tabid=1080> Visita del 31 de agosto de 2012.

⁵¹ Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES–, *Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisibilizada* CODHES INFORMA. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 79 - Bogotá, Quito, marzo de 2012, Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/CODHES_Informa_79_Desplazamiento_creciente_y_crisis_humanitaria_invisibilizada_Marzo_2012.pdf?view=1. Visita del 14 de febrero de 2013. Sobre las cifras para el año 2012 puede consultarse: Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES–, *Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisibilizada* CODHES INFORMA. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 80 - Bogotá, Quito, diciembre de 2012, Disponible en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=64&Itemid=50 Visita del 31 de mayo de 2013.

⁵² [Comisión de Seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reconocer y resarcir debidamente los daños y perjuicios*, volumen 10, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado –CODHES–, Bogotá, 2011, pp. 111-168.](#)

En resumen, los programas de reparaciones administrativas pueden llevarnos a circunstancias indeseables cuando no se piensa en la responsabilidad del Estado. El mero interés de reparar puede relajar los compromisos de las autoridades con la verdad, la justicia y la búsqueda de recursos. La evidencia empírica muestra que existe un alto riesgo de convertir la reparación en un contentillo legal (remedios a cambio de impunidad) o en el objeto de un chantaje presupuestal (remedios siempre que existan recursos disponibles).

Es por eso que resulta importante hablar de responsabilidad patrimonial del Estado (REPE). Creemos que cuando el telón de fondo de la reparación es la responsabilidad de las autoridades, existe mayor compromiso con la verdad y la justicia para las víctimas. Además, los remedios ofrecidos al daño dejan de ser dádivas solidarias y se convierten en derechos exigibles. La razón es que la REPE implica un reproche a la conducta estatal.

Una idea similar ya fue planteada por la Corte Constitucional. La idea de la REPE germinó en sus sentencias con algunos comentarios (*obiter dicta*) que sembraron la inquietud. Por ejemplo, en la SU-1150 de 2000, el juez evidenció que el Estado debía asumir la responsabilidad de brindar seguridad a todos sus ciudadanos y en su defecto, la protección de sus derechos fundamentales. Por eso, consideró más importante el gasto público para la política de desplazados que el gasto público social. El argumento se recuperó en la sentencia T-025 como un antecedente importante (fundamento 5.2)⁵³.

Nuestro interrogante pretende indagar qué tan sensible fue el Consejo de Estado a la explosión teórica y conceptual que se dio después de la declaratoria del ECI. Pensamos en el máximo juez, porque es quien marca las pautas para dirimir conflictos de responsabilidad estatal.

⁵³ El fallo acumuló tres acciones de tutela. En una de ellas la Defensoría Regional de Antioquia interpuso el amparo para que se evitara el desalojo de un grupo de familias que habían ocupado un lote de terreno de propiedad de CORVIDE entidad municipal de Medellín. En otra, un ciudadano desplazado del Meta, buscó en la tutela la vía para ser incluido en un programa de subsidio de vivienda de interés social en el Valle del Cauca. Finalmente, otra familia recurrió ante el juez ante la falta de gestión de acción social, al no haber procurado la ayuda necesaria para el emprendimiento de un proyecto productivo. Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes.

Nos queda la última parte del rompecabezas: los paradigmas. ¿Por qué pensamos en la TRC? Dedicaremos la próxima sección a explicarlo.

2.3. Cambio de paradigmas. Una teoría posible en el mundo del derecho

El mundo no sería el mismo si quienes lo habitamos no tuviéramos la capacidad de imaginarlo de otro modo. Esa es precisamente la tarea que cumple la teoría: permitirnos una explicación del entorno y sus problemas, para hallarle soluciones. La ciencia, termina siendo entonces un ejercicio constante de construcción de explicaciones a las múltiples inquietudes que plantea la realidad. Comienza con la generación de un consenso en torno a un conjunto mínimo de creencias, conceptos, instrumentos y métodos, que permiten cumplir mejor la tarea de entenderla. A este conjunto Thomas Kuhn lo denominó *paradigma*⁵⁴.

El paradigma funge como el patrón sobre el cual se tratarán de construir diversas explicaciones a los siempre variados problemas de la realidad. Se parece mucho a la forma en que se arma un rompecabezas: a partir de un modelo, se ordena un conjunto desordenado de partes, las veces que se quiera y en el orden que se quiera. Lo anterior nos deja entrever que se trata de un ejercicio que ofrece respuestas predecibles aunque nunca idénticas. Siempre armaremos a la figura que aparece como modelo, aunque existan mil y un formas de juntar las piezas.

Pero la caprichosa realidad nos desafía todo el tiempo. Algunas circunstancias evidencian que nuestros paradigmas no son suficientes, porque nos ponen frente a hechos para los que no tenemos conceptos definidos, o creencias y valores que permitan comprenderlos. En otras palabras, el mundo se nos presenta a veces como un montón de

⁵⁴ Lo define como aquél cuerpo común de creencias que determinan la condición científica de una serie de teorías, métodos y problemas, sobre los que se desarrolla la tarea de la ciencia: forzar a la naturaleza a entrar en una serie de *compartimentos conceptuales*. Kuhn, Thomas Samuel. *La estructura de las revoluciones científicas*; trad. de Carlos Solís Santos. -2 ed.- México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 23-56.

fichas de rompecabezas que no podemos ordenar con facilidad, porque nuestro modelo no las identifica plenamente. A dicha situación Kuhn le dio el nombre de *anomalía*⁵⁵.

Volvamos al rompecabezas. Supongamos que compramos uno con la idea de ordenar sus piezas para llegar a la fotografía que aparece en la caja del empaque. Al momento de abrirlo, descubrimos que los trocitos muestran imágenes distintas a las que aparecen en el modelo. ¿Qué podríamos hacer? El profesor Kuhn piensa en dos opciones: la primera, sería empaquetar nuevamente las figuras y pedir al vendedor el cambio del producto. La segunda, tratar de armar el rompecabezas. En ese momento, podría ocurrir que las piezas comenzaran a mostrar la imagen del empaque, o que simplemente se tratara de un paisaje distinto que valdría la pena ver, después de organizar las fichas sin un modelo previo.

En el campo científico, las *anomalías* pueden dar lugar a tres momentos: olvido, retoque o descubrimiento. En primer lugar, si las piezas del rompecabezas o *ejemplar*, no dejan ver muy bien el modelo (*paradigma*), podríamos archivar el problema para otro momento. No obstante, algunas veces la sociedad urge respuestas que no se pueden aplazar⁵⁶.

Podríamos, en segundo lugar, intentar armar el rompecabezas con las herramientas conceptuales que se tengan a la mano –*operación de retoque del paradigma*-. Consiste en adecuar los conceptos, creencias y valores para que puedan explicar el fenómeno sin que ello implique cambiar radicalmente el paradigma. En la metáfora del rompecabezas, sería algo así como tratar de armarlo por etapas, en un orden distinto al que siempre utilizamos⁵⁷.

⁵⁵ La caprichosa realidad siempre pondrá a prueba al científico y sus paradigmas, pues en algún momento se encontrará ante fenómenos que rompen las expectativas creadas por el paradigma imperante: se trata de eventos que no logran explicarse plenamente a partir del conjunto de conceptos y métodos previos. *Ibíd.*..., pp. 102-140.

⁵⁶ *Ibíd.*..., pp. 141 – 163. En el mismo sentido: Guadarrama, Pablo. *Dirección y asesoría de investigación científica*. Bogotá, Investigar Magisterio, 2009., pp. 31-33.

⁵⁷ Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*..., p. 58.

Para Kuhn, el funcionamiento del paradigma no es rígido, sino que permite algunas operaciones de ajuste. A partir de las operaciones de retoque, la ciencia perfila paradigmas que van generando instrumentos y conceptos cada vez más refinados. El lenguaje y la visión se hacen más precisos y se desarrolla la destreza para encontrar respuestas.

Finalmente, si lo anterior no funciona y no podemos aplazar el reto, tendríamos que cambiar nuestros conceptos y creencias –*descubrimiento*-. Se trata de conseguir una nueva configuración de métodos, instrumentos y criterios de selección de problemas, que servirá para resolver nuevos rompecabezas. Cuando el científico logra convencer al resto de sus colegas sobre la necesidad del descubrimiento, opera un *cambio de paradigma*⁵⁸.

Lo que atrás delineamos, hace parte de la idea de desarrollo científico aportada por Thomas Kuhn: se trata de un proceso de constantes rupturas de los sistemas de creencias que soportan las teorías. No se puede resumir en una acumulación gradual ni sistemática.

Aunque Kuhn desarrolle su argumento para las denominadas “ciencias de la naturaleza”, no somos ajenos a él desde el campo jurídico. Al margen del debate sobre la naturaleza científica del derecho, creemos que se trata de un escenario susceptible de ser visto con los ojos de la teoría de los paradigmas. Tenemos dos razones: la primera es que las decisiones judiciales se construyen como un rompecabezas. La segunda, es que las teorías en el derecho cambian bajo la misma dinámica de un *cambio de paradigma* (revolución científica)⁵⁹.

Por una parte, en el campo del derecho, *el paradigma* permite una forma particular de ver el mundo y resolver sus problemas. Al tomar una decisión judicial se conectan las

⁵⁸ El descubrimiento implica un cambio de conceptos, creencias y valores. La revolución (cambio de paradigma) ocurre cuando con dicho cambio se genera a su vez un nuevo acuerdo en la comunidad científica, que lleva a los demás investigadores a utilizar los descubrimientos como un nuevo modelo para asumir nuevos ejemplares (rompecabezas). *Ibidem...*, pp. 141 – 164.

⁵⁹ Para algunos el problema de saber si el derecho es o no una ciencia se ha resuelto en una explicación de su múltiple naturaleza como ciencia, arte, filosofía y técnica: explicación, construcción, justificación y puesta en marcha de un sistema de normas, respectivamente. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho* (Cap I) – 4 ed., Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2005; Villoro, Miguel. *Introducción al estudio del derecho* – 5 ed., Editorial Porrúa, México D.F., 1982., pp. 133-148.

normas con la realidad, como si se tratara de armar un rompecabezas. El modelo –la norma jurídica– permite configurar distintos resultados –decisión judicial o conclusión– que varían según las circunstancias concretas –caso concreto–.

Por otra parte, el derecho no es ajeno a la confrontación de paradigmas. Por sólo poner un ejemplo, resulta interesante revisar la formidable confrontación entre el paradigma positivista y el neoconstitucionalista, que frecuentemente han puesto sobre la mesa respuestas contrarias a preguntas trascendentales como qué es el derecho o cómo opera frente a la sociedad⁶⁰.

El derecho se confecciona a partir de un proceso constante de ajuste teórico, originado en el momento en el que la realidad desafía las explicaciones y métodos previos. Aunque suene un poco extraño, en el derecho también tenemos *descubrimientos*: momentos de crisis que derivan en sustitución de categorías conceptuales. De manera pues que las expresiones paradigma, operación de retoque, anomalía, descubrimiento y cambio de paradigma, no le resultan del todo extrañas.

Esperamos que las anteriores razones hagan más clara nuestra pregunta de investigación. Ahora trataremos de esbozar el procedimiento que seguiremos para intentar responderla.

3. Marco Metodológico. La explicación del método que nos llevó a la respuesta

En este punto trataremos de indicar los límites metodológicos de la investigación y su justificación general. En esta segunda parte tendremos tres momentos, uno para indicar

⁶⁰ Una discusión amplia al respecto se puede encontrar en: Amado, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. En *Controversias constitucionales*/Fabricio Mantilla (coordinador). Editorial Universidad del Rosario Bogotá, 2008, pp. 24-69; Tamayo, Javier. Análisis de la interpretación valorista del derecho. En *Controversias constitucionales*/Fabricio Mantilla (coordinador). Editorial Universidad del Rosario Bogotá, 2008, pp. 70 – 135.

los objetivos que guiaron nuestro estudio. Otro para explicar su diseño metodológico, y otro para presentar la razón que nos llevó a contestar la pregunta del inicio.

3.1. Los objetivos de la investigación

Cuando nace una pregunta de investigación el principal objetivo de su progenitor será llegar a responderla. Es por eso que nuestro objetivo general está íntimamente relacionado con el cuestionamiento del principio. Nos permitimos indicarlo nuevamente:

¿La proliferación de respuestas teóricas al desplazamiento forzado, impulsada con la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en 2004, generó algún cambio del paradigma de la responsabilidad patrimonial del Estado que orientó al Consejo de Estado al definir la responsabilidad de las autoridades por desplazamiento forzado entre 2004 y 2010?

Para llegar a su respuesta fue necesario fijar algunas preguntas auxiliares que facilitaran el ejercicio. Las cimas más altas de los Andes no se coronan sin hacer estaciones.

Para encontrar estas preguntas auxiliares nos concentramos en las palabras clave de la pregunta y lanzamos un nuevo interrogante: ¿Qué necesito saber antes de llegar a responderla? Fue así como surgieron tres:

1. ¿Cuáles son los elementos del paradigma tradicional de la REPE, que ha orientado la práctica jurisprudencial del Consejo de Estado?
2. ¿Cuáles han sido las principales respuestas teóricas ofrecidas al problema del DEFO, surgidas después de la declaratoria del ECI en 2004?
3. ¿Cuál fue el impacto de las principales respuestas teóricas, identificadas con el estudio del DEFO, sobre el paradigma de la REPE que orientó al Consejo de Estado a la hora de definir la responsabilidad de las autoridades públicas por el

desplazamiento forzado de ciudadanos colombianos, después de la declaratoria del ECI?

Con estas preguntas pudimos delinear mejor nuestros objetivos específicos. En la siguiente tabla los presentaremos al lado de cada pregunta que los inspiró.

Tabla 1. Objetivos de la investigación

Pregunta de investigación	Objetivo General
<p>¿La proliferación de respuestas teóricas al desplazamiento forzado, impulsada con la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en 2004, generó algún cambio del paradigma de la responsabilidad patrimonial del Estado que orientó al Consejo de Estado al definir la responsabilidad de las autoridades por desplazamiento forzado entre 2004 y 2010?</p>	<p>Averiguar si la proliferación de respuestas teóricas al desplazamiento forzado, impulsada con la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en 2004, generó algún cambio del paradigma de la responsabilidad patrimonial del Estado que orientó al Consejo de Estado al definir la responsabilidad de las autoridades por desplazamiento forzado entre 2004 y 2010</p>
Preguntas auxiliares	Objetivos Específicos
<p>¿Cuáles son los elementos del paradigma tradicional de la REPE, que ha orientado la práctica jurisprudencial del Consejo de Estado?</p>	<p>Identificar los elementos del paradigma tradicional de la REPE, que ha orientado la práctica jurisprudencial del Consejo de Estado.</p>
<p>¿Cuáles han sido las principales respuestas teóricas ofrecidas al problema del DEFO, surgidas después de la declaratoria del ECI en 2004?</p>	<p>Identificar las principales respuestas teóricas ofrecidas al problema del DEFO, surgidas después de la declaratoria del ECI en 2004</p>
<p>¿Cuál fue el impacto de las principales respuestas teóricas, identificadas con el estudio del DEFO, sobre el paradigma de la REPE que orientó al Consejo de Estado a la hora de definir la responsabilidad de las autoridades públicas por el desplazamiento forzado de ciudadanos colombianos, después de la declaratoria del ECI?</p>	<p>Averiguar cuál fue el impacto de las principales respuestas teóricas, identificadas con el estudio del DEFO, sobre el paradigma de la REPE que orientó al Consejo de Estado a la hora de definir la responsabilidad de las autoridades públicas por el desplazamiento forzado de ciudadanos colombianos, después de la declaratoria del ECI</p>

Fuente: elaboración propia

3.2. Diseño metodológico de la investigación

Para cumplir los objetivos debimos verificar la realidad. Buscamos entonces aquellos fenómenos (situaciones sujetas al cambio) que pudieran darnos pistas acerca de cada pregunta: las variables. Después tratamos de identificar eventos concretos, tangibles, que contuvieran los trozos de realidad que buscábamos: indicadores.

Después de muchos cavilar llegamos a la conclusión de que la mejor batería de variables e indicadores era la que plasmamos en la tabla 2.

Tabla 2. Batería de variables e indicadores

Objetivo específico	Variables	Indicadores
Identificar los elementos del paradigma tradicional de la REPE, que ha orientado la práctica jurisprudencial del Consejo de Estado.	Uso de herramientas conceptuales del paradigma tradicional de la REPE, por parte del Consejo de Estado.	Decisiones proferidas por el Consejo de Estado en materia de REPE, proferidas durante los últimos 20 años (1921-2012)
Identificar las principales respuestas teóricas ofrecidas al problema del DEFO, surgidas después de la declaratoria del ECI en 2004.	Líneas de fuga teórica: respuestas teóricas ofrecidas al problema del DEFO, surgidas después de la declaratoria del ECI en 2004.	Conceptos y recomendaciones teóricas contenidas en textos, estudios técnicos, informes, normas (nacionales e internacionales) y jurisprudencia de la Corte Constitucional.
Averiguar cuál fue el impacto de las principales respuestas teóricas, identificadas con el estudio del DEFO, sobre el paradigma de la REPE que orientó al Consejo de Estado a la hora de definir la responsabilidad de las autoridades públicas por el desplazamiento forzado de ciudadanos colombianos, después de la declaratoria del ECI.	Uso de líneas de fuga teórica por parte del Consejo de Estado.	Decisiones proferidas por el Consejo de Estado en materia de REPE por el desplazamiento forzado de ciudadanos, proferidas entre los años 2004 a 2010.

Fuente: elaboración propia

La tarea se hace con los conceptos del paradigma por dos razones: la primera, porque son los elementos más precisos y menos discutidos del paradigma. La segunda, es que se trata de los parámetros más visibles que permiten hacer contraste con la realidad y verificar el poder explicativo del paradigma.

Decidimos utilizar como indicador general la jurisprudencia del Consejo de Estado porque consideramos que es la manifestación más completa y concreta del paradigma. En los casos judiciales se ponen en acción todas las redes conceptuales, creencias y valores de la matriz disciplinar. Además, constituyen escenarios con límites personales, temporales y espaciales suficientes para evidenciar el grado de realización de los objetivos del paradigma⁶¹.

Para seleccionar las sentencias del último indicador, tuvimos en cuenta varios criterios. Nuestra idea era escoger las más representativas pero también las más completas, es decir, aquellas que tuvieran como eje del debate la definición de REPE por daños ocasionados en el marco del DEFO. También las que presentaran todos los conceptos del paradigma: daño, imputación, reparación y sus respectivas redes (*la obligación de reparar surge ante un daño antijurídico imputable a las autoridades responsables; la reparación no va más allá del daño*).

Para facilitar la búsqueda y mejorar los hallazgos, decidimos trabajar con aquellas sentencias proferidas después de la T-025 de 2004. El período de tiempo seleccionado tiene que ver con el impacto de la declaratoria del ECI. Creemos que la sentencia de la Corte Constitucional pudo haber ejercido cambios profundos en el imaginario del juez contencioso administrativo, que difícilmente se podrían ver en decisiones anteriores.

Después de una fuerte búsqueda en bibliotecas y bases de datos, logramos ubicar cuatro fallos judiciales que reunían estas características. Los asuntos conocidos por el Consejo de Estado han sido objeto de discusión en el trámite de acciones de grupo y de reparación directa. Tienen que ver con eventos de desplazamiento forzado masivo perpetrados por grupos paramilitares en zonas álgidas de la geografía del conflicto: puntos

⁶¹ Lo que no necesariamente ocurre con los escenarios de reparación administrativa en los que se prescinde de algunos conceptos como el de la imputación (se puede conceder reparación sin necesidad de imputar el daño), o se pasan por alto diferencias importantes a la hora de definir el alcance de la reparación, como la edad, género o identidad étnica de las víctimas.

estratégicos por abundancia de recursos naturales o por la posición que facilita la movilidad de los actores armados⁶².

Los éxodos emprendidos por la población civil constituyeron medidas preventivas ante reiteradas amenazas que fueron conocidas por ONG, autoridades gubernamentales, la Policía y las Fuerzas Militares. En todos los fallos las precarias condiciones de seguridad hicieron imposible el retorno, por lo que la gravedad de los perjuicios y del desarraigo es un aspecto marcado y común. La descripción detallada de cada evento se hará en el capítulo cuarto.

Finalmente, el período de tiempo que delimitamos para la búsqueda de sentencias (2004-2010) obedece a que a partir del año 2011 la ley 1448 transformó el panorama judicial de reparación a las víctimas del conflicto. Algunas de sus normas tienen alcances sobre el papel del juez contencioso que podrían impactar su paradigma. Sin embargo, el origen de dicha alteración sería la ley y no las respuestas ofrecidas por los teóricos.

El principal ejemplo del alcance judicial de la ley de víctimas está en los dos últimos incisos del artículo 9. En el penúltimo aparece una norma que sujeta al juez a definir reparaciones en términos de sostenibilidad fiscal y frente a las víctimas que reúnan las condiciones del artículo 3. En virtud del inciso final, la sentencia judicial deberá ordenar reparaciones dentro de los límites máximos ofrecidos por la ley, para efectos de conservar su carácter transicional⁶³.

⁶² **Decreto 2569 de 2000. Artículo 12. Desplazamientos masivos.** Se entiende por desplazamiento masivo, el desplazamiento conjunto de diez (10) o más hogares, o de cincuenta (50) o más personas.

Se entiende por hogar, el grupo de personas, parientes, o no, que viven bajo un mismo techo, comparten los alimentos y han sido afectadas por el desplazamiento forzado por la violencia.

⁶³ **Ley 1448 de 2011. Artículo 9º. Carácter de las medidas transicionales.** (...) En el marco de la justicia transicional las autoridades judiciales y administrativas competentes deberán ajustar sus actuaciones al objetivo primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable. Para estos efectos se deberá tener en cuenta la sostenibilidad fiscal, la magnitud de las consecuencias de las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente Ley, y la naturaleza de las mismas.

En los eventos en que las víctimas acudan a la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de reparación directa, al momento de tasar el monto de la reparación, la autoridad judicial deberá valorar y tener en cuenta

Para la fecha en que se redactaron estas líneas (junio de 2013), la Corte Constitucional tenía en sus manos el encargo de definir la constitucionalidad de los dos incisos que comentamos.

3.3. ¿Por qué lo haremos? Un intento de justificación

¿Por qué nos interesa explorar la sensibilidad de un juez como el Consejo de Estado a la proliferación teórica sobre el DEFO, después de la declaratoria del ECI? Tenemos dos razones.

La primera de ellas tiene que ver con la calidad del juez. Se trata de una instancia estratégica para la reparación de las víctimas. Tiene la primera palabra en el ámbito nacional, legitimidad ante los jueces de inferior jerarquía y la posibilidad de evitar la discusión de la responsabilidad internacional del Estado.

Además, brinda los mejores remedios al daño. De acuerdo con los cálculos de la Comisión de Seguimiento, los montos estimados para reparar el perjuicio de 5'373.265 víctimas son: 145,7 billones si se siguen los estándares ofrecidos por la jurisprudencia de la CIDH. 26,9 billones, bajo las líneas de reparación administrativa, contenidas en el decreto 1290 de 2008. 164, 2 billones, si se siguen los argumentos señalados en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Como se ve, los mejores cálculos para las víctimas resultan de sus sentencias, lo que indica que se trata de una instancia en la que se ofrecen mayores y mejores opciones de reparación⁶⁴.

La segunda razón es que al responder la pregunta, podremos llamar la atención sobre el alcance de las propuestas de los teóricos en el ámbito jurisprudencial. Tenemos la

el monto de la reparación que en favor de las víctimas se haya adoptado por el Estado, en aras de que sea contemplado el carácter transicional de las medidas que serán implementadas en virtud de la presente ley. (las subrayas son propias).

⁶⁴ Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. Proceso Nacional de Verificación. [*El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reconocer y resarcir debidamente los daño y perjuicios, volumen 10, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado – CODHES-, Bogotá, 2011, pp. 124-141.*](#)

intuición de que el Consejo de Estado es altamente sensible a la jurisprudencia de la Corte IDH, de la Corte Constitucional y a los mandatos legales. Sin embargo, no todas las propuestas conceptuales de un problema como el DEFO llegan siempre a la ley o a las sentencias de otros jueces nacionales e internacionales.

Al contestar la pregunta podremos verificar qué tan afinado es el oído del juez contencioso para escuchar las mareas teóricas. Es probable que no lo sea mucho. En esa medida, podríamos llamar la atención de los teóricos para que busquen mecanismos que los hagan más “audibles”.

4. Para el final del comienzo

Para cerrar esta introducción haremos un breve mapa de los argumentos que sustentan el trabajo. Dijimos en la primera parte que nos interesa la TRC del profesor Kuhn. En ese orden, la base epistemológica de nuestro estudio se encuentra en los denominados *cambios de paradigma*.

Para que se pueda hablar de un *cambio de paradigma*, el profesor Kuhn sugiere agotar una serie de etapas mentales que se podrían asimilar mejor con una metáfora. Las revoluciones científicas nacen como las recetas de cocina. Quien se dedica al maravilloso arte culinario sabe que existen comensales difíciles, de un paladar exquisito que no se conforma con cualquier plato. Los problemas comienzan cuando el cocinero prepara sus recetas tradicionales y recibe como respuesta un gesto de insatisfacción.

El profesional de la cocina se preocupa por esta manifestación del comensal y de inmediato piensa en los motivos que lo llevaron al gesto: ¿Demasiado condimento? ¿Algún error en la combinación de sabores? No se queda con la duda y le lanza su inquietud al invitado. Apelando a la sinceridad de nuestro convidado hipotético, éste le expone las razones de su gesto en la mesa.

De inmediato el chef se pone a la tarea de corregir los defectos en la preparación y sirve de nuevo en la mesa. Observa con atención la reacción del comensal y descubre que ha fallado en el intento. Su paladar exige nuevos ingredientes o formas diferentes de cocinarlos. Entonces, le presenta excusas y le pide que vuelva otra vez con la promesa de que se “chupará los dedos”.

Nuestro cocinero se pone a la tarea de revisar los ingredientes y la forma en que los prepara. Descubre que algunos arruinan el sabor de otros y decide excluirlos de la receta. En su lugar incorpora unos nuevos y altera el orden de preparación. Cuando el comensal difícil regresa se queda atento a su reacción. Le vuelve el alma al cuerpo cuando lo observa saborearse la comida. En ese instante, decide llamar a sus colegas y comunicarles la receta. Cuando éstos la ponen a prueba con sus clientes sienten que han recibido un gran consejo.

Para que podamos llegar a un *cambio de paradigma* es necesario vivir esta “metáfora”⁶⁵. El científico debe experimentar algunas etapas mentales que se asemejan a las del cocinero exitoso: tomar *consciencia de la anomalía*, desarrollar la *exploración conceptual* del paradigma tradicional, realizar *operaciones de retoque* o en su defecto transformar sus elementos (*descubrimiento*). Finalmente, cuando vea que los ajustes fueron exitosos, comunicar a la comunidad científica el hallazgo y generar acuerdo en torno a éste.

Adquirir *consciencia de la anomalía* implica percibir la naturaleza del fenómeno que ha roto nuestras expectativas. Se trata de revisar las características de ese trozo de realidad que no logramos explicar con nuestro paradigma en un solo intento⁶⁶. En la metáfora culinaria sería el momento en que el cocinero interroga al comensal por las razones de su insatisfacción.

⁶⁵ La denominamos metáfora pero en realidad se trata de una analogía porque establece un vínculo mental entre dos conjuntos de elementos: el tema (los paradigmas) y el foro (la creación de una receta de cocina). Las relaciones que se presentan entre los diferentes elementos del foro aclaran las que surgen en el tema pero no al revés: las relaciones al interior de la teoría de los paradigmas no simplifican las de una receta de cocina. Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México D.F., 2005, pp. 58-59. Podemos entender que un paradigma se transforma como cambia una fórmula de cocina, pero no podemos afirmar que una receta se transforma como ocurre con un paradigma. Es claro que la nueva fórmula de cocina existe aunque sólo la aplique su creador, mientras que el cambio de paradigma debe ser el fruto de un acuerdo en la comunidad científica.

⁶⁶ Kuhn, Thomas. *Estructura de las revoluciones...*, p. 119.

El ejercicio posterior es la *exploración conceptual*. Para Kuhn, se resume en contrastar los conceptos tradicionales con las exigencias de la realidad concreta que se pretende resolver. Implica primero identificar dichas exigencias y luego evidenciar si se satisfacen con los elementos habituales del paradigma. Dicho contraste se debe hacer sobre un caso concreto en el que puedan aplicarse los elementos del paradigma (*ejemplar*)⁶⁷.

En nuestra historia de cocina la exploración conceptual sucede en dos tiempos: el primero, cuando el chef reflexiona sobre la respuesta del comensal; el segundo ocurre al momento en que toma correctivos y sirve de nuevo.

Al desplegar la *exploración conceptual* (contrastar las exigencias del comensal con los arreglos aplicados a la receta original) se desarrolla simultáneamente la *operación de retoque*. Consiste en ajustar los elementos del paradigma sin transformarlos radicalmente ni adicionar uno nuevo. En la historia, se vería representada en los correctivos que aplica el cocinero sobre la receta original: no suprime ni adiciona ningún ingrediente, podría tratarse simplemente de un cambio de su presentación en el plato.

Sin embargo, no siempre los ajustes son suficientes para explicar la anomalía. Muchas veces requieren nuevos conceptos o relaciones diferentes entre las categorías tradicionales. Cuando el científico así lo evidencia y encuentra esos nuevos ingredientes de la receta estamos ante un *descubrimiento*. La diferencia con la operación de retoque es que en esta segunda oportunidad se consigue una nueva configuración de métodos, instrumentos y criterios de selección de problemas, que servirá para resolver nuevos rompecabezas. Implica un cambio trascendental de conceptos, creencias y valores⁶⁸.

Al asociarlo con la metáfora culinaria (que en realidad parece más una analogía) el descubrimiento ocurre cuando nuestro cocinero se pone a la tarea de revisar los ingredientes y la forma de prepararlos. Descubre que algunos arruinan el sabor de otros y

⁶⁷ Kuhn, Thomas. *Estructura de las revoluciones científicas...*, p. 118.

⁶⁸ Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas...*, pp. 141-164.

decide excluirlos de la receta En su lugar incorpora unos nuevos y altera el orden de preparación.

Para que pueda existir un *cambio de paradigma* es necesario que los descubrimientos se apliquen a otros casos concretos (ejemplares) con éxito. Además, deben ser compartidos por los demás miembros de la comunidad científica, de lo contrario se quedarán en simples hallazgos personales. En el marco de la metáfora, el paradigma se transforma cuando el cocinero verifica la satisfacción del comensal ante su nueva receta y la comparte con sus colegas, quienes la aplican con éxito posteriormente.

El propósito principal de este estudio es verificar si la proliferación de teorías y conceptos que surgió con la declaratoria del ECI por DEFO generó algún cambio de paradigma en la estructura de la REPE. Para cumplirlo tendremos que seguir las etapas descritas por Kuhn apoyados en la metáfora culinaria. Es por eso que el trabajo se divide en cuatro partes.

En la primera haremos un punto de partida al precisar los elementos que integran el paradigma tradicional de la REPE. Sería como pensar en la receta original que disgustó al comensal. Estudiaremos la matriz disciplinar: conceptos y redes conceptuales, creencias y valores que orientan la responsabilidad estatal. Si fuera una receta diríamos: ingredientes y formas de preparación, momentos del día para servir en la mesa y propósitos para prepararla.

En la segunda revisaremos las características del DEFO en Colombia para tomar consciencia de la anomalía que enfrentamos. Lo abordaremos como un fenómeno de clara textura histórica y como objeto de estudio. Sería como preguntarle al comensal por qué se disgustó con la receta original.

En la tercera parte iniciaremos la exploración conceptual del paradigma que culminará en el cuarto capítulo. Nos concentraremos en reflexionar acerca de las exigencias conceptuales que implica un fenómeno como el DEFO (las razones del gesto del comensal). De entrada digamos que dichas exigencias son los reclamos que hacen los

teóricos y se evidencian en sus recomendaciones. Por la capacidad de mostrar nuevas salidas posibles al problema las denominaremos *líneas de fuga teórica*⁶⁹.

Una vez identificadas las recomendaciones de los teóricos (*líneas de fuga teórica*) estudiaremos los casos concretos (ejemplares) en los que se haya definido la REPE por el DEFO de ciudadanos entre 2004 y 2010. Al revisar los argumentos de cada fallo podremos identificar los conceptos que guiaron la decisión y su distancia de las líneas de fuga teórica. Para saber qué tan cerca o lejos se quedaron de las exigencias conceptuales aplicaremos la *escala de fuga teórica* y el *índice de fuga teórica*. Dos instrumentos que tuvimos que crear para analizar dicha información.

Finalmente, contestaremos nuestras preguntas revisando si los argumentos más innovadores del Consejo de Estado corresponden a una operación de retoque o a un descubrimiento. Además, estaremos muy atentos para saber si unos y otros tuvieron algo que ver con a la explosión teórica que detonó la declaratoria del ECI.

⁶⁹ La expresión ejemplar se la debemos al profesor Kuhn, pero la expresión líneas de fuga teórica, al profesor Habermas. Ramírez, Ana. *Desplazamiento interno forzado en Colombia. Producción académica y política pública*. Documento disponible en internet en: http://www.udenar.edu.co/viceacademica/CICLOS%20PROPED%C9UTICOS/CONVENIO%20ALCALDIA_UDENAR/TALLER%20ASPECTOS%20CURRICULAR/DT%20PROYECTO/desplazamiento%20forzado.pdf. Visitada el trece (13) de mayo de 2010.

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LOS ELEMENTOS DE LA MATRIZ DISCIPLINAR DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.

Ingredientes, momentos y propósitos de la receta

Emprenderemos un viaje al centro del paradigma, presentando sus elementos a partir de la estructura propuesta por Thomas Kuhn: la *matriz disciplinar*. Ésta se entiende como un conjunto ordenado de elementos que identifican un paradigma. Sus componentes son cuatro: *generalizaciones simbólicas o conceptos, creencias o partes metafísicas, valores y ejemplares*⁷⁰.

Si se nos permite la osadía, diremos que los componentes de la matriz disciplinar se explican a partir de una metáfora culinaria. El primer elemento, *generalizaciones simbólicas*, lo asociamos al conjunto de ingredientes preparados y listos en la mesa para consumir. Se trata de aquellas formulaciones categóricas que se despliegan sin disenso. Una serie de enunciados que posibilitan la manipulación lógica del paradigma, cumpliendo la doble función de dotar de contenido los conceptos y configurar redes entre éstos. Son la manifestación más visible de un paradigma.

Las generalizaciones simbólicas del paradigma tradicional de la REPE son como los ingredientes que permiten preparar la receta, puestos en el plato de manera ordenada y vistosa. Sin embargo, la preparación de los alimentos requiere cierto cuidado en el momento de servir. Es decir, la dieta que se acostumbra en la mañana no suele ser la misma para la hora del almuerzo, y no se recomienda servir para la cena la misma del mediodía. Para evitar problemas digestivos, cada plato tiene su momento en el día. Cuando nos referimos a las creencias del paradigma, se nos antoja pensar en el momento gastronómico en que resulta mejor probar determinadas preparaciones. Las *partes metafísicas*, son entonces aquellas creencias

⁷⁰ Kuhn, Thomas. *Estructura de las revoluciones...*, Epílogo: 1969, pp. 303-311.

comunes que cohesionan al grupo de científicos y contribuyen a formar la lista de rompecabezas que tendrán, y podrán, desarrollar a partir de las generalizaciones.

Nos quedan ahora los valores, que serían como los propósitos que llevan a preparar y servir. La cocina, como el derecho, está llena de intenciones de muy variada índole: saciar el hambre voraz, conquistar el paladar más exquisito, o el corazón más codiciado. En todo caso, estos fines determinan el tipo de alimentos y las oportunidades que se tienen para ser consumidos. Los valores son los postulados más generales del paradigma que marcan la tendencia (preferencias) de la comunidad científica. Permiten identificar creencias y conceptos, y verificar en qué momento son insuficientes para explicar la realidad⁷¹.

Los *ejemplares*, por último, son aquellas soluciones a problemas concretos, ofrecidas como aplicaciones del paradigma. En la metáfora culinaria, son el resultado final de un proceso de preparación de alimentos, que comienza con la definición de un propósito, y pasa por la selección de un momento para servir.

Frente a la REPE, hemos identificado tres elementos visibles a partir de los cuales emprenderemos la reconstrucción del paradigma, además, nos permitirán evidenciar si existe o no un cambio en su interior: *daño, imputabilidad y reparación*. Las razones de la elección, obedecen a la estructura propuesta por el discurso constitucional de 1991, que condensó los elementos clásicos de la responsabilidad civil (hecho generador, nexo causal y daño) para darles una nueva configuración⁷².

Hablamos de imputación y no de nexo de causalidad, porque en el discurso es más importante revisar los vínculos lógicos entre el responsable y el daño, antes que los lazos físicos que se puedan identificar⁷³. El elemento clásico del hecho

⁷¹ Kuhn, Thomas. *Estructura de las revoluciones científicas...*, pp. 291-347.

⁷² República de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional*. Sesión Comisión No. 1 del seis (6) de mayo de 1992. Bogotá: Presidencia de la República.

⁷³ Navia, Felipe, “La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio-diciembre de 2000, (6), pp. 211-231.

generador se recoge ahora en la noción de daño antijurídico⁷⁴, y la reparación, merece ser incorporada en nuestra caja de herramientas metodológicas por cuanto representa la principal motivación de la institución de la responsabilidad, y una posibilidad latente de cambio social⁷⁵.

Antes de continuar, quisiéramos hacer algunas advertencias para que no se mal interprete el propósito de estas líneas. La primera de ellas, es que el concepto de paradigma es de naturaleza descriptiva, no prescriptiva. Es decir, no se trata de un grupo de imposiciones al juez o al teórico, sino de acuerdos, que pueden ser expresos o tácitos. En este sentido, nuestra tarea no se enfoca hacia la prescripción sino hacia la descripción. Buscamos delinear, en cuanto sea posible, el conjunto de acuerdos que han orientado al juez contencioso, no lanzarle órdenes desde la teoría.

La segunda, es que acercarse al paradigma tradicional de la REPE encierra de por sí algunas limitaciones. Una de ellas, es que no se puede abordar como si fuera una construcción estática, pacífica e imperecedera. Estamos ante un sinfín de confrontaciones argumentativas y relatos de cambios constantes, difíciles de identificar en su plenitud en un trabajo como éste. Por eso, el estudio que proponemos es inacabado y aproximado.

⁷⁴ La incorporación de la expresión daño antijurídico en el texto constitucional de 1991 dio lugar a un interesante debate en torno al sentido que se le debía conferir. Por un lado, algunos asumieron que se trataba del mismo concepto de *lesión* con que García de Enterría y Tomás Ramón Fernández asimilaron la institución de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento normal de los servicios públicos. En estos términos, sería antijurídico todo perjuicio que la víctima soportara sin tener que hacerlo, al margen del examen de culpas o fallas del servicio. Por otro lado, se trató apenas de una lectura transformada que de ninguna manera pugnaba con los regímenes previos de responsabilidad, pues admitía tanto el examen de conductas como de resultados antijurídicos. La Corte Constitucional zanjó finalmente la discusión, al conferir un alcance amplio a la expresión (sentencia C-333 de 1996). En el primer sentido: (García de Enterría, Eduardo., & Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo. T. II.* Bogotá - Lima: TEMIS – Palestra, 2008, pp. 342-434). Bermúdez, Martín. El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal. En: *Temas de derecho administrativo contemporáneo* –Jaime Vidal (coordinador), Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 306 - 338. En el segundo sentido: Navia, Felipe. La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política...; Tamayo, Javier. *La responsabilidad del estado. El daño antijurídico (Constitución Política. Artículo 90) el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Legis, 2000.

⁷⁵ Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática. En: Díaz, Catalina; Sánchez, Camilo; Uprimny, Rodrigo (editores) *Reparar en Colombia. Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Dejusticia, Bogotá, 2009, pp. 31-71.

Por una parte, el esfuerzo es inacabado porque no llega al punto de inventariar todos los problemas actuales del campo de la responsabilidad estatal. Es aproximado, porque apenas pretende resaltar los puntos de acuerdo teórico más visibles, no los aspectos más polémicos.

Analizar los problemas más recientes en torno al manejo de cada uno de los elementos de la REPE, implica explorar un sinnúmero de eventos de responsabilidad que no podemos abordar, so pena de extraviarnos en un laberinto de discusiones y sentencias. Las polémicas conceptuales no surgen al margen de las realidades y por eso deben deshacerse en el estudio de casos concretos. Pero si asumiéramos dicha tarea se extendería demasiado el foco de estudio y sería imposible terminarla en algún punto concreto.

Por otra parte, nuestra búsqueda es aproximada por cuanto refleja una imagen relativa del paradigma de la REPE. Al hablar de generalizaciones simbólicas nos concentraremos en los consensos más visibles, no en los problemas más álgidos. Somos conscientes de que el resultado es incompleto, pero optamos por hacerlo de esta manera porque estamos buscando una receta provisional y básica. La idea es que nos permita continuar en el propósito de explorar el paradigma, desde las propuestas teóricas surgidas a partir del estudio del DEFO.

Las siguientes líneas, son entonces el comienzo de un viaje al corazón de la REPE con el propósito de aproximarnos a sus elementos más notorios. Por ello, identificaremos los elementos del paradigma, partiendo de la comprensión de sus características más visibles (generalizaciones) para llegar a las menos obvias (creencias y valores). Finalmente, intentaremos delinear algunas discusiones que nos inspiraron e impulsaron a desarrollar la exploración del paradigma que aparece en el capítulo tercero.

1.1. Generalizaciones simbólicas tradicionales

Los elementos conceptuales del paradigma tradicional han sido aportados desde distintas orillas científicas y culturales. En su mayoría, son monopolio de *sitios de producción* que irradian hacia los *de recepción* una serie de argumentos que poco a poco se han venido incorporando en el contexto local, dando así lugar a *lecturas transformadas* del canon⁷⁶. No está de más advertir el potencial transformador de dichas lecturas, que ya no se pueden juzgar como vacías repeticiones, sino como alternativas pertinentes de entendimiento. Éstas serán pues, nuestras herramientas iniciales de trabajo.

1.1.1. El daño

El daño encierra grandes enigmas que lo convierten en un reto para la jurisprudencia y doctrina: las dificultades aparecen desde el mismo intento por definir el concepto. No obstante, su posición central en el sistema de la responsabilidad nos obliga a intentar una aproximación a partir del estudio de su naturaleza, características y tipología.

1.1.1.1. Naturaleza y concepto

Muy pocos han intentado aportar una definición del daño, si se tiene en cuenta la gran cantidad de estudiosos osados que alberga el campo de la responsabilidad. Los que han aceptado el reto de condensar en términos jurídicos una realidad tan recurrente y escurridiza al lenguaje, afirman que se trata de una manifestación bidimensional⁷⁷.

⁷⁶ Sobre la dinámica y prometedora perspectiva de la circulación de conocimiento jurídico: López, Diego. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis, Bogotá, 2004. Aunque el marco conceptual se propone para explicar los procesos de circulación y recepción de ideas y argumentos iusteóricos, no para conocimientos de carácter dogmático – disciplinar, lo tomamos prestado para caracterizar la conducción de teorías al interior del campo de la responsabilidad patrimonial del Estado al considerar que se trata de un escenario teórico similar, pues se presenta la misma tensión entre *sitios de producción* de argumentos inicialmente marcados por su contexto, que a través de *lecturas transmutadas* en *sitios de recepción*, toman forma de dogmas indiscutibles de aplicación general, sin miramiento alguno sobre los paisajes culturales e intelectuales que circundan la práctica jurídica local.

⁷⁷ Consideramos éste un punto de partida óptimo para continuar el ejercicio de excavación conceptual, porque se trata de uno de los esfuerzos de búsqueda más profundos. La mayoría de las definiciones

En otras palabras, un fenómeno de dos caras: la material o sustancial y la formal o jurídica. Desde la primera, el daño es un hecho físico –realidad ontológica– que altera la realidad. Desde la segunda, se trata de un evento calificado como reprochable por el derecho. Las dos dimensiones dan lugar a la definición preliminar del daño como aquél hecho jurídico que provoca una reacción de la misma naturaleza (la reparación)⁷⁸.

No todos los eventos que tienen lugar en el mundo físico trascienden al jurídico. Es así como algunos se quedan en meros fenómenos naturales, mientras otros, los que alcanzan relevancia jurídica, reciben una calificación por parte del derecho. Esta calificación puede darse en dos sentidos: aprobación o desaprobación. Las dos, implican cambios de orden jurídico. El daño comporta una reprobación traducida en la expresión *antijuridicidad*⁷⁹, que acuñó De Cupis para referirse a aquella contrariedad de un evento humano frente al conjunto de normas (derecho en sentido objetivo) que eventualmente confieren a sus destinatarios ciertas posiciones de prevalencia frente a otros (derecho en sentido subjetivo).

No podemos perder de vista este último punto, debido a la importancia que tendrá después en la identificación de las creencias tradicionales: la antijuridicidad

representan al daño en su sentido más genérico como alteración, menoscabo, afectación, destrucción... de cualquier situación favorable. En este sentido: Von, Tuhr Andreas. *Tratado de las obligaciones*, Reus, Madrid, 1984, pp 55 y ss. .ado en: Duque, José. *Del daño. Compilación y extractos*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 65-81; Bustamante, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983., pp. 134-137; Bustamante, Álvaro. La responsabilidad extracontractual del Estado, Leyer, 2003., pp. 85-90; Martínez, Gilberto & Tamayo, Catalina, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Temis, undécima edición, Bogotá, 2003., pp. 248-265; Henao, Juan. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 83-84; Saavedra, Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública* – primera edición. Bogotá, ediciones Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 594 y ss.; López, Marcelo. *Elementos de la responsabilidad civil*, Pontificia Universidad Javeriana – Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2009, pp. 63-65.

⁷⁸ Adriano de Cupis proyectó una nueva configuración del conjunto de elementos de la responsabilidad, que en su versión clásica se integraba por el hecho generador, daño y nexo de causalidad. Frente a los dos primeros, advirtió una estrecha relación: se trata de eventos que causan un efecto jurídico (reparación), pero solo uno de ellos lo hace directamente (el daño). Por lo anterior, el hecho generador pasó a ser considerado como la causa indirecta de la reparación, y el protagonismo científico se lo robó el daño. De Cupis. *El Daño. Traducido por Ángel Martínez Sarrión*, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 83.

⁷⁹ No obstante, De Cupis admite la existencia excepcional de daños aprobados por el derecho, pues resultan del ejercicio legítimo de ciertas prerrogativas necesarias para el sostenimiento de la vida en sociedad (libertad de empresa, soberanía estatal). Advierte sin embargo que tales *daños no antijurídicos* acarrearán una compensación de los intereses sacrificados. De Cupis. *El Daño...*, pp. 92-100.

del daño comporta una contradicción con el cuerpo objetivo del derecho, antes que con los derechos subjetivos. La afirmación es lógica, según De Cupis, ya que de las normas no siempre devienen prerrogativas para sus destinatarios (piénsese por ejemplo en la que configura los elementos de un impuesto). De esta manera, el desconocimiento de un derecho subjetivo acarreará siempre una contrariedad frente al objetivo, pero no toda contradicción de las normas implicará una violación de derechos. En últimas, las dos representan la antijuridicidad pero dan lugar a una tendencia muy marcada: el daño no se asocia necesariamente a la violación de derechos⁸⁰.

Si el daño es aquél evento calificado por el derecho como antijurídico, la pregunta inmediata sería: ¿cuándo se considera, o debe considerarse, antijurídico? Es decir ¿cuándo podemos afirmar que existe una contrariedad frente al derecho? De Cupis responde con una de las elaboraciones más cortas pero más famosas: “lo que el derecho tutela, el daño vulnera”⁸¹. La respuesta corta sería entonces, que el derecho califica como antijurídicos aquellos eventos que atentan contra lo que el mismo ordenamiento protege. No se puede evitar ahora la interrogante por el objeto de protección: ¿qué protege el derecho? A lo que el maestro italiano responde: un interés humano.

Al tratar de dar forma a la expresión interés humano⁸², comienza afirmando la condición indigente del ser, es decir, que la condición humana se presenta carente de ciertas cosas que impiden su plena manifestación. Son pues las *necesidades* las que impulsan al individuo hacia la búsqueda de cosas para su

⁸⁰ De Cupis asume como premisa básica la existencia de una relación de necesidad entre derecho subjetivo y objetivo: no se admite el ejercicio del primero al margen del segundo, asimismo, cualquier atentado al primero, comporta necesariamente una afrenta al ordenamiento. De otro modo piensa por ejemplo Jossierand, para quien dicha relación es relativa, por cuanto el ejercicio del derecho subjetivo puede ser admitido por el ordenamiento pero extralimitado (con lo que se estaría afirmando la posibilidad de ejercer un derecho contrariando el ordenamiento), y muchos atentados son posibles al amparo de las normas (razón suficiente para admitir la responsabilidad por riesgo por ejemplo). Jossierand, Louis. *Del abuso del derecho y otros ensayos*, Temis, Bogotá, 1982.

⁸¹ De Cupis. El daño..., p. 109.

⁸² Empresa iniciada antes y desarrollada con éxito por Von Ihering: Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987.

satisfacción. Ahora bien, aquellas cosas que proporcionan satisfacción, ostentan una calificación especial por parte del derecho: *bienes*⁸³.

La expresión interés guarda entonces una estrecha relación con las categorías atrás esbozadas. De Cupis indica dos posturas teóricas que pretenden explicarla. Desde la primera de ellas, el interés se concibe como el juicio de valor que hace un sujeto al calificar como útil una cosa⁸⁴. Desde la segunda, se concibe como la relación existente entre un sujeto necesitado y una cosa útil, por la que el primero disfruta de la segunda.

Para De Cupis, la primera tesis no es de recibo porque entiende que el derecho no puede brindar protección a las valoraciones personales: la utilidad de las cosas se presenta al margen de tales juicios. La segunda en cambio, permite construir mejor la idea de bien jurídicamente tutelado, ya que se basa en una relación que puede ser verificada de manera objetiva⁸⁵. Como corolario de todo lo anterior, De Cupis terminó elaborando la definición más célebre de daño: aquel menoscabo a un interés jurídicamente protegido.

Al intentar una aproximación a la noción de interés, el profesor italiano encontró que dichas relaciones sujeto-bien podían presentarse frente a dos tipos de cosas: las que ostentaban una naturaleza exterior, valor de cambio, respondían a una necesidad económica y eran susceptibles de intercambio; y aquellas que no reunían las características mencionadas. Las primeras, daban lugar a relaciones de orden patrimonial, las segundas, no patrimonial.

La afectación a dichos intereses genera daños patrimoniales o no patrimoniales respectivamente⁸⁶. En ese orden de ideas, De Cupis lanzó una de las

⁸³ Una explicación similar puede verse en: Schapp, Jan. *La libertad en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1998.

⁸⁴ “Lo cual sería precisamente un acto de la inteligencia, consistente precisamente en el juicio emitido por el sujeto de una necesidad sobre la valoración de un objeto (bien) como medio de satisfacción de la misma necesidad”. De Cupis. *El daño...*, p. 110.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 111.

⁸⁶ De Cupis. *El Daño...*, pp. 120-127.

premisas más reveladoras para esta investigación: los daños no patrimoniales no pueden ser considerados daños en sentido jurídico, por cuanto su contenido apenas genera reacciones desde la esfera del derecho público, concretamente el penal, pero no desde el civil. Se podría aspirar, máximo, a una medida de satisfacción no equiparable a indemnización en sentido estricto⁸⁷.

Con esta perspectiva la noción de daño se redujo a la idea de empobrecimiento económico, lo que motivó fuertes críticas provenientes de un sector renovado de la academia colombiana. Los profesores Arturo Valencia y Álvaro Ortiz pusieron en jaque la definición clásica con algunos cuestionamientos frente a las dos consideraciones más importantes de De Cupis: la antijuridicidad como oposición al ordenamiento antes que a los derechos subjetivos y la idea de protección a intereses patrimoniales⁸⁸.

En primer lugar, la definición aportada de antijuridicidad como oposición principal al conjunto de normas, no tanto a los derechos subjetivos, supone, a juicio de los tratadistas colombianos, una confusión entre los daños público y privado. En el primero, la reacción del derecho opera por una contradicción directa entre conducta y ordenamiento que acarrea sanciones penales, mientras que en el segundo, dicha oposición es indirecta, pues la alteración directa acaece frente a derechos subjetivos, y su consecuencia tendrá que ser siempre la reparación. El concepto que acuñó De Cupis permite, curiosamente, dicha conclusión.

En segundo lugar, afirmar que solamente los daños patrimoniales resultan susceptibles de reparación, y de la denominación de daños en sentido estricto, lleva a una sin salida lógica: si los daños no patrimoniales no se indemnizan, porque no

⁸⁷ “(...) el problema se perfila en estos términos específicos. ¿Es o no posible una reacción jurídica contra el daño que afecta al interés privado relativo a bienes no patrimoniales? La respuesta afirmativa llevaría sin más a considerar como daño en sentido jurídico el daño privado no patrimonial. En el Código civil vigente el legislador italiano ha despojado al problema de su importancia práctica, dotándolo de una solución expresa de carácter esencialmente negativo. Así, el art. 2.059 Código civil establece que <<el daño no patrimonial debe ser resarcido *sólo en casos determinados por la ley*>>; y tales casos se reducen a aquellos en que el hecho productor del daño tiene naturaleza delictual (art. 185, 2.º, del Código penal). Con ello se significa que sólo la coexistencia de un interés público penalmente tutelado hace posible la protección jurídica del interés privado relativo a bienes no patrimoniales.” De Cupis. *El Daño...*, p. 127.

⁸⁸ Valencia, Arturo & Ortiz, Álvaro. *Derecho civil. De las obligaciones* -9 edición-, Temis, Bogotá, 2004, pp. 179-200.

son daños en un sentido jurídico estricto, entonces no debería proceder ninguna reacción por parte del derecho, ni siquiera a título de satisfacción⁸⁹.

Las anteriores razones llevaron a Valencia y Ortiz a reformular el concepto de daño, para concebirlo como la destrucción o menoscabo de los derechos subjetivos de las personas, aún los no adquiridos (porque también se indemnizan aquellos que legítimamente se podrían haber adquirido). No obstante, al explicar la tipología del daño, los profesores se mantuvieron dentro de la tendencia clásica que distingue a los patrimoniales de los no patrimoniales por la reacción que provocan: indemnización los primeros, satisfacción los segundos⁹⁰.

Dentro de la misma lógica de construcción del concepto, las tradiciones italiana y francesa encontraron un punto común que despertó discusiones interesantes en el contexto nacional: la distinción entre daño y perjuicio (daño evento y daño consecuencia en la composición italiana). Partiendo de la valoración del daño como un fenómeno bidimensional –hecho físico y jurídico–, los europeos concibieron el daño como la “afrenta a la integridad de una cosa” y el perjuicio como las consecuencias relevantes para el derecho, derivadas de dicha lesión⁹¹.

Sostenían la utilidad de la distinción en el hecho de que así, por una parte, se permitía ejercer un control más estricto de causalidad, pues solamente aquellos propietarios de las cosas afectadas por la lesión podrían reclamar indemnización⁹²; por otra, al distinguir se abría la posibilidad de pensar en perjuicios ocasionados a diversos patrimonios, además del que reclamaba indemnización, con lo que las acciones de grupo encontraban mejor sustento lógico⁹³.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 179 – 181.

⁹⁰ *Ibíd.*..., p. 200.

⁹¹ Henao, Juan. *El Daño...*, pp. 76. En el mismo sentido: Paillet, Michel. *La responsabilidad administrativa (traducción de Jesús María Carrillo Ballesteros)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 255-259.

⁹² (...)“se indemniza solo el perjuicio que proviene del daño”. Henao, Juan. *El daño...*, p. 78.

⁹³ *Ibíd.*, p. 79.

Con el ánimo de clarificar la cuestión, el profesor Javier Tamayo encontró inútil la distinción, pues lógicamente no cabía la posibilidad de atribuir al daño una naturaleza distinta a la del perjuicio: se trata, en ambos casos, de una manifestación del mundo físico con un impacto reflejo en el jurídico que no se puede escindir -so pena de confundir dos elementos de la responsabilidad civil: el hecho generador con el daño- pues llegaríamos al absurdo de admitir que las lesiones reparables son el fruto de otras lesiones no reparables⁹⁴.

Para Tamayo, tanto la posibilidad de reclamar indemnización por parte del propietario como de los grupos afectados subsiste sin necesidad de la distinción, por cuanto entiende que se trata del “menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial” sin que sea necesario acreditar la condición de propietario⁹⁵.

Llegados a este punto, debemos advertir que la definición de la naturaleza y concepto del daño no ha sido una empresa pacífica en el derecho. Los desarrollos de la doctrina contemporánea nos permiten pensar en un proceso de constante adecuación conceptual basada en la relación de utilidad existente entre el sujeto del derecho y los bienes (interés en De Cupis o facultad de disfrute en Tamayo). Las definiciones muestran una tendencia hacia la comprensión de daño como un fenómeno cada vez más relacionado con la dimensión humana y no simplemente patrimonial. Sin embargo, la tarea de reconstrucción aún no está completa, pues no todos los daños resultan indemnizables. Nos corresponde ahora explorar los requerimientos teóricos para identificar aquellos que abren la puerta de la reparación.

⁹⁴ “(...) no sería lógico que el daño consistiera en la lesión de ciertos bienes patrimoniales o extrapatrimoniales como consecuencia de la lesión ocasionada a otro bien extrapatrimonial cuya destrucción por sí sola no constituye un daño. ¿Con qué argumento lógico podríamos decir que la lesión a un determinado bien jurídico constituye un daño, mientras que el atentado contra otros, no?” Tamayo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II, Legis, Bogotá, 2007, p. 329.

⁹⁵ Junto a Valencia y Ortiz, Tamayo planteó un concepto del daño asociado a la vulneración de derechos subjetivos, que concibe como facultades concedidas por el derecho a las personas para disfrutar un determinado beneficio. Tamayo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II, Legis, Bogotá, 2007, p. 330.

El elenco de características del daño reparable ha sido fruto de una construcción paulatina que muestra interesantes fluctuaciones. En un comienzo, estaba conformado por tres características de cuño francés: *directo, personal y cierto*; que más adelante abrieron paso a nuevas interpretaciones y requerimientos: *legitimidad, subsistencia*, entre otros.

Por la primera, se entendían indemnizables aquellos perjuicios acaecidos como consecuencia directa del daño, de manera pues que los terceros que soportaran su reclamo de indemnización en un evento que no guardara un nexo de causalidad con éste, se verían en dificultades. Así por ejemplo, frente a una afectación corporal apenas se legitimaría el sujeto titular que sufriera la lesión, pero no los terceros que vieran en detrimento su patrimonio por el hecho de tener que cuidar de la víctima⁹⁶.

El anterior planteamiento recibió algunas críticas que debilitaron su presencia en el grupo de características. En primer lugar, que se trataba de una consideración hecha desde la distinción entre daño y perjuicio que ya no tenía asidero en el panorama conceptual contemporáneo⁹⁷. En segundo lugar, que era un requerimiento sin efectos prácticos, por cuanto la reclamación de perjuicios indirectos se considera procedente siempre que guarde una relación de causalidad con el hecho generador⁹⁸. En tercer lugar, la condición directa resulta redundante si se tiene en cuenta que ya forma parte del sistema de responsabilidad, dentro del estudio del nexo de causalidad⁹⁹.

⁹⁶ Paillet, Michel. *La responsabilidad administrativa...*, p. 260.

⁹⁷ Henao, Juan. *El daño...*, p. 87

⁹⁸ Mientras que en algunos ordenamientos como el español o el colombiano, dicha reclamación opera con independencia del daño, en principio, directo, al tratarse de un perjuicio distinto aunque derivado de la misma fuente fáctica; en otros como el francés, se admite la misma posibilidad bajo la comprensión de los daños por rebote (*dommage par ricochet*). Saavedra, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual...*, pp. 606-607.

⁹⁹ Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil...*, p. 336.

El carácter *personal* del daño, tiene que ver con la dimensión “egocéntrica” del perjuicio: solamente el afectado puede reclamar indemnización, nadie puede pedir la reparación de un daño que no ha sufrido¹⁰⁰. Sin embargo, en un contexto normativo como el nuestro es necesario repensar a la luz de la exigibilidad de derechos colectivos y de la posibilidad de reclamación por parte de aquellos que no necesariamente han sufrido un perjuicio. Es el caso de los daños contingentes a intereses colectivos, frente a los cuales se habilita cualquier ciudadano para reclamar su protección (ley 472 de 1998, art. 12).

No obstante, el enunciado inicial del carácter personal del daño no varía mucho frente a aquellos perjuicios ciertos –consumados– (pasados o futuros). Será siempre el afectado el único habilitado por el ordenamiento para solicitar su reparación, se trate de aquellos de carácter individual o colectivo. En el caso de éstos últimos, será el representante de la comunidad o la autoridad investida de la representación del interés o derecho vulnerado, la habilitada para reclamar y recibir indemnizaciones¹⁰¹.

La *certeza* del daño por su parte, es un problema de orden probatorio. El andamiaje conceptual de la certeza se construye al abrigo del principio de enriquecimiento sin causa: no pueden repararse aquellos perjuicios inexistentes, so pena de enriquecer un patrimonio sin causa a la vista que lo justifique¹⁰². Un daño es cierto cuando se ostenta la íntima convicción de su existencia –presente o futura-. Dicha convicción se construye a partir de la verificación del hecho generador del perjuicio y su relación causal con este último. En otras palabras, mientras que la realidad del perjuicio puede proyectarse con el paso del tiempo, la de los fenómenos que le dan lugar debe ser verificada en tiempo presente¹⁰³.

¹⁰⁰ La explicación a este postulado se encuentra en el genio individualista que imprimió el Código Civil de Napoleón al Derecho, como un instrumento de protección de la propiedad privada para el que los derechos de la colectividad son una categoría difusa. Henao, Juan. *El daño...*, p.105-108.

¹⁰¹ Se advierte que dichas indemnizaciones no pueden destinarse a acrecentar el patrimonio de ninguno de los legitimados, por cuanto ello implicaría el enriquecimiento de todos los integrantes de la colectividad. Es por ello que la reparación debe orientarse a tratar de volver las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño. Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad...*, t. II..., p. 427.

¹⁰² López, Marcelo. *Elementos de la responsabilidad civil...*, p. 67.

¹⁰³ Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t II..., p. 337.

Fundado en el principio de autonomía, que confiere al individuo la capacidad de orientar el curso de su propia existencia y determinar su desenlace¹⁰⁴, la construcción teórica ha dado lugar a la pérdida de oportunidad (*perte d' une chance*) como un daño indemnizable que surge cuando se causa detrimento sobre la oportunidad que tenía el sujeto de acceder a un beneficio, o de evitar un perjuicio¹⁰⁵.

Como cuando se priva a una persona, legal y técnicamente apta, de participar en un contrato con la administración pública debido a irregularidades acaecidas durante el procedimiento de selección del contratista, cuyo origen se encuentra en la conducta irregular de la autoridad misma¹⁰⁶. En estos casos, la “sanción” civil no procedería por el hecho de haberla privado de los beneficios del contrato, sino de la oportunidad de haber participado en éste. O como cuando se deja de intervenir en un proceso judicial, por ejemplo, para interrumpir una actuación que dará lugar a un perjuicio para la víctima¹⁰⁷.

No sobra advertir que la pérdida de la oportunidad es considerada una modalidad de daño indemnizable, cuya certeza radica en la situación “potencialmente apta” para conseguir un resultado buscado o evitar un perjuicio. La cuantificación de la reparación opera distinto a cuando estamos frente a

¹⁰⁴ Schapp, Jan. *La libertad en el derecho...*, p. 12.

¹⁰⁵ Aunque se trata de una institución estudiada en el campo de la responsabilidad civil médica. Giraldo, Luis. *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 29-55.

¹⁰⁶ Se refieren *al lado positivo* de la pérdida de oportunidad. Consiste en impedir que se desarrolle una actividad que brindaba la oportunidad de obtener un beneficio. Giraldo, Luis. *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, p. 37. Consejo de Estado. S 3. Sentencia del 3/may/2007. Exp. 16209. C. P.: Ramiro Saavedra. Actor: Sociedad Iskra Stevci. En este caso, la Empresa de Energía de Bogotá, en trámite de licitación para seleccionar al contratista que le suministraría insumos con alta especificación técnica, profirió pliegos de condiciones en tres oportunidades sin respetar los términos perentorios establecidos en el estatuto general de contratación estatal, tornando en irregular el procedimiento, por lo que fue necesaria su declaración como desierto, privando a los participantes de la oportunidad de acceder a los beneficios del contrato.

¹⁰⁷ En este último caso se habla del *lado negativo* de la pérdida de oportunidad. Se representa en el hecho de que cierta conducta impide que se cause un perjuicio del cual la víctima tenía la oportunidad de escapar. Giraldo, Luis. *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, p. 37-38.

perjuicios cuya realidad no se discute: según el grado de probabilidad de obtención del beneficio¹⁰⁸.

En cuanto a la *legitimidad*, se dice que el daño es indemnizable cuando recae sobre un interés legítimo. Para algunos, debe tratarse del atentado a uno “jurídicamente tutelado”, mientras que para otros, basta con que se trate de un simple “interés legítimo”. En el primer caso, el daño se produce frente a un beneficio expresamente protegido por las normas jurídicas en forma de derecho subjetivo, de manera pues que estaríamos excluyendo aquellos sobre los cuales no existe pronunciamiento jurídico evidente¹⁰⁹. En el segundo, es suficiente que se afecte un interés tolerado por el ordenamiento sin que deba por ello estar incluido en un catálogo expreso de protección¹¹⁰.

La dicotomía señalada atrás se ha resuelto a favor de la segunda opción, pues se considera que la responsabilidad no es ajena a la vieja premisa liberal de libertad: “lo que no está prohibido está permitido”¹¹¹. Aunque la protección de los derechos resulta obvia ante la ocurrencia de un evento que los lesione, no se puede negar por ello frente a aquellas situaciones sin tutela inmediata¹¹².

Finalmente, la exigencia de *subsistencia* tiene que ver con la condición actual del perjuicio, es decir, con el hecho de que no haya sido indemnizado al momento de la correspondiente reclamación de reparación, so pena de incurrir en un

¹⁰⁸ Debe advertirse, que estamos frente a expectativas muy razonables del beneficio y no frente a meras aspiraciones. Por ello, la reparación opera sobre cálculos aproximados. Tamayo, Javier. *Tratado...*, t. II. pp. 357 – 369; López, Marcelo. *Elementos...*, pp. 128 – 160. Giraldo, Luis. *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil...*, pp. 48-55.

¹⁰⁹ López, Marcelo. *Elementos...*, pp. 76-79.

¹¹⁰ Tamayo, Javier. *Tratado, t. II...*, p. 447.

¹¹¹ En cuanto a los alcances de esta premisa en el desarrollo de la actividad de la administración, resulta interesante el trabajo de la profesora Margarita Beladiez, para quien la *condición de vinculación negativa a la ley* (como la llama desde el ámbito del derecho administrativo) resulta fundamental a la hora de justificar el poder discrecional de la administración. Para Beladiez, una atribución de poder pautado (*condición de vinculación positiva: lo no prohibido sólo está permitido en la medida en que una norma así lo disponga*) haría imposible la adecuada actuación del Estado. Beladiez, Margarita. *La vinculación de la administración al derecho*, en: Revista de Administración Pública, num. 153, sept – dic/2000, pp. 315-349.

¹¹² Tamayo, Javier. *Tratado, t. II...*, pp. 446 – 448.

enriquecimiento del patrimonio de la víctima, sin causa a la vista¹¹³. Lo anterior se complementa con la exigencia de deducir, del monto del daño, aquél reportado por concepto de ventajas patrimoniales derivadas del perjuicio (*compensatio lucri cum damno*). Aunque debe advertirse, dicha compensación debe operar cuando la ventaja adquirida y el daño tienen lugar por un mismo hecho.

En este sentido, aquellos provechos obtenidos por causas distintas al cumplimiento de la obligación de reparar (solidaridad, cubrimiento de prestaciones laborales), no tendrían la aptitud de compensar el monto del daño, por cuanto significarían un aligeramiento de la carga del responsable que resultarían premiando su conducta dañosa¹¹⁴.

En conclusión, las exigencias del paradigma tradicional que permiten calificar un daño como indemnizable se resumen en su carácter personal, cierto, legítimo y subsistente. A ellas subyacen una serie de creencias que pondremos en evidencia más adelante, no sin antes terminar este periplo alrededor del daño con la necesaria presentación de la tipología ofrecida por la doctrina y la jurisprudencia.

1.1.1.3. Tipología del perjuicio

Clasificar es una tarea que puede hacerse difícil si no se tiene claridad sobre el criterio de ordenación que la orienta. En materia de daños, se han hecho varios intentos a partir de tres criterios: la naturaleza del interés afectado, el objeto de la lesión y la distinción entre daño y perjuicio¹¹⁵. Desde el primero de ellos, los daños se clasifican, según la posibilidad de evaluar el interés lesionado en términos

¹¹³ López, Marcelo. *Elementos...*, pp. 84-85; Martínez, Gilberto & Martínez, Catalina. *Responsabilidad...*, pp. 248 – 268.

¹¹⁴ De Cupis, Adriano. *El daño...*, ... , p. 328 – 331. En el mismo sentido: Henao, Juan. *El daño...*, pp. 50-76.

¹¹⁵ La gama de criterios aquí presentados sigue muy de cerca un ejercicio de comparación entre los ordenamientos colombiano y francés, realizado por el profesor Juan Carlos Henao: Henao, Juan. De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios. En: *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho –Estudios en homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo-* Tomo I (coordinado por: Maximiliano Aramburo). Biblioteca Jurídica Diké – Universidad Pontificia Bolivariana – Pontificia Universidad Javeriana-, Medellín, 2011, pp. 139-163.

pecuniarios, en patrimoniales y morales¹¹⁶. Desde el segundo, deben clasificarse teniendo en cuenta el sustrato de la lesión, es decir, el blanco del daño u objeto “golpeado” con éste: daños a los bienes, al cuerpo o a la actividad¹¹⁷. El último permite pensar que el daño, lesión, debe ser clasificado en función del lugar donde “golpea” el ataque (a los bienes, al cuerpo o a la actividad) mientras que el perjuicio, consecuencia de la lesión, en función de la naturaleza del interés afectado (pecuniario, no pecuniario)¹¹⁸.

Aunque los dos últimos criterios ofrecen posibilidades para pensar el perjuicio desde una perspectiva distinta a la pecuniaria (como veremos más adelante) no aportan mucha claridad a la hora de sistematizar las manifestaciones del daño, por cuanto permiten que algunos puedan ser clasificados dentro de dos o más categorías. Piénsese por ejemplo en aquella pérdida de ingresos proveniente de una lesión corporal (¿se trata de un daño a los bienes o a la actividad?). Además, partir de una distinción tan cuestionada entre daño y perjuicio puede llevar a confusiones (¿Por qué no puede un daño ser catalogado como pecuniario o no pecuniario? ¿Por qué no puede afirmarse que los perjuicios recaen sobre el cuerpo, los bienes o la actividad?).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el profesor Juan Carlos Henao concluye que lo más saludable para el contexto colombiano es acoger el primer criterio, pues entiende que ninguna manifestación del daño escapa a la evaluación pecuniaria. No obstante, admite la posibilidad de utilizar el segundo criterio, con algunos matices, como factor de subclasificación al interior de la “summa divisio”, en aras de alcanzar la reparación integral del perjuicio. A juicio del profesor, son estas las razones por las que contamos con un esquema que separa los daños en

¹¹⁶ Asumiendo que dentro de la gama de los morales existen otros de naturaleza no pecuniaria. Chapus, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*. L.G.D.J., París, 1957. citado por Henao, Juan. *De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios...*, p.145.

¹¹⁷ Richer, L. *Préjudice reparable*. En: Gazier, F & Drago, R. *Repertoire Dalloz –Responsabilité de la puissance publique*. Dalloz, París, 1988. citado por Henao, Juan. *De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios...*, p. 151.

¹¹⁸ Cormier, Ch., *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, LGDJ, París. 2002. citado por Henao, Juan. *De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios...*, p. 157.

patrimoniales (pecuniarios, materiales) y extrapatrimoniales (morales, no pecuniarios, inmateriales), pero mantiene las modalidades de daño a los bienes y a las personas¹¹⁹.

Como lo indicamos al hablar de su naturaleza, el perjuicio recae sobre la capacidad de disfrute de un sujeto del derecho –*interés*– que puede o no tener una representación pecuniaria y valor de cambio. Esta circunstancia determina la tipología que aquí presentaremos, no sin antes hacer una precisión terminológica que nos parece saludable. Decíamos atrás, que cuando el interés afectado ostentaba una naturaleza económica estábamos frente a un daño de orden patrimonial, mientras que del otro lado su carácter se tornaba en extrapatrimonial. Pues bien, en torno a esta última expresión se ha construido un interesante debate, que tiene que ver con su alcance.

Mientras algunos afirman la coherencia lógica que alberga la denominación de *patrimonial* para denotar aquellos objetos cuyo contenido económico permite incluirlos dentro de una universalidad jurídica¹²⁰, otros amplían la extensión del significado a aquellas cosas que se encuentran bajo la titularidad de un mismo sujeto de derecho, al margen de su dimensión pecuniaria¹²¹.

La distinción señalada tiene implicaciones de orden semántico interesantes. Desde la primera postura, la tipología del daño se bifurca en dos grandes categorías: *patrimonial* y *extrapatrimonial*, entendiendo que la primera se refiere a aquellas alteraciones a beneficios o intereses con contenido económico, y la segunda a las que recaen sobre objetos ajenos a dicha valoración¹²². Desde la segunda, no se concibe un daño al margen del patrimonio de la persona, pues se entiende que éste encierra todos los beneficios, derechos o intereses cuya

¹¹⁹ *Ibíd.*..., pp. 158 – 163.

¹²⁰ En el fondo subyace una comprensión del derecho de las obligaciones como aquél sistema de normas que tienen que ver con la dimensión económica del individuo. Von, Tuhr Andreas. *Tratado de las obligaciones...*, p. 68; Velásquez, Luis. *Bienes*, Temis, Bogotá, 2004, pp. 89-92; Valencia, Arturo & Ortiz, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas -16 edición-*, Temis, Bogotá, 2010, pp. 277- 278.

¹²¹ Henao, Juan. De tal derecho lesionado tal acción. En: *V Jornadas de derecho constitucional y derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 486-541.

¹²² Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil...*, t. II, pp. 470.

titularidad pueda ostentar en un momento específico. Quedan como extremos de la clasificación los daños materiales e inmateriales, siendo todos *patrimoniales*¹²³. Aunque la idea en el fondo se conserva tendremos en cuenta, por ahora, la primera postura para las siguientes líneas.

Los que ofrecen menos dificultad a la hora de sistematizar la tipología del perjuicio son los llamados patrimoniales –*materiales*–, debido a la facilidad que teóricos y jueces han encontrado a la hora de valorarlos y probarlos. Dada su textura económica, el valor de cambio permite la sustitución inmediata por el dinero. Dentro de esta categoría son ya tradicionales los *emergentes* y *lucrocesantes*. Los primeros, definidos como aquellas erogaciones que representan aquellos objetos que “salen” o “saldrán” del patrimonio de la víctima¹²⁴. Los segundos, como las ganancias o beneficios que, de no haberse presentado el daño, ingresarían con toda seguridad al patrimonio¹²⁵.

Otras son las inquietudes frente a los extrapatrimoniales –*inmateriales*–. Al recaer sobre intereses esquivos a la representación dineraria, constituyen un reto para la reparación, cuantificación y prueba.

La primera dificultad que se afronta al pensar en esta clase de perjuicios está en saber si deben o no ser considerados susceptibles de reparación. Dada su particular naturaleza, como lo vimos atrás, algunos admiten que no se trata de

¹²³ Henao, Juan. El daño..., pp. 191-193. Aunque no se puede obviar que la precisión se puede prestar para confusiones con algunas denominaciones del derecho de seguros inglés. En este punto: Tamayo, Javier. Tratado de responsabilidad..., p. 473.

¹²⁴ La doctrina más autorizada en el ámbito colombiano ha considerado que tales perjuicios pueden recaer sobre personas o bienes. En ambos casos, la preocupación será cubrir los gastos en que incurran las víctimas intentando restablecer las condiciones iniciales de su patrimonio: cuidados médicos, medicamentos y prótesis, salarios de personas que tendrán a su cargo la salud de la víctima, mejoras necesarias, entre otros. Al respecto: Gil, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Librería Jurídica Comlibros, Bogotá, 2006, pp. 86-88; Saavedra, Ramiro. *Responsabilidad extracontractual...*, pp. 618. 621; Henao, Juan. *El daño...*, pp. 199-209.

¹²⁵ Los lucrocesantes son perjuicios representados en aquello que “no entrará” al patrimonio. Entiéndase que se trata de ganancias o provechos. Las primeras son ventajas económicas aportadas por objetos que producen dinero, y los segundos, representan alivios pecuniarios para la víctima, aunque no produzcan dinero (vehículos de uso particular por ejemplo). Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad. t. II...*, pp. 475-483.

verdaderos daños por cuanto no dan lugar a prestaciones evaluables en términos pecuniarios y en esa medida, tampoco generan verdaderas obligaciones¹²⁶.

No obstante, partiendo de la distinción conceptual entre reparación e indemnización (que toma a la primera como un ejercicio de restauración del estado de cosas alterado, y a la segunda como la compensación de dicha alteración con medios equivalentes¹²⁷), se concluye que pueden ser indemnizados, aunque no reparados. En otras palabras, dan lugar a formas de satisfacción porque al igual que los patrimoniales, constituyen una fuente de insatisfacción con relevancia jurídica¹²⁸.

Sobre la cuantificación siempre se ha pensado en la imposibilidad de identificar plenamente el valor del daño. Sin embargo, teniendo en cuenta que las reacciones que suscita son apenas prestaciones equivalentes, la doctrina y la jurisprudencia se han dado a la tarea de buscar formas de satisfacción. Los primeros reconocimientos de perjuicios morales en Colombia tuvieron como consecuencia órdenes encaminadas a brindar a la víctima una prestación de hacer¹²⁹.

Con la legislación penal se abrió la posibilidad de compensar con sumas de dinero, utilizando como mecanismo de actualización el valor del gramo de oro. La germinación del perjuicio moral en el panorama jurídico colombiano recoge una historia de discusiones surgidas en torno a la interpretación de las normas penales.

¹²⁶ De Cupis. *El daño...*, pp. 127.

¹²⁷ Barreto, Alejandro. La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo. Tesis de Maestría, Universidad de los Andes, Bogotá, 2004, p. 28. En el mismo sentido: Solarte, Arturo. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. En: Celis Javier (coordinador). *Tendencias de la responsabilidad civil en el Siglo XXI*. Biblioteca jurídica Diké – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 121 – 155.

¹²⁸ Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad, t. II...*, p. 488.

¹²⁹ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 21 de julio de 1922, atendiendo la pretensión indemnizatoria del Señor León Villaveces, quien se consideraba perjudicado en sus afectos como resultado de la exhumación voluntariosa de los restos de su esposa por funcionarios del municipio de Bogotá, ordenó la construcción de un monumento fúnebre. Con este fallo se advirtió además la condición indemnizable del daño moral, al margen de las dificultades de su cuantificación. Navia, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 26-29.

En los códigos de 1936 y 1980, fieles a la tradición positivista italiana, se contempló la indemnización de perjuicios como una de las funciones de la pena, que confería al juez un poder provisional de tasación aproximada de aquellos perjuicios que escapan a la cuantificación dineraria. Con el ánimo de brindar mayores garantías a las víctimas, a través de mecanismos que permitieran conservar el poder adquisitivo del dinero recibido por concepto de indemnización, los jueces civiles y administrativos se fueron desprendiendo paulatinamente. A lo anterior se sumó un sentimiento de inconformidad con la norma penal alimentado en el hecho de que ésta contemplaba como factor de cuantificación la gravedad de la conducta punible, desdibujando con ello la frontera entre culpabilidad e indemnización. Fue así como la remisión al valor del oro se convirtió en la tendencia constante, acogida después por el código penal de 1980¹³⁰.

Las dificultades que ofrecía el metal para mantener el poder adquisitivo de la moneda, dieron lugar al salario mínimo como criterio de medición del perjuicio. Con la ley 599 de 2000 se fijó como monto provisional de indemnización un tope máximo tasado en salarios mínimos (1.000). No obstante, para el juez contencioso siguió siendo una norma ajena por dos razones: i) su ámbito de aplicación se reducía a aquellos eventos de daño derivado de la comisión de una conducta punible, lo que la hacía inaplicable en eventos de simple responsabilidad civil; ii) mantenía como factor de tasación la naturaleza de la conducta, olvidando que en el campo de la responsabilidad resultaba irrelevante a la hora de cuantificar el perjuicio. De esa manera el Consejo de Estado, al condenar al Inviás por la muerte de un ciudadano ocurrida en vía pública por fallas en la señalización de trabajos, señaló como tope máximo de indemnización la suma de 100 salarios mínimos legales¹³¹.

En todo caso, los jueces siempre han encontrado una prestación sucedánea sujeta a criterios de medición que permiten aproximar el valor de la indemnización. La tasación del monto del perjuicio moral ha estado sometida a la “discrecionalidad

¹³⁰ Navia, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico...*,

¹³¹ Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 6/sept/2001, Radicación. No. 13232-15646 (acumulados), C. P.: Alíer Eduardo Hernández, actor: Belén González y otros - William Alberto González y otra.

del juez”, quien se ha preocupado por encontrar un sistema que se ajuste a las exigencias de justicia y reparación integral. En aras de alcanzar un parámetro que se acerque más a una valoración objetiva del daño, el Consejo de Estado decidió utilizar la herramienta del test de proporcionalidad, propuesta por la Corte Constitucional en su abundante jurisprudencia. Lo curioso es que al darle juego a esta herramienta, apenas se enunciaron los diferentes exámenes que componen el test (idoneidad, necesidad, proporcionalidad), sin hacer evidente su aplicación al caso concreto¹³².

En cuanto a la prueba del daño extrapatrimonial, existe consenso en torno a la dificultad de encontrar un medio que permita su verificación directa. Es por eso que desde muy temprano la jurisprudencia civil y contenciosa admiten la posibilidad de utilizar mecanismos indirectos. Las presunciones, inferencias hechas sobre la base de hechos indicadores, han sido las más recurrentes. No obstante, en aquellos casos en los que el perjuicio se exterioriza con claridad, se admite el dictamen pericial¹³³, mientras que en otros la gravedad del evento dañino permite considerarlos hechos notorios¹³⁴.

Como se ve, las dificultades no significan obstáculos insalvables para el reconocimiento de este tipo de perjuicios. Tal vez la tarea que más desvelos ha representado ha sido la de subclasificarlos, pues al respecto no existe un consenso muy claro entre la doctrina y la jurisprudencia nacionales. El consumo de teorías foráneas ha dado como resultado una serie de “lecturas transformadas” con gran impacto en la práctica jurídica cotidiana. A continuación, presentaremos brevemente las contrariedades de nuestro *paradigma* que curiosamente deja de ser

¹³² Consejo de Estado. S3. Sentencia del 25/may/2011 Radicación. No.18747, C. P.: Jaime Orlando Santofimio, actor: Dalila Castro de Molina y otros.

¹³³ Navia, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico...*, p. 29.

¹³⁴ Ante un evento como el desplazamiento forzado, traducido en la causación generalizada de perjuicios que atentan contra las dimensiones más humanas del ser, son indiscutibles las penurias que éste debe soportar y las llagas que su espíritu nunca podrá sanar. En el caso de las familias desplazadas de la hacienda Bellavista (Cesar), el Consejo de Estado consideró procedente calificar como hecho notorio el perjuicio moral de las víctimas de la arremetida paramilitar, en aras de compensar su posición débil en el litigio. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 18/ene/2010, Exp. No. 18.436 (reparación directa), C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Manuel Narváez Corrales y otros.

un edificio de formulaciones lógicas indiscutibles. Es así como iniciaremos con el sustrato más pacífico, el daño moral, para adentrarnos luego en otros más polémicos.

El *daño moral* representa un deterioro de la integridad afectiva o espiritual, cuyo origen puede estar en la tristeza o dolor físico que experimenta la víctima. Téngase en cuenta que se trata de dos fenómenos distintos, pues mientras el primero corresponde a una reacción de orden emocional, el segundo es apenas la respuesta a un estímulo externo¹³⁵.

Las manifestaciones externas no son una característica esencial de este tipo de perjuicios, lo que obliga casi siempre a recurrir a métodos de prueba indirectos. La jurisprudencia colombiana ha sido recurrente a la hora de integrar dentro de esta categoría otras modalidades afines: se trata del *perjuicio psicológico* y el *daño estético*¹³⁶. En el primer caso, la afectación se caracteriza por hacerse manifiesta en una patología de orden psicológico o psiquiátrico cuya certeza se debe establecer por medio de dictamen pericial¹³⁷. En el segundo, estamos frente a una alteración de la “regularidad estética” con origen en lesiones físicas y repercusiones de orden subjetivo¹³⁸.

Durante buena parte del siglo XX las normas penales marcaron la pauta para la indemnización de perjuicios morales. No obstante, sobrevino un paulatino desprendimiento por parte del juez civil y contencioso administrativo que tuvo que ver con una interpretación restringida de las mismas, lo que significó a su vez la ampliación de la gama de daños extrapatrimoniales¹³⁹.

¹³⁵ Tamayo, Javier. *Tratado, t. II...*, pp. 503-508.

¹³⁶ Henao, Juan. *El daño...*, p. 241.

¹³⁷ Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -4 edición-* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 216-218.

¹³⁸ Téngase en cuenta que el daño estético es todavía una figura difusa pues su calificación obedece a un patrón cultural de belleza cambiante en el tiempo y el espacio. *Ibíd...*, p. 214-216. En el mismo sentido: Henao, Juan. *El daño...*, pp. 240, 241; Saavedra, Ramiro. *Responsabilidad extracontractual...*, pp. 644-646.

¹³⁹ La trifurcación de la jurisprudencia se dio a la luz del entendimiento del daño como un asunto de orden general, no solamente proveniente de la comisión de un delito, y de la reparación como una posibilidad de

La tendencia anterior fue alimentada por una intuición de la jurisprudencia que sospechaba de la existencia de un perjuicio con proyección sobre la dimensión social de la persona y no únicamente espiritual¹⁴⁰. Fue así como, en el caso del Consejo de Estado, la influencia francesa e italiana terminó por dar una pieza más del rompecabezas: el *perjuicio fisiológico*.

Con el *perjuicio fisiológico* se calificó aquella situación de alteración a la capacidad lúdica o placentera de la persona, con origen en un atentado a la integridad física. En otras palabras, se trataba de la privación de la capacidad de realización de actividades placenteras, como resultado de una lesión sobre la dimensión fisiológica¹⁴¹. Al ser éste su origen, la jurisprudencia asumió que no podía reclamarse por personas diferentes a la víctima de la lesión física, por cuanto solamente quien experimentaba el atentado a su cuerpo era privado de vivir placenteramente¹⁴².

Con el *daño a la vida de relación* se marcó un punto de inflexión que muestra distancias significativas entre la doctrina y la jurisprudencia. Al no ser unánime la voz, presentaremos en primer lugar el desarrollo dado por la jurisprudencia, y luego mostraremos las distancias frente a la doctrina.

abierta reclamación ante cualquier estrado judicial (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de septiembre de 1974). En: Navia, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico...*, pp. 66-88.

¹⁴⁰ La jurisprudencia civil de la Corte Suprema por ejemplo, concebía la existencia de un daño moral con repercusiones patrimoniales (*moral objetivado*) y sociales (daño al *patrimonio moral*) que se contraponían a la versión clásica del daño moral con alcance sobre la espiritualidad (*daño al patrimonio afectivo*). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 1968. En: Navia, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico...*, pp. 37-52.

¹⁴¹ Entiéndase por actividad placentera aquella vital que a pesar de no tener una rentabilidad económica sí reporta bienestar: juegos, lectura, artes, deporte, entre otras. Tamayo, Javier. *Tratado, t. II...*, pp. 509-511.

¹⁴² Fue la respuesta que dio el Consejo de Estado a las pretensiones indemnizatorias de un ciudadano que perdió sus extremidades inferiores al producirse el choque de su vehículo que en ese momento era conducido por personal del Ejército Nacional en estado de notoria embriaguez. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 6/may/1993, Radicación. No. 7428, C. P.: Julio César Uribe Acosta, actor: John Jairo Meneses Mejía otros. En el mismo sentido: Henao, Juan. *El daño...*, pp. 264-275.

Una cuota inicial del rubro se dio con el Decreto 1260 de 1970 en su artículo 4, pues advirtió la posibilidad de daños a bienes de la personalidad causados por hechos que no necesariamente lesionan el cuerpo humano¹⁴³.

El Consejo de Estado vio entonces la necesidad de adecuar el concepto del *perjuicio fisiológico* para extender sus alcances y con ello garantizar la reparación integral¹⁴⁴. Lo hizo entonces despojándolo de sus principales características y cambiando su denominación por la de *daño a la vida de relación*. Con esta expresión se refirió a los atentados contra la aptitud social de la persona, cuyo origen podía ser o no (he aquí la diferencia con el primero) la lesión física. Se admitió con esto la posibilidad de ocurrencia del daño a partir de la vulneración de cualquier derecho de la personalidad. Su manifestación típica fue entonces la privación del disfrute de actividades que permitieran la proyección social de la condición humana – placentera o cotidiana-. Por último, se pensó que al no ser fundamental la lesión fisiológica, era procedente su reclamación por cualquiera de las víctimas, aun cuando no fueran objeto directo del hecho dañino¹⁴⁵.

Una vez asimilado el nuevo rubro, el juez contencioso encontró similitudes frente a otro de orden material concebido en la jurisprudencia de la Corte

¹⁴³ **Decreto 1260 de 1979. “Por el cual se expide el estatuto del registro del Estado Civil de las personas”. Artículo 4.-** La persona a quien se discuta el derecho al uso de su propio nombre, o que pueda sufrir quebranto por el uso que otro haga de él, puede demandar judicialmente que cese la perturbación y se le dé seguridad contra un temor fundado, así como la indemnización de los daños a los bienes de su personalidad y del daño moral que haya sufrido.

A falta de aquella persona, la acción podrá proponerse por quien demuestre un legítimo interés fundado en razones familiares dignas de protección. (las subrayas son propias).

¹⁴⁴ Una vez más, fue el accidente de tránsito el escenario de análisis: buscando evitar un robo en zona rural de Pereira, funcionarios de la Policía Nacional tomaron un vehículo de propiedad del señor José Manuel Gutiérrez, quien los acompañaba para indicarles las condiciones del lugar de la amenaza de que había dado aviso. Una falla mecánica dio lugar al choque con otro vehículo estacionado en la vía, dando como resultado la paraplejía del guía. Para el Consejo de Estado, el daño a la vida de relación resultaba más comprensivo y por eso, en aras de satisfacer integralmente a la víctima, era procedente desechar la denominación anterior, junto con su contenido inicial. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 19/jul/2000, Radicación. No. 11842, C. P.: Alier Eduardo Hernández, actor: José Manuel Gutiérrez y otros.

¹⁴⁵ Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado...*, pp. 205-210; Tamayo, Javier. *Tratado, t. II...*, pp. 513-523; Saavedra, Ramiro. *Responsabilidad extracontractual...*, pp. 652-658.

Interamericana de Derechos Humanos: el *daño al proyecto de vida*¹⁴⁶. Al verificar que en ambos casos se trataba de una alteración de las potencialidades de realización de la existencia humana, se vio la necesidad de ampliar una vez más los alcances del daño extrapatrimonial a aquellas circunstancias de afectación trascendental a las condiciones de existencia. Fue así como surgió el *perjuicio por alteración a las condiciones de existencia* (ACE), versión renovada del anterior, que permitía reparar aquellas modificaciones de las condiciones habituales de vida. Para no dejar vacío de contenidos el nuevo rubro, pues hasta un daño patrimonial representa una modificación de la cotidianidad, se dejó por sentado que debía tratarse de un trastocamiento en modo superlativo –trascendental- de los roles cotidianos¹⁴⁷.

Como lo dijimos atrás, la jurisprudencia maduró sus frutos lejos de la doctrina, pues para sus representantes más autorizados la asimilación del *daño por ACE* como la versión renovada del *daño a la vida de relación*, y de éste como una presentación más extensa del *perjuicio fisiológico*, constituía a todas luces una imprecisión paradójica. Imprecisión, en la medida en que se concebían como versiones de un mismo rubro del daño manifestaciones distantes desde el punto de vista histórico y conceptual. Paradójica, por cuanto que al tratar de perfilar las herramientas para alcanzar la reparación integral del daño, lograron superponer

¹⁴⁶ “...el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) [E]l “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos de poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses”. Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de Reparaciones, párr. 147 y ss, citado en: Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 30/ago/2007, Radicación. No. 15724, C. P.: Ramiro Saavedra, actor: Oswaldo Pérez y otros.

¹⁴⁷ Las primeras órdenes de indemnización de daño por ACE se dieron al interior del Consejo de Estado cuando tuvo en sus manos las peticiones de reparación de víctimas del desplazamiento forzado. Aunque es clara la sustitución que operó sobre el daño a la vida de relación, no lo fueron tanto a la hora de precisar los elementos característicos de este nuevo rubro. Entre otras: Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG), C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, actor: Yudy Esther Cáceres y otros; Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 190012331000200300385-01, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Antonio María Ordóñez Sandoval y otros. Desde la doctrina: Gil, Enrique. *Temas de responsabilidad...*, p. 98; Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual...*, 210-214.

sus distintas aristas ocultándolas constantemente bajo flamantes denominaciones, dejando sin reparación rubros independientes como la afectación corporal¹⁴⁸.

La distancia conceptual e histórica puesta por la doctrina no es gratuita. Francia e Italia son dos sitios de producción que ofrecen contextos disímiles: en el primero, la construcción de la tipología del daño es una obra de los jueces, que se han dado a la tarea de ampliar el alcance de sus propias reglas, dando lugar a una tendencia de simplificación consistente en encontrar categorías genéricas, pues no están obligados a ordenar indemnizaciones discriminando los rubros del daño¹⁴⁹.

En Italia por el contrario, el reconocimiento de extrapatrimoniales ha sido restringido por la ley, lo que ha hecho de los jueces unos intérpretes audaces de la Constitución para ampliar la gama de daños indemnizables¹⁵⁰. Téngase en cuenta el distinto valor normativo de las Constituciones en uno y otro ordenamiento. En el francés, se trata de un documento político con escasos alcances normativos, lo que hace de su construcción jurisprudencial un constante ejercicio de ampliación y ajuste de las reglas existentes. En el italiano, de una norma superior a la ley, que convierte la tipología del daño en un campo de construcción autónomo para el juez¹⁵¹.

¹⁴⁸ Enrique Gil Botero ha sido una de los críticos más agudos de esta circunstancia, sus ya acostumbradas aclaraciones de voto son una muestra de ello. Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado...*, pp. 291-320. El Consejo de Estado discutió la reclamación de perjuicios de un recluso víctima de disparos propiciados por personal del Inpec en el Centro Penitencial de San Isidro de Popayán, que le ocasionaron paraplejía. La conclusión del Contencioso fue que en el evento se había ocasionado un daño por ACE. No obstante la lógica impecable de los argumentos, la aclaración de voto del ponente dejó ver un síntoma de inconformidad con la manera en que se asimilaron los daños extrapatrimoniales a una imprecisa alteración de las condiciones de la vida cotidiana: el reconocimiento de la ACE como una afectación extrapatrimonial con proyección en la dimensión social de la víctima lesionada físicamente, ocultaba la evidente afectación sufrida en la integridad corporal, que se proyectaba sobre la dimensión personal. Consejo de Estado. S3. Sentencia del 9/jun/2010 Radicación. No.19849, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: José William Rico Mendoza y otros.

¹⁴⁹ Henao, Juan. *De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios...*, pp. 140-145; Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado...*, p. 302.

¹⁵⁰ Navia, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico...*, pp. 16-300; Cortés, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

¹⁵¹ Sobre el carácter político de la Constitución francesa: Malagón, Miguel. *Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 28.

Las nociones incorporadas a nuestro ordenamiento son el resultado de lecturas transmutadas de la jurisprudencia francesa e italiana, en las que se entiende que una cosa es el daño como evento y otra como consecuencia, a su vez, unas son las consecuencias internas y otras las externas a la persona.

En Francia, por una parte, el perjuicio fisiológico consiste en una alteración al cuerpo de la víctima que le genera el mal funcionamiento de sus órganos. Sin embargo, existe alguna confusión y polémica frente a otros rubros como el *prejudice d'agrement* y la noción de *troubles dans les conditions d'existence*. El primero de éstos es un rubro reconocido por la justicia ordinaria pero no por la contenciosa administrativa. Consiste en la privación de determinadas actividades placenteras. El segundo, reconocido por la justicia contenciosa, pero no por la ordinaria, encierra los conceptos de *prejudice d'agrement* y daño fisiológico¹⁵².

En Italia, por otra parte, el atentado contra la integridad corporal constituye el denominado *danno biologico*¹⁵³, y sus consecuencias de orden externo, con proyección a la vida social de la víctima, el *danno alla vita di relazione*. Como se ve, nuestra jurisprudencia obvió la categoría de daño por afectación a la integridad

Sobre la condición autónoma de la creación italiana: Cortés, Édgar. Responsabilidad civil y daños a la persona..., pp. 76-92. En últimas, en el caso francés se trata de un sistema unipolar, que ve en las reglas del Código Civil el fundamento principal de la responsabilidad, mientras que en el italiano es evidente la bipolaridad: constitución y normas legales: Cortés, Édgar. El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de los modelos europeos. En: *Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 333-349.

¹⁵² La confusa expresión da la idea de una noción más funcional que conceptual, y resulta tolerable pues la sistematización de la tipología del daño ha estado marcada por una tendencia hacia la simplificación, debida a la rápida proliferación de rubros de perjuicio no patrimonial, y al hecho de que el juez no tiene la obligación de discriminar los diferentes daños que ordena reparar. Koteich, Milagros. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 127-156. Henao, Juan. *De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios...*, pp. 140-145; Henao, Juan. *El daño...*, pp. 252-264.

¹⁵³ La expresión se utilizó para referirse a una modalidad de daño valorada como patrimonial debido a que la comunidad médica logró traducir en términos económicos la afectación fisiológica. No obstante, al ser catalogado por la jurisprudencia como alteración al derecho constitucional de la salud, terminó por conferírsele una nueva condición como perjuicio extrapatrimonial, bajo la denominación de *danno da lesione della salute*. Cortés, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona...*, p. 97-163.

física para reconocer la de alteración a la dimensión social de la víctima, bajo una denominación que ni siquiera sus autores originales han logrado precisar bien.

El desarrollo más reciente de la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado lugar a un punto de encuentro con la doctrina. Bajo la denominación *daño a la salud* incorporó una categoría cerrada para superar las inconsistencias que generan los rubros abiertos. Se presenta cuando se ataca la dimensión psicofísica de las personas, sin que sea necesario verificar repercusiones de orden relacional. Esto último, para garantizar una protección autónoma del derecho a la salud y evitar que su reparación se vea opacada por criterios ajenos, como la alteración de la vida de relación¹⁵⁴.

Aunque pareciera ser el mismo perjuicio fisiológico, porque en algunos textos los enuncian como sinónimos¹⁵⁵, existen dos razones que refuerzan la idea de que estamos frente a una categoría nueva e independiente: su fundamentación constitucional y la metodología empleada para su valoración y tasación.

En cuanto a su fundamentación constitucional, el daño a la salud es un rubro que se explica en el mandato superior de protección de la dignidad y la salud del ciudadano (artículos 1 y 49 de la Carta). Se activa cuando presenciamos un atentado al derecho fundamental de la salud. Cuando hablábamos del *perjuicio fisiológico*, no pensábamos en normas constitucionales ni en derechos fundamentales, sino en la privación del goce de actividades placenteras¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Uno de los propósitos de la doctrina y jurisprudencia fue evitar los tratos desiguales que se podían ofrecer bajo el criterio de indemnización del daño a la vida de relación. Por ejemplo, si el juez concediera montos de reparación distintos a dos víctimas que sufren la misma alteración psicofísica, pero cuentan con vidas sociales de diferente intensidad. Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Sexta edición-* Temis, Bogotá, 2013, pp. 271-330.

¹⁵⁵ En la última edición del texto del profesor Enrique Gil, por ejemplo, se alude al daño a la salud “o daño fisiológico” en varias oportunidades. Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Sexta edición-* Temis, Bogotá, 2013, pp. 271-330.

¹⁵⁶ El daño a la salud es un rubro heredero de la tradición italiana. Los legisladores italianos acogieron la máxima romana de que “la persona no tiene precio”. Bajo ese entendido formularon normas que reconocían solamente la indemnización de perjuicios patrimoniales, excepcionalmente algunos extrapatrimoniales. Los jueces y profesores se dieron a la tarea de superar estas limitaciones, hicieron una interpretación sistemática de los mandatos del Código Civil, a la luz de normas constitucionales que tutelaban el derecho a la salud

La metodología empleada por los jueces para valorar y tasar la indemnización constituye otro factor que marca la diferencia. La evaluación del perjuicio fisiológico se dejaba en manos del arbitrio judicial, pero la del daño a la salud tiene dos facetas: una estática y otra dinámica. En la primera, el juez establece un monto sobre dos criterios de valoración directa: la edad de la víctima y el porcentaje de invalidez. En la segunda, se examina la gravedad de la lesión con base en las condiciones particulares de la víctima¹⁵⁷. El tope máximo establecido por el Consejo de Estado es de 400 salarios mínimos¹⁵⁸.

1.1.2. Imputación: ¿nexo de causalidad o título jurídico?

Con el acercamiento a la noción de daño estamos apenas en la puerta del laberinto. La complejidad ofrecida por cada uno de los elementos de la responsabilidad no deja de imprimir una suerte de perplejidad en la actitud de aquellos que nos adentramos en su estudio. La imputación no es la excepción, pues se trata de una elaboración inacabada que hunde sus raíces en disciplinas tan distantes (aparentemente) como la filosofía y la física. Partiremos entonces de la explicación de la causalidad como un fenómeno natural sujeto a traducciones jurídicas, para luego revisar la imputación como aquél ejercicio argumentativo que permite encontrar las razones por las que un daño se debe reparar.

como fundamental. Los pormenores de este proceso de uso alternativo del derecho en: Koteich, Milagros. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 37-47.

¹⁵⁷ Este sistema dual de valoración previene al juez de cometer injusticias. Por un lado, evita que se concedan indemnizaciones distintas a dos víctimas que sufren una lesión similar pero que ostentan una vida social de diferente intensidad. Por el otro, aseguran una reparación sensible a las particulares circunstancias de vida de cada víctima. Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Sexta edición-* Temis, Bogotá, 2013, pp. 321-323.

¹⁵⁸ Así lo definió el Consejo de Estado en sentencia del 28/may/2012, Exp. 22163, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: Noelia Ospina y otros. El 21 de noviembre de 1991, Noelia Ospina se encontraba en trabajo de parto cuando sucedió una diastocia de tejidos blandos (la cavidad vaginal no se dilató lo suficiente). Lo médicos del Hospital San Juan de Dios de Rionegro procedieron a cortar tejidos vaginales y extraer al niño. Transcurridos unos meses, se diagnosticó que el menor Juan Guillermo González Ospina no podía ver debido a una obstrucción irreparable del nervio óptico en el momento del parto.

1.1.2.1 *Nexo de Causalidad: la conquista del derecho sobre la naturaleza*

La expresión causalidad es monopolio de la filosofía y de las ciencias naturales, no del derecho. Su función inicial fue brindar explicación a la concatenación de eventos ocurridos en un tiempo y espacio determinados, al margen del reproche que pudiera surgir de la verificación sobre el origen de los sucesos¹⁵⁹.

No obstante, la evaluación de los hechos no puede ser la misma desde una disciplina como el derecho, en donde la simple secuencia de los fenómenos resulta insuficiente para establecer cuándo uno de éstos genera o no efectos jurídicos. Se trata de dos órdenes distintos: mientras que la naturaleza está regida por reglas sobre las que no se tiene en principio ningún control, el derecho se activa por dictámenes de la voluntad humana, lo que obliga a pensar en métodos distintos a la hora de averiguar por el origen de un resultado: causalidad en la primera, imputación en el segundo¹⁶⁰.

La causalidad, por una parte, opera como un enlace necesario entre dos eventos, siendo uno de ellos el origen (*causa*) del otro (*efecto*) en virtud de leyes naturales inmodificables. Los resultados se presentan de manera inevitable, cuando tiene lugar un hecho que desencadena una concreta ley natural: el calor sobre un cuerpo sólido genera su dilatación, el contacto de un cuerpo frío con otro que alberga calor da lugar al calentamiento del primero. Con la imputación, por otra parte, se establecen otro tipo de conexiones, ya no fácticas sino lógico formales. Para que un evento (*supuesto*) de lugar a otro (*consecuencias*) se requiere el concurso de una voluntad que así lo declare. En otras palabras, el cuerpo se dilata o se calienta si alguien ha afirmado antes que así será cuando se le proporcione calor, en el primer caso, o se le aproxime otro caliente en el segundo.

A pesar de las fronteras trazadas, causalidad e imputación responden una doble inquietud: ¿Quién debe reparar el daño? ¿Por qué debe repararse? Tenemos dos grupos de

¹⁵⁹ Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

¹⁶⁰ “La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad”. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho* (Cap I) – 4 ed., Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2005, p. 26.

respuestas: aquellas llamadas *teorías generalizadoras*, que buscan preservar la univocidad del concepto de causalidad para los ámbitos natural y jurídico; y las *individualizadoras*, que pretenden mantener una distinción entre los órdenes normativo y natural. Desde la primera orilla teórica, el daño es el resultado de un elenco de eventos que entretejen su ocurrencia, por no decir que le generan un contexto –*condiciones*-. Desde la segunda, se piensa que existe una diferencia radical entre aquellos sucesos que acondicionan el resultado y los que le dan directamente existencia –*causas*-¹⁶¹.

La principal teoría generalizadora es la de la *equivalencia de condiciones*. Dentro de las individualizadoras tenemos las de la *causa próxima*, *causalidad eficiente*, *causalidad preponderante*, *causalidad adecuada* y la *teoría de la acción humana*.

La teoría de la *equivalencia de condiciones* es la más representativa del primer grupo. Su planteamiento general se resume en que cualquier participación directa o indirecta en la generación del daño debe ser considerada como igualmente determinante, pues se entiende que todas son necesarias y juegan un papel causal idéntico (*conditio sine qua non*)¹⁶². Su aplicación tiene un cuestionamiento principal: genera la hipertrofia de la institución resarcitoria, al no permitir la posibilidad de atenuación de responsabilidad por la participación indirecta en el proceso generador del daño, haciendo irrelevante la ocurrencia de causas extrañas a la conducta del responsable¹⁶³.

El principal problema de la equivalencia de condiciones es que genera una explicación del origen de daño que no tiene límites: si todos los eventos que forman el contexto del resultado tuvieran la misma importancia, resultaría sencillo afirmar que en

¹⁶¹ La distinción fue señalada inicialmente por el profesor Stoppato, para quien unos son los antecedentes generadores de un resultado –*causas*– otros, los que sin producirlo lo facilitan –*condiciones*– además de aquellos que constituyen una circunstancia accidental que favorece la causa –*ocasiones*–. Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 28.

¹⁶² Se entiende que el daño es una realidad indivisible e inescindible de todos los fenómenos que le dan lugar, y además, que la naturaleza es uniforme en sus diferentes manifestaciones. Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 19-21; Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, ..., pp. 371-378.

¹⁶³ Las críticas motivaron la incorporación teórica de un factor correctivo: se entenderían condiciones necesarias en la causación del perjuicio aquellas que evidenciaran la participación culpable del responsable (directa o indirecta). El anterior no fue ajeno a las críticas, pues se consideró evidente la confusión generada entre causalidad y culpabilidad. Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 23.

un momento dado “todos” seríamos responsables de “todos” los daños. En esa medida, la víctima podría reclamarnos la obligación de reparar un perjuicio en el que no participamos directamente, haciendo del resarcimiento una institución con alcances ilimitados. Lo anterior, redundaría en el enriquecimiento desmedido de quien tuvo la “suerte” de ser perjudicado. Un escenario como éste llevó a repensar la viabilidad de la teoría que terminó convirtiendo a la responsabilidad en un instrumento de desequilibrio económico¹⁶⁴.

Tratando de salvar las críticas mencionadas, se optó por hacer de la causalidad un asunto de derecho y no de física. El problema ya no se podía ver con los mismos ojos, pues era evidente que las ciencias naturales brindaban explicaciones insuficientes: ¿debía reparar quien producía el daño actuando en legítima defensa o estado de necesidad por ejemplo? ¿Cómo relacionar causalmente aquellos perjuicios que tenían lugar por una omisión? Fue necesario entonces un ejercicio de selección que calificara como jurídicamente relevantes algunos eventos y no todos los de la cadena infinita de la realidad (teorías individualizadoras). En últimas, se terminó por agregar un juicio lógico-formal al inicial juicio físico-ontológico, marcando así el tránsito de la *causalidad física* a la *jurídica*¹⁶⁵.

Conscientes de la necesidad de nuevas explicaciones (individualizadoras), se pensó en una teoría cuyo criterio central fuera el nivel de proximidad cronológica entre el evento generador y el daño, afirmando así que deberían considerarse relevantes aquellos eventos que estuvieran cronológicamente más próximos a la ocurrencia del perjuicio –*teoría de la causa próxima*-. Sin embargo, muy pronto se cuestionó su validez al admitir que en algunas

¹⁶⁴ En aras de prevenir enriquecimientos sin causa y la frustración del destino amortizador del derecho de la responsabilidad, los teóricos se dieron a la tarea de buscar nuevas soluciones que pusieran límite a la extensión del resarcimiento: De Cupis, Adriano. *El daño...*, p. 255; Isidoro, Goldenberg. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 18.

¹⁶⁵ Dicho tránsito quedó resumido magistralmente por Fernando Pantaleón: “los operadores jurídicos no son <<productores>> sino <<consumidores>> de las leyes causales.” Pantaleón, Fernando. Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En: Asociación de Profesores de Derecho Civil: Centenario del Código Civil, t. 2, Madrid, 1990, p. 1563. citado por De Ángel, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusta, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pp. 787-802.

ocasiones ciertos eventos se podían considerar causas por su inmediatez lógica aunque no cronológica¹⁶⁶.

Un segundo intento se hizo con las teorías de la *causalidad eficiente* y de la *causalidad preponderante*. Por la primera, se entendía que debía ser calificado como causa aquél hecho que contribuyera en mayor medida a la producción de daño, en términos cuantitativos o cualitativos. Por la segunda, aquél que generara una ruptura del equilibrio entre factores favorables y adversos a la producción del daño. En ambos casos, se trataba de criterios de selección poco claros que dejaban finalmente el asunto en manos de la experiencia del juez¹⁶⁷.

Siguiendo la línea, se intentó buscar la causa, de entre un amplio elenco de condiciones, teniendo en cuenta su idoneidad para producir el resultado. Para evitar el cuestionamiento de las tesis anteriores, se planteó que dicha idoneidad venía determinada por la regularidad con que un evento daba lugar a otro. Dicha precisión debía hacerse a partir de un examen de las reglas de la experiencia y de las probabilidades de conocimiento que tuviera el causante del daño en un momento determinado (*prognosis póstuma*)¹⁶⁸.

La denominada *teoría de la causalidad adecuada* se construye sobre la revisión posterior de los eventos a la luz de la frecuencia con que ocurren, lo que supone dos reparos importantes: en primer lugar, que se configura a partir de la existencia de una pluralidad de casos, de manera que se excluye en aquellas causas extraordinarias; en

¹⁶⁶ Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 25. Piénsese por ejemplo en el caso del “carcelero de Ancuya”: el carcelero del reclusorio de Ancuya (Nariño) se disponía a dormir y abrió sin ninguna precaución la entrada del lugar mientras custodiaba a un ciudadano, que había sido retenido unas horas antes, en condiciones de escasa visibilidad por cuanto faltaba el fluido eléctrico. En ese momento, tres sujetos ingresaron sorprendiendo al custodio en estado de indefensión, y arrastrando al retenido fuera de las instalaciones le propinaron dos disparos que le quitaron la vida. Una aplicación estricta de la teoría de la causa próxima nos permitiría afirmar, como lo hizo en efecto la defensa, que estamos ante el hecho de terceros a quienes se les debe vincular como responsables del daño, no obstante, es claro que el resultado no hubiera sido posible de haber encontrado condiciones mínimas de seguridad en el reclusorio. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 5/jul/2006, Radicación. No. 14686, C. P.: Mauricio Fajardo, actor: Etelvina Mariela Romo y otros.

¹⁶⁷ Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 27-29.

¹⁶⁸ Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 30-38; De Ángel, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...*, pp. 754; Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I,..., pp. 371-378; López, Marcelo. *Elementos...*, pp. 395-419.

segundo lugar, que al acudir al concepto de previsibilidad tiende a superponer causalidad con culpabilidad¹⁶⁹.

En aras de reivindicar la libertad como elemento originario de la condición humana, se propuso una distinción entre las nociones de causa y acción, para indicar que mientras en la primera apenas se configuraban algunos hechos, en la segunda la voluntad jugaba un papel importante frente a los sucesos. A la luz de la *teoría de la acción humana*, las causas del daño deberán buscarse en aquellas acciones originadas en la voluntad del sujeto responsable¹⁷⁰. A pesar de la coherencia, el planteamiento resulta insuficiente ante eventos en los que la manifestación de libertad no es muy clara pero sin embargo se ocasionan daños¹⁷¹.

En materia de causalidad la vanguardia la han llevado por años quienes se dedican a pensar y elaborar el derecho penal. No fue la excepción con la más reciente teoría importada al campo de la responsabilidad: *imputación objetiva*. Sus postulados han sido acogidos porque permiten establecer conexiones lógicas entre los hechos, desprendiéndose así de su sola verificación fenoménica. En ese sentido, han permitido construir mejor el concepto de *imputación fáctica* como fundamento de la *imputación jurídica*¹⁷².

La teoría de la imputación objetiva parte de la idea de la naturaleza social del ser humano marcado por los inevitables contactos sociales. El derecho existe

¹⁶⁹ En un evento como el descrito por el Consejo de Estado en el que una gestante pierde a sus tres hijas debido a la falta de previsión por parte del personal médico que desarrolló el procedimiento establecido para un parto normal, encontrando que se trataba de trillizas, la teoría no nos permitiría explicar la relación de causalidad pues en este caso no resulta frecuente que la intervención quirúrgica produzca regularmente la muerte de los pacientes. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 19/ago/2009, Radicación. No. 18364, C. P.: Enrique Gil, actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros.

¹⁷⁰ Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 38-41.

¹⁷¹ Cerca de su casa en Orito (Putumayo), un grupo de niños encontraron una granada de fragmentación, que al parecer había sido extraviada por personal del Ejército Nacional días atrás, que se detonó después de jugar inocentemente produciendo la muerte de uno de ellos. En el caso concreto, no era fácil advertir una acción impulsada por la voluntad de las autoridades, sin embargo, el juez de primera instancia encontró procedente la condena en perjuicios a favor de los padres del menor fallecido. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 15/mar/2001, Radicación. No. 11222, C. P.: Alier Hernández, actor: Luis Yela Sambón y otros.

¹⁷² Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Sexta edición-* Temis, Bogotá, 2013, pp. 54-63.

para hacer posible dicha interacción y con tal fin concede a los individuos ciertos roles, que son asumidos como patrones de conducta con asignación de tareas específicas (producir, intercambiar, legislar...). La defraudación del rol es lo determinante a la hora de establecer causalidad, en otras palabras, quien se mantenga dentro de su libreto social asignado puede causar daños sin que deba repararlos¹⁷³.

El planteamiento general de la imputación objetiva se desarrolló en manos de los penalistas a través de algunas premisas que presentaremos brevemente: (i) riesgo permitido, (ii) principio de confianza, (iii) prohibición de regreso y (iv) competencia de la víctima o acción a propio riesgo.

La institución del *riesgo permitido* se explica a partir de la comprensión de la sociedad contemporánea como un escenario natural de riesgos: la interrelación entraña siempre una posibilidad de ser dañado, que se tolera por el simple hecho de facilitarla. Cuando el daño se genera en el marco de este límite tolerado, no da lugar a imputación. Sería el caso, por ejemplo, del médico que practica un procedimiento quirúrgico sobre el cuerpo del paciente causándole ciertas heridas, aunque se trata de una afectación de orden fisiológico no podríamos pensar en su indemnización por considerarla necesaria e inevitable para la realización del acto médico¹⁷⁴.

En virtud del *principio de confianza*, se asume que la distribución de roles se hace para que los contactos sociales se puedan generar con tranquilidad. Se espera entonces que todos actúen dentro de su “libreto social”. Entonces, cuando una persona comete el daño, pero actúa confiando en que el otro obraba conforme a dicho papel, no será imputado. Es el caso de daños perpetrados por personal del

¹⁷³ Serrano, Luis. *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2011, pp. 62-67.

¹⁷⁴ El acto médico conlleva un *riesgo inherente*, es decir, una probabilidad de daño que se materializa en el paciente, sin que genere responsabilidad del personal médico por tratarse de un resultado necesario e inevitable. Villegas, Andrés. La materialización del riesgo inherente y su diferencia con la culpa médica. *Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Medellín, noviembre de 2008, (24), pp. 9-31.

Ejército contra funcionarios de la Policía, en un evento de fuego cruzado en el que cada bando confía estar combatiendo al enemigo, con el apoyo del otro¹⁷⁵.

Cuando el resultado dañoso se alcanza con la intervención de varias personas, pero solo una de ellas quebranta su rol, la imputación opera sobre éste y no sobre los demás. La llamada *prohibición de regreso* opera entonces impidiendo “retroceder” en la cadena causal cuando en ella interfiere la acción dolosa de un tercero. De ser tenida en cuenta, el Estado terminaría salvando su responsabilidad en una infinidad de eventos de daño provocado por terceros. En algunas situaciones el daño es el resultado directo de la acción de un tercero, pero las autoridades incurren en falla del servicio o desconocen sus obligaciones contraídas en posición de garante¹⁷⁶.

Finalmente, se deben imputar al perjudicado aquellos daños en los que haya intervenido quebrantando su rol de víctima para convertirse en generador del daño, sea por infracción al deber de autoprotección, o por la exposición voluntaria al riesgo. La *competencia de la víctima*, recoge pues el postulado de la causa extraña proveniente de la víctima¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Un grupo de policías tuvo noticia del robo de mercancía y su depósito en zona rural. Una vez identificado el lugar y encontrada la mercancía, procedieron a su traslado a la estación de Policía de Codazzi (Cesar) en un bus de servicio público y una camioneta de servicio particular. En el camino, se encontraron con un grupo de soldados del Ejército Nacional, advertidos por la Policía, quienes los confundieron con los delincuentes y abrieron fuego generando un combate en el que resultaron heridos miembros de ambos bandos. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 30/ago/2007, Radicación. No. 15724, C. P.: Ramiro Saavedra, actor: Oswaldo Pérez Barrios y otros.

¹⁷⁶ Es muy recurrente encontrar situaciones que permiten ejemplificarlo: en Tuluá, las autoridades de policía capturaron a tres ciudadanos al ser acusados por un comerciante de atentar contra su patrimonio. Una vez reclusos en la Inspección de Policía, con el fin de escucharlos en diligencia de indagatoria, fueron sorprendidos por hombres armados que ingresaron a la fuerza en las instalaciones de la Inspección y se llevaron a los sujetos. Días después, aparecieron sus cuerpos sin vida en deplorables condiciones. En el presente caso, el Consejo de Estado consideró que las autoridades de policía faltaron a las obligaciones generadas por la posición de garante que ostentaban frente a las víctimas, por lo que encontró procedente la condena en perjuicios. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 20/feb/2008, Radicación. No. 16996, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: María Delfa Castañeda y otros.

¹⁷⁷ El Consejo de Estado admite hoy la posibilidad de imputar a la víctima los daños provocados por su propia culpa e inclusive por aquellos hechos dañinos generados sin culpa. Así se expuso en el caso de la muerte de un menor (impúber) como resultado del golpe en la cabeza que sufrió al subirse a una cancha de fútbol sin asegurar para evitar que un perro lo mordiera. Lo anterior, a pesar de que en el fallo que comentamos se consideró asimismo que la falta de aseguramiento configuraba una falla del servicio sin posibilidades de exoneración. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 18/feb/2010, Radicación. No. 17179, C. P.: Ruth Stella Correa, actor: Berenice Serenia Peña y otros.

El derecho administrativo participó de la cosecha de la disciplina penal recogiendo algunas instituciones de la teoría de la imputación objetiva para esclarecer el punto de la causalidad jurídica (*imputación fáctica*)¹⁷⁸. El profesor Fernando Pantaleón, pionero en la tarea, propuso utilizar dichas tesis en asuntos de responsabilidad estatal, haciendo tres acotaciones¹⁷⁹.

En primer lugar, debería incorporarse un *criterio de provocación*, que permitiera atribuir el daño a quien, sin causarlo directamente, provocara un incremento del riesgo permitido. En el caso de un amotinamiento carcelario en el que la reacción de las autoridades generó daños en algunos reclusos que no participaron del evento, la obligación de reparación quedaría, paradójicamente, en manos de los reclusos que iniciaron y participaron en el motín¹⁸⁰.

En segundo lugar, el profesor español expone la necesidad de advertir que no deben imputarse aquellos perjuicios infligidos cuando se ha desconocido alguna norma, si se trata de un mandato con objeto de protección diferente a los intereses del perjudicado¹⁸¹. Por último, plantea el *criterio de adecuación* (teoría de causalidad adecuada) como residual para aquellos eventos en los que los restantes no permitan establecer la imputación¹⁸².

¹⁷⁸ La teoría ha sido de buen recibo a la hora de discernir la imputación fáctica de daños en eventos de responsabilidad del Estado en la prestación de servicios médicos y hospitalarios, privación injusta de la libertad, omisión de la fuerza pública respecto de fuentes de riesgo para los ciudadanos, entre otros. Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Sexta edición-* Temis, Bogotá, 2013, pp. 54-97.

¹⁷⁹ Pantaleón, Fernando. Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En: Asociación de Profesores de Derecho Civil: Centenario del Código Civil, t. 2, Madrid, 1990, p. 1563. Citado por De Ángel, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusta, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pp. 787-802.

¹⁸⁰ Consejo de Estado. S3. Sentencia del 9/jun/2010 Radicación. No.19849, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: José William Rico Mendoza y otros.

¹⁸¹ Pensamos que el ejemplo resulta más claro que el enunciado: un empleador que cita a sus trabajadores en día festivo a laborar, sin el debido reconocimiento de jornada extraordinaria. En el evento de que uno de ellos se accidentara de camino al trabajo, no debería soportar el costo de tal perjuicio pues la norma incumplida no tiene la finalidad directa de proteger la integridad física del trabajador sino su derecho al descanso. Pantaleón, Fernando. Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En: De Ángel, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...*, p. 797-800.

¹⁸² Para el profesor Mariano Yzquierdo debería ser el criterio inicial, pues le resulta más coherente acudir a los de la imputación objetiva en aquellos eventos en los que la causa resulte atípica y no sea posible aplicar el

Aunque se muestra muy coherente, la *teoría de la imputación objetiva* no ha tenido mucho eco en la praxis contencioso administrativa nacional, debido a que, a diferencia del derecho penal, se pretende localizar un patrimonio que asuma el perjuicio al margen de la identificación de una persona concreta. El problema de la autoría sigue siendo un desvelo del penalista¹⁸³.

Las teorías que hasta aquí hemos presentado fueron pensadas para definir el problema de la causalidad en eventos de daño originado en alteraciones positivas de la realidad, es decir, hechos que materialmente trastocan condiciones concretas de tiempo y lugar. Sin embargo, todavía queda un reto pendiente: la omisión. Como resulta difícil explicarla desde las tesis *generalizadoras* –porque la nada, “nada causa”– se han propuesto algunas soluciones desde las *individualizadoras* que refuerzan el tránsito hacia la causalidad jurídica (*imputación fáctica*). Una de ellas, concibe la causalidad como un proceso lógico-cognoscitivo, la otra, intenta superar la dificultad a través de ejercicios mentales y una última se plantea desde la teoría de la imputación objetiva (*posición de garante*)¹⁸⁴.

La primera propuesta concibe la causalidad como un proceso lógico-cognoscitivo: el resultado es posible si se dan comportamientos que lo condicionen (positivos) o que no lo impidan (negativos). La omisión termina recibiendo entonces el mismo tratamiento de la acción. Aunque parece coherente, no podemos dejar de advertir que si dicha respuesta fuera suficiente (tratar la omisión como acción) entonces cualquier abstención de conducta generaría de por sí responsabilidad. Sin embargo, no toda ausencia de acción genera la obligación de asumir sus consecuencias, solo aquellas acompañadas del desconocimiento de una norma previa¹⁸⁵.

criterio de regularidad en su ocurrencia. Yzquierdo, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 187-196.

¹⁸³ Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 54. Serrano, Luis. *Imputación y causalidad...*, pp.362.

¹⁸⁴ Serrano, Luis. *Imputación y causalidad...*, pp. 68-72.

¹⁸⁵ Marienhoff, Miguel. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996.

La segunda propuesta consiste en encontrar el nexo a través de un ejercicio mental: si añadimos mentalmente el hecho omitido a la cadena causal y encontramos que el resultado no se produce, entonces podemos atribuir el daño al evento de omisión. El problema queda aparentemente resuelto. Sin embargo, no podemos escapar al juicio de la razón: las realidades ontológicas no se alteran con realidades mentales, el pensamiento puede plantearse escenarios muy diferentes a los reales. Como no se puede emitir un juicio de certeza, quedaría todo en un cálculo de probabilidades *–probabilidad rayana en la certeza–* que derivaría en situaciones peligrosas: afirmar que una omisión probablemente causa un daño, puede dar lugar a que algunos se abstengan de cumplir su deber bajo el entendido de que “probablemente” de nada hubiera servido el hecho omitido para evitar el perjuicio¹⁸⁶.

La última postura se plantea desde la teoría de la imputación objetiva. Al admitir que la interacción es posible a partir de la asignación previa de roles, se asume también que dichos libretos generan tareas en dos sentidos: prestación de ayuda a otro y prohibición de dañar a los demás¹⁸⁷. El desconocimiento de tales deberes genera imputación, sin importar si se trata o no de una acción directa o de una abstención. Lo importante ya no es la forma en que se configuran los hechos, sino el cumplimiento de los deberes que surgen de su posición como garante del otro¹⁸⁸.

Si se mira con detenimiento, de la *teoría de la equivalencia* a la de *imputación objetiva* ya se puede marcar una línea que paulatinamente nos lleva del dominio de la naturaleza al de las operaciones lógicas del derecho. Sin embargo, la noción de causalidad jurídica (*imputación fáctica*) también ha presentado dificultades. Al

¹⁸⁶ El argumento se puede volver peligroso en circunstancias como las de responsabilidad en desarrollo del acto médico. El profesor Luis Serrano propone matizar el contenido del concepto de juicio de probabilidad rayana en la certeza para evitar estas dificultades. A su juicio, debe considerarse que existiría nexo de causalidad en eventos de omisión, cuando se constate (mental e hipotéticamente) que la actuación omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del daño (no necesariamente evitado el resultado). Serrano, Luis. *Imputación y causalidad...*, pp. 39-45.

¹⁸⁷ *Ibíd.*..., p. 68-72.

¹⁸⁸ Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 18/ene/2010, Exp. No. 18.436 (reparación directa), C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Manuel Narváez Corrales y otros.

interior del Consejo de Estado se ha puesto de manifiesto la confusión conceptual que ha llevado al uso indiscriminado de teorías, como referentes nominales sujetos a las inclinaciones episódicas del juez.

Ya son frecuentes las declaraciones de responsabilidad sin que exista un nexo de causalidad claro, o ante apreciaciones sin mayor soporte teórico, en el mejor de los casos, aplicaciones erráticas de las teorías individualizadoras que confunden la noción de causalidad con culpabilidad (al establecer el nexo teniendo en cuenta la existencia de falla del servicio). La causalidad jurídica o imputación fáctica, comienza entonces a mostrar su corto alcance y nos obliga a pensar en nuevas salidas al problema¹⁸⁹.

El ejercicio cotidiano de los jueces ha mostrado la necesidad de superar el concepto de causalidad, que ya es insuficiente, pues cada vez es más fácil encontrar decisiones en las que se declara la responsabilidad estatal aunque el daño provenga de la víctima o de un tercero¹⁹⁰. Mejor aún, fallos que exoneran a pesar de verificar acciones directas del Estado¹⁹¹. Dos conclusiones hemos podido identificar de esta circunstancia: en primer lugar, la simple verificación de nexo causal no es determinante de una declaración de responsabilidad, por lo que se hace necesario

¹⁸⁹ Serrano, Luis. *Imputación y causalidad...*, pp. 169-212.

¹⁹⁰ En el primer caso, el Consejo de Estado es claro en afirmar que incluso aquellos daños provenientes del hecho de la víctima, sin que deba mediar su culpa, generan la obligación de reparar si concurre el Estado en su causación. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 18/feb/2010, Radicación. No. 17179, C. P.: Ruth Stella Correa, actor: Berenice Serenia Peña y otros. En el segundo caso, el hecho de un tercero como causa directa del daño no exonera de responsabilidad al Estado cuando se evidencia su participación, aún indirecta. Por ejemplo, Los perjuicios ocasionados por grupos guerrilleros en la toma a la base militar de las delicias no constituyeron causal de exoneración, pues el juez comprobó que las autoridades desconocieron las obligaciones a su cargo en posición de garantes de los militares que allí prestaban servicio militar obligatorio. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 25/may/2011, Radicación. No. 18747, C. P.: Jaime Orlando Santofimio, actor: Dalila Castro de Molina y otros.

¹⁹¹ En materia de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha dado un giro interesante de su jurisprudencia al diferenciar entre la decisión que ordena la detención y la que absuelve al ciudadano. Cuando ésta última se toma dentro de la legalidad del procedimiento, no genera responsabilidad salvo que se hayan cometido irregularidades en la detención. Fue así como se absolvió a las autoridades demandadas en un evento de captura que resultó en declaratoria de irresponsabilidad penal (con serios cuestionamientos de la segunda instancia). Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 30/mar/2011, Radicación. No. 33238, C. P.: Jaime Orlando Santofimio, Actor: Asdrúbal Cárdenas Muñoz y otros.

hablar de *imputación*, en sentido *fáctico* y en sentido *jurídico*. En segundo lugar, existe una diferencia entre las nociones de *imputación* y *fundamento de imputación*¹⁹².

La primera conclusión implica un cambio fundamental en la estructura del sistema de responsabilidad, pues el nexo de causalidad deja de ser el único elemento disponible. Se abre espacio la *imputación* como una herramienta argumentativa mejor ajustada a las nuevas exigencias. Lo importante ya no será encontrar un curso causal, sino el contacto material y jurídico entre el hecho y el daño, es decir, identificar la relación fáctica entre el daño y la conducta del Estado, y un grupo de razones que permitan justificar la obligación de reparar los perjuicios –*títulos jurídicos de imputación* (TJI)-.

Aunque no podemos pretender definir la REPE a partir de criterios naturalistas de causalidad (*causalidad material*), tampoco es procedente deshacernos de la dimensión fáctica a la hora de buscar al responsable. De lo contrario, podríamos llegar al extremo de obligar a las autoridades a responder por eventos de daño en los que no tuvieron la más mínima participación, como el suicidio deliberado de un ciudadano o la muerte de otro como resultado de un fenómeno natural imprevisible e irresistible. Es necesario plantear conexiones materiales entre el perjuicio y la actuación del Estado (*imputación fáctica*)¹⁹³.

Asimismo, la función de la causa extraña se altera a la luz del nuevo planteamiento de imputación, pues la utilidad que presta ya no es para deshacer un nexo fáctico (¡imposible!) sino para identificar cursos causales distintos que puedan o no tener incidencia sobre la declaratoria de responsabilidad¹⁹⁴.

¹⁹² Frente a la primera conclusión: Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Sexta edición-* Temis, Bogotá, 2013, pp. 54-63. Sobre la segunda: Serrano, Luis. *Imputación y causalidad...*, pp. 359-368.

¹⁹³ Por una parte, la imputación fáctica implica un estudio retrospectivo de los hechos, es decir, una mirada hacia el pasado para identificar las conexiones materiales entre la conducta de las autoridades y el daño. Por otra parte, la imputación jurídica exige un estudio prospectivo: a partir de la verificación fáctica se deben proyectar algunas razones que justifiquen la obligación de reparar. Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado...*, p. 56.

¹⁹⁴ El ejemplo más paradigmático de este nuevo rol de la causa extraña se evidencia en el tratamiento dado por la jurisprudencia al caso fortuito: se trata de un evento “interno” a las circunstancias del daño que no exonera de responsabilidad, sino que permite identificar aquellos hechos que le dieron lugar. Ocurrió en el caso del ciudadano que sufrió daños a la vida de relación como resultado de la condición de cuadriplejía en

En cuanto a la segunda conclusión, la distinción entre *imputabilidad fáctica* y *fundamento de imputación (imputabilidad jurídica)* forma parte de una discusión todavía pendiente. Mientras que la primera es una cuestión de identidad del causante del daño (¿quién debe responder?), la segunda tiene que ver con las razones por las que se debe responder (¿por qué debe responder?). No se puede pensar en la reparación del daño sin haber identificado a la persona sobre quien recae dicha obligación, y no se puede identificar al responsable en abstracto sino ante unas circunstancias y razones concretas. En otras palabras, al tratar de averiguar el “quién”, resulta inevitable averiguar el “por qué”.

Por este conducto, llegamos al mismo punto de la primera conclusión: la imputación, se torna en un ejercicio de argumentación a través de los llamados *criterios, factores o títulos jurídicos de imputación*¹⁹⁵. Sin embargo, el elemento causal no puede archivarse en el olvido, pues mantiene un papel complementario de la imputación al permitir “identificar al personaje”¹⁹⁶.

Al iniciar con los postulados de la *causalidad física*, una verificación de la relación física entre dos o más hechos, encontramos su necesaria transición al campo del derecho a través del concepto de *imputación fáctica* o *causalidad jurídica*, formulación de juicios normativos sobre las relaciones fácticas. Comenzamos así un nuevo recorrido en la noción de *imputación jurídica* como una circunstancia puramente normativa, en la que pesan más los argumentos que las conexiones de la realidad natural.

que quedó después de un accidente de tránsito, con un vehículo conducido por personal de la Policía que presentó fallas mecánicas imprevisibles. A pesar de saber el origen del choque, no se escatimó en argumentos a la hora de endilgarle a la autoridad el incremento del nivel normal de riesgo. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 19/jul/2000, Radicación. No. 11842, C. P.: Alier Eduardo Hernández, actor: José Manuel Gutiérrez y otros.

¹⁹⁵ Bermúdez, Martín. El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal. En: *Temas de derecho administrativo contemporáneo* –Jaime Vidal (coordinador), Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 306 - 338. En el mismo sentido: Cassagne, Juan. Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el alcance de la reparación. En: Cassagne, Juan Carlos (coordinador), *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, pp. 45-65.

¹⁹⁶ Serrano, Luis. *Imputación y causalidad...*, pp. 359-368.

1.1.2.2. *Títulos jurídicos de imputación: hacia un postulado sofisticado de la imputación de daños*

Los primeros fundamentos de responsabilidad fueron aportados por el legislador. Paradójicamente, la creencia de soberanía estatal indiscutible que impedía cualquier declaración de responsabilidad, fue replanteada desde muy temprano a través de su reconocimiento particular por mandato legal¹⁹⁷. De esta manera, tuvimos manifestaciones en las que las autoridades se comprometieron a la reparación sin que fuera necesaria la verificación de culpa, como en aquellos eventos de perjuicios originados en el llamamiento de esclavos al “servicio de las armas” (Resolución del 16 de octubre de 1821), la prohibición de la esclavitud (Ley del 21 de mayo de 1851), o los eventos de guerra tan frecuentes en nuestra historia decimonónica¹⁹⁸.

El reconocimiento excepcional de responsabilidad con fundamento en mandatos legales no permitió construir un criterio común. La búsqueda de argumentos tuvo lugar en el escenario judicial, marcado por dos variables: la competencia jurisdiccional y el recurso a normas especiales. La primera, tenía que ver con la naturaleza del juez que decidía las reclamaciones de perjuicios, estábamos entonces frente a un *monismo jurisdiccional* si se trataba del ordinario, o *dualismo jurisdiccional* si el competente era además un juez especial como el contencioso administrativo. La segunda variable, relativa a la fuente jurídica utilizada para soportar el reconocimiento de la reparación, nos ofrecía también dos

¹⁹⁷ La responsabilidad implica una violación del derecho. Al ser éste creado por un acto de voluntad soberana del Estado, no se explica cómo quien lo crea pueda desconocerlo. Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho Público*. Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaen, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, pp. 303 - 369. No obstante, dicha “contrariedad” es posible, dando así lugar a la responsabilidad estatal como una institución coherente con los propósitos de protección de la dignidad humana albergados por el Estado Social de Derecho. Gómez, Jaime. *Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia. Aplicaciones, presunciones e interpretaciones jurisprudenciales. Crisis en el sistema judicial contencioso administrativo de la conciliación*. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2003.

¹⁹⁸ Botero, Luis. *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá, Legis, 2007, pp. 123-134. Contrario a lo que muchos piensan, los albores de la responsabilidad patrimonial del Estado tuvieron lugar durante el período de guerras civiles del Olimpo Radical, en el que, por una parte, se expidieron con frecuencia leyes para reparar los efectos de las expropiaciones. Se rescata, por otra parte, el papel de la Corte Suprema Federal en la protección del derecho de propiedad de las víctimas de estos conflictos. Arenas, Hugo. *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano luego de la Guerra Civil de 1876-1877*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

posibilidades: *monismo jurídico*, si las razones fluían de la misma fuente de la responsabilidad civil de las personas naturales (código civil), o *dualismo jurídico* si además lo eran de otro tipo de normas como la Constitución¹⁹⁹.

Desde esta doble perspectiva podemos afirmar que las primeras manifestaciones judiciales de responsabilidad estatal se dieron en un contexto de *monismo jurídico y jurisdiccional*. El juez ordinario, para el caso la Corte Suprema de Justicia, se enfrentó a una dificultad a la hora de establecer la responsabilidad de personas jurídicas de carácter público: la escasez de insumos legales y su corto alcance, pues apenas contaba con algunas normas del Código Civil que no habían sido diseñadas para un destinatario especial como el Estado. En los estertores de la guerra de los mil días se perfiló el fundamento de la *responsabilidad indirecta* como la primera opción²⁰⁰.

La Corte Suprema de Justicia tomó como soporte normativo los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, bajo el entendido de que la institución funcionaba como la de una persona natural por los daños causados por quienes se encontraban a su cargo. Cuando se verificaba la responsabilidad personal del funcionario se activaba una presunción en contra de la autoridad que la convertía en deudora solidaria: la culpa en su elección o vigilancia²⁰¹.

Muy pronto se consideró que la dualidad entre agente y Estado no era procedente, debido a que la naturaleza ficticia de este último permitía su asimilación en un solo sujeto de derecho. Además, era impensable usar una norma diseñada para personas naturales, a sabiendas de que la relación de subordinación que en este caso se evidenciaba, no provenía de relaciones familiares ni

¹⁹⁹ Quintero, Gustavo. La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia: entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica. En: Alviar, Helena (coordinadora). *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, pp. 231-258.

²⁰⁰ Quintero, Gustavo. Incidencias del Código de Napoleón en la adopción de un criterio de responsabilidad para las personas públicas en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, No. 33, diciembre de 2004, pp. 71-93.

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, S. del 30/jun/1962 –Gaceta XCIX-87. Publicada en: República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Antología jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886-2006*, Tomo I, Bogotá, 2007, pp. 520-537.

estrictamente laborales. Además, la elección y vigilancia operaban en término más complejos, pues no todos los funcionarios se elegían de la misma manera, ni a todos se les podía vigilar en las mismas condiciones²⁰².

El juez se dio a la tarea de ubicar un soporte normativo más claro que respondiera mejor las críticas mencionadas. Lo encontró en el artículo 2341 del Código Civil, al concebir una relación de solidaridad entre funcionario y Estado ante los perjuicios ocasionados por culpa del primero.

No obstante, apelando al reduccionismo de la biología, aparecieron algunos fallos que clasificaban a los funcionarios del Estado en dos categorías teniendo en cuenta la tarea desarrollada: órganos y dependientes. Los primeros, ostentaban la representación de las autoridades pues ejercían funciones de dirección, que vinculaban directamente al Estado haciéndose responsables solidarios en caso de daño ocasionado con culpa. Los segundos, al desempeñar labores auxiliares, comprometían al Estado en los mismos términos de la responsabilidad indirecta.

Lo que se conoció como *tesis organicista*, resultó teniendo poco eco debido a las dificultades evidenciadas a la hora de distinguir entre una y otra clase de funcionarios, y a la imprecisión de la metáfora traída de la biología: a diferencia del órgano, el agente resultaba ser una parte consciente del cuerpo cuya voluntad podía llevarlo a la comisión de daños por cuenta propia, sin que por ello debiera siempre responsabilizarse al Estado²⁰³.

La tesis organicista marcó un punto de inflexión en el desarrollo de la jurisprudencia nacional: podían aparecer nuevos soportes normativos distintos al Código Civil. El tránsito hacia el *dualismo jurídico* se dio en un contexto de progresivo *dualismo jurisdiccional* con la paulatina adjudicación de competencias

²⁰² “La analogía que algunos pretenden hacer entre amos y criados con Estado y agentes, cabría hacerla con el pueblo y sus elegidos; pero al pueblos no se le demanda, y el Estado no es el pueblo. Hay, pues, en la aplicación de este artículo al Estado, un error, que más que de doctrina es de lógica”. Pareja, Carlos. *La responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de los servicios públicos. Aplicaciones al caso de la tragedia del campo militar de Santa Ana (presentación de una base nueva en la responsabilidad del Estado en Colombia)*, Editorial Andes, Bogotá, 1940, p. 28; Quintero, Gustavo. *Incidencias del Código de Napoleón...*, pp. 84-85.

²⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, S. del 30/jun/1962 –Gaceta XCIX-87. Publicada en: República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Antología jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886-2006*, Tomo I, Bogotá, 2007, pp. 520-537.

exclusivas al Consejo de Estado. El artículo 2341 del Código Civil se fue quedando corto para resolver asuntos de daños causados por el Estado, pues se trataba de una norma restringida a las relaciones entre particulares²⁰⁴.

La culpa civil se mantuvo como la piedra angular, pero bajo una nueva presentación. A la luz del precepto constitucional, se entendía como deber primario del Estado la realización proporcional de los fines de sus ciudadanos. Para procurar su cumplimiento, disponía y organizaba los servicios públicos como los medios más pertinentes. Cuando su prestación se brindaba en términos defectuosos, o simplemente no se ofrecían, redundando en perjuicios, estábamos frente a una culpa de la administración calificada por sus manifestaciones exteriores, al margen de la verificación de errores en la persona concreta de sus funcionarios. Dicha condición anónima de la culpa recibió la denominación de *falla del servicio* y constituyó el antecedente inmediato de los títulos jurídicos de imputación que hoy conocemos como elaboración exclusiva del Consejo de Estado²⁰⁵.

La siguiente tabla nos permite recapitular el proceso de construcción de los primeros fundamentos de la responsabilidad a los que nos hemos referido.

²⁰⁴ La construcción conjunta de los fundamentos de responsabilidad estatal entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sólo fue posible a partir de 1941 con la expedición de la ley 167, que confirió competencias para que este último conociera asuntos de responsabilidad por ocupación temporal de inmuebles, por los canales del recurso de plena jurisdicción. Con el Decreto 528 de 1964 el juez administrativo fue investido de plenas competencias para declarar la responsabilidad estatal en cualquier evento, despertando así de la siesta jurisdiccional en que había quedado reducido desde las reformas constitucionales de 1910 y 1945. Guechá, Ciro. *Derecho procesal administrativo. Primera parte*, Universidad Santo Tomás Tunja – Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004, pp. 65-98.

²⁰⁵ Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*, 16° edición, Temis, Bogotá, 2008, pp. 511-522; Vidal, Jaime. *Derecho administrativo*, 13° edición, Legis, Bogotá, 2008, pp. 470-475; Carrillo, Jesús María. Estudio preliminar a la obra de Michel Paillet. En: Paillet, Michel. *La responsabilidad administrativa...*, pp. 28-75; Penagos, Gustavo. *Derecho administrativo*, Tomo II, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1995, pp. 689-700; Dangond, Jorge. Responsabilidad extracontractual del Estado. En: López, Jairo. *Responsabilidad extracontractual del Estado, ochenta años de jurisprudencia*, 2° edición, Ediciones Lex, Bogotá, 1981, pp. 481-524.

Tabla 3. Desarrollo histórico de los primeros fundamentos de responsabilidad estatal.

	Monismo Jurisdiccional	Dualismo Jurisdiccional
Monismo Jurídico	<p><i>Responsabilidad indirecta</i> (Código Civil art. 2347-2349)</p> <p><i>Responsabilidad directa</i> (Código Civil art. 2341)</p>	
Dualismo Jurídico	<i>Tesis organicista</i>	<i>Falla del servicio</i> (culpa anónima de la administración)

Basado en: Quintero, Gustavo. La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia: entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica. En: Alviar, Helena (coordinadora). *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, pp. 231-258.

La *falla del servicio* se concibió inicialmente como un hecho generador especial dentro del elenco clásico de los elementos de la responsabilidad, es decir, no se pensó como título jurídico de imputación, sino como aquél evento dañino que se manifestaba en el funcionamiento tardío, defectuoso u omisivo de actividades puramente estatales²⁰⁶. La expresión se le atribuye a los franceses quienes utilizaron *faute* para referirse a la culpa con que una autoridad cometía daños. Se trataba de la misma idea de culpa civil aplicada en el campo del derecho

²⁰⁶ El concepto nació con los postulados de la teoría del servicio público que equiparaba este último a toda la actividad estatal. Cuando fue necesario pensar en la posibilidad de que un particular desarrollara algunas de estas tareas, se amplió la noción de servicio público, quedando bajo la denominación de función pública aquellas realizadas exclusivamente por autoridades estatales. No obstante, la expresión *falla del servicio* se mantuvo como un ajuste conceptual del concepto de *desviación de poder*, inicialmente aplicado a los actos administrativos, extendido ahora a los hechos, omisiones y operaciones. Esguerra, Juan. *La responsabilidad del Estado por falla del servicio público. Tesis de grado para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1972.

administrativo: un hecho marcado por la imprudencia, negligencia o impericia de los funcionarios o de las autoridades²⁰⁷.

En un intento por deslindar el concepto de los terrenos civilistas, se redefinió la culpa como la desviación de un modelo estándar (que los españoles llamaron *funcionamiento normal de los servicios*) y la falla como una herramienta de imputación, no ya como hecho generador. ¿Cómo se construye el modelo? ¿Cuándo estamos ante una desviación del modelo? La primera pregunta es por los contenidos de una serie de deberes a cargo de la administración, la segunda, por las circunstancias en que éstos se consideran incumplidos²⁰⁸.

En cuanto al contenido de los deberes jurídicos de actuar, dos criterios permiten acercarse a una definición: el de legalidad, según el cual, las normas del ordenamiento, en cualquiera de sus niveles jerárquicos, trazan los contenidos obligacionales cuyo desconocimiento genera la falla; y el funcional, que los define a partir de la naturaleza de la actividad concreta que desempeñen las autoridades, señalada en manuales técnicos o en la interpretación convencional que se haga de su objeto y fin²⁰⁹.

Frente a las circunstancias en que se considera una conducta como desviada del modelo, el profesor Marcos Gómez Puente encuentra que la falla obedece a la *inactividad de la administración*, es decir, a “la infracción por omisión de un deber legal de obrar, de contenido material o técnico que no sea materialmente

²⁰⁷ Para Javier Tamayo no existe ninguna diferencia real entre la culpa civil y la falla del servicio. Ni siquiera en la condición anónima de esta última, pues considera que en ambos casos la culpa puede ser individualizada o anónima. Tamayo, Javier. *La responsabilidad del estado. El daño antijurídico...*, pp. 63-67; Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil...*, t. I, pp. 216-217.

²⁰⁸ Saavedra, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública...*, pp. 232 – 332.

²⁰⁹ Henao, Juan, “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés”. En: *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría. 1963-2003, Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. p. 57 – 114. El segundo criterio se muestra como necesario debido a que no siempre contamos con la precisión del lenguaje plasmado en las normas, lo que puede convertir el modelo en un estándar indeterminado. Yantén, Diego. *La indeterminación judicial de la responsabilidad extracontractual por “funcionamiento anormal del servicio” en la función administrativa*. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

imposible”.²¹⁰ Aparece entonces una nueva categoría: inactividad de la administración, que procedemos a estudiar. Tres son entonces los elementos que permiten dicha construcción: la omisión de la actividad jurídica o material (i), la existencia de un deber jurídico de actuar (ii) y la posibilidad jurídica y material de su realización (iii).

En cuanto al primer elemento, debemos precisar que se trata de una conducta pasiva –ausencia de actividad– que puede consistir en la falta de producción de normas –*inactividad formal*– o de operaciones materiales que aseguran la efectividad del orden jurídico –*inactividad material*–²¹¹. Sin embargo, no es suficiente para configurar inactividad administrativa, pues debe acompañarse de un deber jurídico de actuar²¹².

Aunque en apariencia este segundo elemento no ofrece mayores complicaciones, pues resulta lógico pensar que la administración no pueda obrar lo prohibido, sino únicamente aquello que le está permitido²¹³, el panorama se enturbia al pensar en qué debe hacerse frente a lo no prohibido o lo simplemente facultativo. El campo de la discrecionalidad, fértil para la arbitrariedad, nos lleva a afirmar, con el profesor Gómez Puente, la necesidad de concebir las competencias de la administración como un binomio de poderes y deberes. Poderes cuya titularidad corresponde a las autoridades. Deberes cuyo cumplimiento es obligatorio cuando su desconocimiento implica la vulneración de derechos del

²¹⁰Gómez, Marcos, *La inactividad de la administración*, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000, p. 58.

²¹¹ *Ibíd.*, pp. 111-120.

²¹²De lo contrario, la conducta se quedaría en el mero campo de la abstención, sin trascendencia jurídica. Marienhoff, Miguel, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público...*, pp. 14-16.

²¹³La primera corresponde a la *teoría de la vinculación negativa*, que se acogió en la Francia revolucionaria de principios de siglo XIX, ávida de espacios para el individuo libres de toda injerencia de la monarquía. La segunda, a la de *vinculación positiva*, que cobró vigencia con la llegada del Estado al escenario del mercado, reclamando espacios de intervención en procura de la corrección de sus fallas más protuberantes. Malagón, Miguel, *Vivir en policía...*, 26-30; Gómez, *La inactividad...*, p. 43-46. Beladiez, Margarita. *La vinculación de la administración al derecho...*, pp. 315-349.

ciudadano²¹⁴. De manera pues que cualquier actitud omisiva que no los consulte constituirá un presupuesto de inactividad administrativa.

Por último, la posibilidad que se predica del acatamiento constituye una manifestación de los límites del derecho ante lo imposible –*ad impossibilia nemo tenetur*–. En aquellos eventos en los que el Estado no pueda conjurar la ruptura con el ordenamiento, no podrá predicarse inactividad administrativa y tampoco la falla del servicio²¹⁵.

Los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado dejan ver un nuevo giro del concepto de falla del servicio, con la mirada puesta en las tesis funcionalistas del derecho penal. Se trata de la *posición de garante*. A la luz de este planteamiento, el título de imputación se configura cuando las autoridades desconocen su deber general de protección y cuidado frente al ciudadano, por acción u omisión²¹⁶.

El inventario de conceptos del paradigma tradicional de la responsabilidad estatal quedaría incompleto si no reiteramos que detrás de cada uno se esconde un camino lleno de paradigmas rotos. La falla del servicio no es la excepción, pues su telón de fondo está en la noción de culpa civil. Contrario a lo que muchos creen, *falla y culpa* comparten mucho más que sus antecedentes históricos. Hemos podido rastrear similitudes curiosas que nos permiten sospechar que se trata de un mismo fenómeno con denominaciones distintas para cada disciplina. Así, tenemos dos

²¹⁴ “(...) la Administración, en cuanto tal, nunca podrá ser titular de situaciones jurídicas *exclusivamente* activas (...) se hallará siempre inserta en situaciones jurídicas mixtas, de poder-deber. Circunstancia que resulta especialmente interesante desde la perspectiva de la inactividad administrativa, pues contribuye a revelar la existencia de deberes vinculados a facultades o posiciones de ventaja propias del ejercicio de potestades administrativas”. Gómez, *La inactividad...*, p. 84.

²¹⁵Saavedra, *La responsabilidad...*, p. 244.

²¹⁶ En este sentido se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de desplazamiento forzado en el que las autoridades no tomaron las debidas precauciones frente al despojo de tierras en los municipios de La Gloria, Pelayo y Talameque en Cesar. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 18/ene/2010, Exp. No. 18.436 (reparación directa), C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Manuel Narváez Corrales y otros. Igualmente, en el caso de la toma guerrillera a la base militar de Las Delicias en el Nariño. Consejo de Estado. S3. Sentencia del 25/may/2011 Radicación. No.18747, C. P.: Jaime Orlando Santofimio, actor: Dalila Castro de Molina y otros. En la doctrina, el recurso al derecho penal ya se veía venir: Franco, Catalina & Hernández, Alier. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.

nociones de falla del servicio (como hecho generador y como herramienta de imputación) que parecen el reflejo de otras dos de culpa en el derecho civil (como desviación de una conducta tipo y como incumplimiento de deberes sociales).

Por una parte, la noción de falla del servicio como hecho generador coincide con la de culpa como desviación de una conducta tipo. Al afirmar que la primera corresponde a un hecho imprudente, negligente o imperito de las autoridades, se deja ver la influencia de una *concepción jurídica de la culpa*. A la luz de ésta última, la culpa es un error de conducta consistente en no haber previsto lo previsible, o en haber previsto con la confianza precipitada en la capacidad de evitar el daño. Cuestiones impensables en un “buen padre de familia” o en un “hombre diligente de negocios”²¹⁷.

Por otra parte, la noción de falla del servicio como herramienta de imputación parece el reflejo de la culpa como incumplimiento de deberes sociales. La afirmación se explica mejor desde la *concepción social de la culpa*. En los albores del siglo XX, el positivismo campeaba buscando disciplinas libres de cualquier influjo metafísico, y la revolución industrial llevó hasta los extremos el modelo de producción capitalista: el desarrollo tecnológico distanció al patrón de sus trabajadores, quienes pasaban su cotidianidad frente a la máquina, y multiplicó los daños al interior de la fábrica. Ante la pregunta por el responsable de tales perjuicios, frecuentes y sin autor material fácilmente reconocible, un nuevo paradigma social del derecho ofreció una nueva respuesta: *la teoría del riesgo*.

La reacción de los partidarios de la culpa civil, no se hizo esperar, dando a luz las presunciones de culpa (construidas por los jueces) y a un retoque en la

²¹⁷ Dicha *concepción jurídica* de la culpa fue la reacción de los codificadores de siglo XIX contra la *concepción moral*, hija de la ilustración, que la entendía como la manifestación de la libertad individual: era culpable quien cometía el daño de manera consciente y voluntaria. Aunque la carga ética del concepto no se puede disimular, deja para el derecho enseñanzas importantes: todos los individuos actuamos orientados por nuestra razón y uno de sus mandatos es que no debemos dañar a otros. De manera que la sociedad espera una conducta conforme a dicho precepto. Si se llega a presentar un daño, no se puede pensar precipitadamente que se trata de una actuación deliberada, sino que pudo haber sido obra del azar. Por todo lo anterior, resulta ilógico presumir culpas y necesario probar la de aquél que se considere responsable. La moral resulta entonces más vigente de lo que se cree. Ripert, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles* (traducción de Hernando Devis Echandía), Universidad Gran Colombia, Bogotá, 1946, pp. Peirano, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 1981, pp. 97-174.

comprensión de esta última como incumplimiento de deberes. Se asimiló así culpa a ilicitud. Además, se extendieron los alcances de la responsabilidad contractual, al considerar el accidente de trabajo como el incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo del patrón, implícita en el contrato de trabajo²¹⁸.

Como se ve, culpa y falla comparten una historia, aun cuando se pretendan aislar. Ello explica que el tránsito hacia la *teoría del riesgo* sea también común. Para comenzar un acercamiento hacia esta última, debemos decir que se trata de la respuesta ofrecida por algunos juristas a la misma preocupación por la prevención y reparación del daño, pero desde una perspectiva objetiva de la antijuridicidad que pasamos a explicar²¹⁹.

La responsabilidad es un reproche formulado desde el derecho a una conducta dañosa. Dicho juicio puede recaer sobre actuaciones jurídicamente toleradas o no toleradas. En el primer caso, estamos frente al concepto de *antijuridicidad objetiva*, la *subjetiva* corresponde al segundo. La definición de uno y otro depende de algunos criterios como la concepción que se tenga del papel de la norma y su finalidad en la sociedad.

La *antijuridicidad objetiva*, por una lado, nace a la luz de la comprensión de la norma como un juicio de valor formulado por el legislador, cuya finalidad es resolver conflictos de intereses, afirmando en cada caso el interés que se considera predominante. En esa medida, será antijurídico (reprochable) todo evento que contravenga el juicio de valor incorporado en la norma, sin que sea necesario verificar si existe o no la voluntad de desconocerlo.

La *antijuridicidad subjetiva*, por otro lado, es un reproche a la rebeldía, pues se asume la norma como un imperativo de conducta en la que se contiene la preferencia del legislador por algún interés, con el fin de impartir una orden antes que de negociar un conflicto concreto. La censura recae entonces sobre aquellas

²¹⁸ Peirano, Jorge. *Responsabilidad extracontractual...*, pp. 145-173; Josserand, Louis. *Del abuso del derecho y otros ensayos*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 65 y ss; Sarmiento, Manuel. *Estudios de responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 342-345.

²¹⁹ Zavala, Matilde. *Responsabilidad por riesgo*, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1997, pp. 23-32.

conductas que “se rebelan” contra la norma, por lo que la voluntad juega entonces un papel trascendental.

La falla del servicio se edifica a partir de éste último, pues el examen se enfatiza en la irregularidad de la conducta que da lugar al daño. Los demás títulos de imputación, como el *riesgo excepcional* y *daño especial*, florecen en los campos de la *antijuridicidad objetiva*, pues la preocupación en estos casos, ya no está en la actuación “desobediente”, sino en la generación de un resultado que desconoce los intereses protegidos por la norma para el caso concreto²²⁰.

El *riesgo excepcional* resulta entonces de una construcción constante de explicaciones ante las dificultades evidenciadas con la revolución industrial. Se han ofrecido tres respuestas que tienen que ver con este proceso: la del *riesgo creado*, *riesgo beneficio* y *acto anormal*.

La tesis del *riesgo creado* fue la primera manifestación pragmática, antes que teórica, frente al problema de la posición desventajosa del trabajador accidentado frente al patrón. Se resumía en considerar como responsable a quien causaba un perjuicio desde la posición de guardián o coordinador de cualquier cosa o actividad peligrosa, entendiendo por tales las que engendraran una probabilidad de daño²²¹.

La amplitud del planteamiento alrededor de “lo peligroso” ofrecía dificultades a la hora de saber en qué circunstancia se configuraba la responsabilidad, por eso se pensó en restringir su alcance con la *teoría del riesgo beneficio*. Sería responsable entonces quien además de engendrar un riesgo, sacara un provecho económico de su actividad empresarial. La solidaridad con el

²²⁰ Díez-Picazo, Luis. La culpa en la responsabilidad civil extracontractual. En: De Ángel, Ricardo & Yzquierdo, Mariano. *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 101-120; López, Marcelo. Balance y perspectivas de la responsabilidad civil en el derecho moderno. En: Celis, Javier (coord.), *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Biblioteca Jurídica Diké – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 23-120.

²²¹ La condición de guardián de la cosa o actividad peligrosa en ningún momento implica la condición de propietario. Jossierand, Louis. *Del abuso del derecho y otros ensayos*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 61-90; Pizarro, Ramón. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual. Parte General*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 59-77.

económicamente débil generaba una contrapartida social al lucro: la responsabilidad²²².

La teoría del riesgo creado resultaba demasiado amplia, pero la del riesgo beneficio muy estrecha, pues dejaba por fuera de las situaciones riesgosas aquellas relacionadas con la manipulación de cosas o el desarrollo de actividades peligrosas. Se pensó entonces en una nueva explicación: la teoría del *acto anormal*, que explicaba la responsabilidad a partir de la comisión de daños con actos anormales, es decir, que rompieran los criterios de normalidad establecidos en una sociedad y tiempo concretos.

Las críticas no se hicieron esperar: en primer lugar, invitaba a pensar en la imprudencia propia de la teoría de la culpa. En segundo lugar, convertía al riesgo en un asunto muy excepcional, pues muchas conductas realmente peligrosas pero muy frecuentes (como la conducción de automóviles) no resultarían en responsabilidad²²³.

Las rupturas con el paradigma de la culpa, experimentadas por los europeos, no se vivieron con la misma intensidad en nuestro país. Como se sabe, la revolución industrial fue un proceso tardío que despertó inquietudes en la década de los sesentas. No obstante, nuestros jueces ya resolvían algunos conflictos con base en la teoría del riesgo desde los años treinta.

Todo parece indicar que la incursión del nuevo título de imputación operó por el que llamaremos *efecto Josserand* sobre los magistrados que integraban la Corte Suprema de Justicia de la época, quienes vieron en la institución del abuso de los derechos el mejor pretexto para expandir las fronteras del Código Civil²²⁴.

²²² Pizarro, Ramón. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa...*, pp. 64-70.

²²³ *Ibidem...*, pp. 70-77

²²⁴ Las primeras muestras de antiformalismo provinieron de una pléyade de jueces que confiaron en la libre investigación científica como una alternativa para superar los vacíos del Código Civil, y en la necesidad de ajustar el derecho a las necesidades de una sociedad agrícola desigual. López, Diego. *El derecho de los jueces* (segunda edición), Legis, Bogotá, 2006, pp. 264-336.

La tendencia no fue la misma después de la “Corte de Oro” ya que sobrevino una oleada de fallos que buscaron copar los espacios de la teoría con las presunciones de culpa. Solo hasta el Código de Comercio se vieron manifestaciones de responsabilidad objetiva en el contrato de transporte²²⁵.

Los postulados de la teoría del riesgo que ya esbozamos abrieron el camino hacia la formulación de una teoría para el derecho administrativo, dando lugar a la formulación del *riesgo excepcional*, como un título que recoge los principales elementos de las anteriores: se trata de responsabilizar al Estado cuando somete a sus ciudadanos a una situación de proximidad de daño, que se cristaliza con una conducta de las autoridades.

Podemos señalar cuatro elementos: en primer lugar, desarrollo de una actividad (peligrosa o provechosa) que genera, en segundo lugar, un incremento de la probabilidad de daños más allá de los niveles socialmente permitidos, sumado a la coacción directa o indirecta ejercida por las autoridades sobre los ciudadanos y a la cristalización de la probabilidad en una realidad²²⁶.

La escala evolutiva de los títulos de imputación no culmina con la teoría del riesgo. Ya desde sus albores, algunos teóricos plantearon la necesidad de buscar un planteamiento verdaderamente objetivo de responsabilidad, pues consideraban que tanto la falla como el riesgo mantenían la preocupación en la conducta del responsable: la primera en los errores cometidos, la segunda, en las probabilidades de daño desencadenadas con ésta. Por ello surgieron propuestas enfocadas en la condición de víctima como única relevante al momento de buscar un responsable.

²²⁵ Los magistrados del Consejo de Estado marcaron una tendencia temprana hacia títulos jurídicos de imputación objetiva como el daño especial. Los de la Corte Suprema, buscaron marcar diferencias y autoridad, y por eso archivaron el concepto de riesgo. Henao, Juan. Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En: *II Jornadas colombo-venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 732-802. Sarmiento, Manuel. *Estudios de responsabilidad civil...*, pp. 123-246. En el mismo sentido: Arenas, Hugo. *El régimen de responsabilidad objetiva*, Legis, Bogotá, 2013, pp. 85-113.

²²⁶ Entiéndase que la coacción puede obrar por mandato directo de una norma, como una orden de operación militar, o por el simple desarrollo de actividades públicas toleradas por el ordenamiento, como el porte de armas por parte de miembros de las fuerzas militares. Saavedra, Ramiro. *Responsabilidad extracontractual de la administración pública...*, pp. 381-427.

La *teoría de la garantía* se perfiló entonces como un antecedente de lo que más adelante sería el *daño especial*. Se explicaba a partir de la comprensión de la víctima como el sujeto que ostentaba un derecho de seguridad frente a los demás. Cuando se vulnerara esta prerrogativa por el uso anormal del derecho de otro, surgiría en cabeza de este último la obligación de reparar. El planteamiento se quedó a mitad de camino porque se consideró que al valorar la anormalidad del uso del derecho de otro, se debía pensar necesariamente en su conducta²²⁷.

Aunque el intento no tuvo mucho éxito en el campo del derecho civil, sirvió para modelar un nuevo título jurídico de imputación en el de la responsabilidad administrativa. Pensando en la teoría de la garantía, algunos juristas franceses encontraron procedente declarar la responsabilidad del Estado en aquellos eventos en los que el derecho de seguridad de las víctimas se viera vulnerado por actuaciones que rompieran el principio de igualdad en el sostenimiento de cargas públicas. De esa manera, lanzaron al paradigma una nueva *generalización simbólica*: el *daño especial*.

A la luz del nuevo planteamiento, el Estado debía reparar cuando con una de sus actuaciones, toleradas por el ordenamiento, causara un daño *anormal* y *especial*. Se entendía por lo primero aquél cuya intensidad superara las molestias normales impuestas por la convivencia social (rompimiento del equilibrio en el sostenimiento de cargas públicas). Por lo segundo, el que recaía sobre una persona o grupo de personas determinadas²²⁸. Se dejaban ver dos consecuencias: la primera era que la valoración de la intensidad del daño debía hacerse sobre las condiciones del caso concreto; la segunda, que los daños soportados por todos los ciudadanos no serían objeto de reparación²²⁹.

²²⁷ Boris Starck fue quien propuso la teoría de la garantía para el derecho civil. Su explicación se encuentra en la obra del maestro Jorge Peirano, *Responsabilidad extracontractual...*, pp. 163-165.

²²⁸ Saavedra, Ramiro. *La responsabilidad...*, pp. 429-434.

²²⁹ Fue, por ejemplo, el principal argumento esgrimido por el juez contencioso ante la curiosa reclamación de indemnización de daños morales causados con la alteración horaria soportada por los colombianos durante el apagón de 1992. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 13/abr/00. Radicación No 11892 C. P.: Ricardo Hoyos; actor: Franklyn Lievano.

Dos argumentos se han expuesto para despojar al daño especial de sus peculiares características: anormalidad y especialidad. Sobre la primera de ellas se cuestiona la pretensión de considerarla como una condición exclusiva del título de imputación y no del daño reparable en general: ¿acaso los perjuicios ocasionados por una actuación irregular de la administración deben ser considerados una molestia con intensidad tolerada? En últimas, cualquier daño que se precie reparable puede considerarse anormal²³⁰. En cuanto a la condición especial, se advierte que la generalidad del daño no puede ser excusa de su antijuridicidad porque ello legitimaría la irresponsabilidad del Estado²³¹.

Teniendo en cuenta los anteriores cuestionamientos, el profesor Fernando García propuso un ajuste conceptual para mantener al daño especial dentro de la lista de títulos de imputación. A su juicio, debe entenderse que el daño comporta un desequilibrio en el sostenimiento de cargas públicas cuando rebasa la capacidad concreta de la víctima para soportarlo.

Se trata de la aplicación inversa del principio de progresividad tributaria (el que más tiene más paga): el que más tiene menos recibe (reparación)²³². Tendríamos así dos dimensiones del daño: una soportable, que no debería ser reparada y otra insoportable que ameritaría reparación.

En esa medida, fallos con vocación niveladora, como los proferidos en el trámite de acción de grupo, tendrían que revisar la particular circunstancia de cada víctima. Asimismo, la valoración del daño en sus dimensiones soportable e insoportable obligaría a replantear el principio de reparación integral²³³.

²³⁰ Admitiendo, en gracia de discusión, que la anormalidad fuera un elemento definitorio del daño en general y no del título de imputación en particular, tampoco se encuentra asidero directo en el texto de la Constitución, que atina a calificar como reparables aquellos que ostenten la condición de antijuridicidad. Botero, Luis. *Responsabilidad patrimonial del legislador...*, 190-192.

²³¹ (...) “la generalidad del agravio pues, no cubre ni purga a antijuridicidad del comportamiento lesivo”. Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo IV, Abeledo Perrot (sexta edición), Buenos Aires, 1997, p. 800.

²³² García, Fernando. *Fundamentación ideológica de la responsabilidad sin falta en el derecho público colombiano*, Tesis de Maestría, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.

²³³ *Ibidem*, pp. 66-92.

Aunque el ajuste es audaz, nos parece que tampoco resuelve en definitiva “los peros” puestos al daño especial, por cuanto sus características se muestran más apropiadas para identificar un perjuicio reparable antes que uno imputable.

Como se ve, la delimitación del concepto es todavía una tarea pendiente. El desarrollo teórico que se le ha dado en el escenario nacional está marcado por las confusiones. En un comienzo se entendió que cualquier daño proveniente de cualquier actuación legal daba lugar al daño especial. Así, varios eventos constituían eventos de responsabilidad estatal: desde los decretos del Libertador Simón Bolívar de contribución especial para atender necesidades de guerra, hasta las medidas expropiatorias de los ejércitos liberales en las guerras civiles del Olimpo Radical²³⁴. En este punto, es necesario un esfuerzo de claridad teórica para evitar confusiones entre la institución de la responsabilidad y la expropiación.

El trajín teórico ha permitido zanjar una frontera entre responsabilidad y expropiación. La primera tiene fundamento en la generación involuntaria de un perjuicio injustificado, en el marco de actividades materiales justificadas. La segunda, comporta una medida voluntaria de adquisición estatal de la propiedad y la justificada extinción para el ciudadano. Además, se da en el marco de un conflicto de intereses públicos y privados en el que estos últimos deben ceder²³⁵.

A la luz de esta distinción, los que se consideraban eventos de responsabilidad pasan a ser entonces antecedentes históricos de expropiación. Es por eso que en nuestro contexto se puede hablar de daño especial, en estricto sentido, a partir de la declaración de responsabilidad estatal por los sucesos ocurridos durante la ocupación y bloqueo de las instalaciones del periódico El Siglo en 1944²³⁶.

²³⁴ Cuello, Gustavo. *El daño especial, como título de imputación de la responsabilidad del Estado*, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2009, pp. 19-132. En el mismo sentido: Arenas, Hugo. *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano luego de la Guerra Civil de 1876-1877*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

²³⁵ Mir Puigpelat, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 72-130.

²³⁶ Un alzamiento militar en Pasto desembocó en la captura del Presidente de la República (Alfonso López Pumarejo). Para evitar una alteración mayor del orden público, el primer designado del Presidente (Darío

El daño especial opera cuando estamos frente a actividades toleradas por el ordenamiento, cuyo desarrollo genera un perjuicio que rebasa la capacidad concreta de la víctima para soportarlo. Implica entonces la ruptura de la igualdad en el sostenimiento de cargas públicas. No obstante, la dificultad a la hora de encontrarle características peculiares y su alto impacto económico, han dado lugar a la aplicación subsidiaria, casi excepcional, en el elenco de títulos disponibles por el juez contencioso²³⁷.

1.1.3. Reparación

Verificar la existencia de un daño y su atribución a un responsable constituye el esfuerzo natural de quien se mueve dentro del sistema de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, serían una quimera sin la expectativa de la reparación. Es por esto que nuestro intento de reconstrucción conceptual debe proseguir con la revisión de este último, so pena de incurrir en negligencia académica.

La reparación es el momento final del daño, es decir, su consecuencia jurídica. Opera como una reacción del ordenamiento a las transformaciones que genera el perjuicio sobre la realidad. Pero al igual que el resto de insumos teóricos del paradigma, su complejidad nos obliga a abordarlo con precaución para evitar confusiones. Por eso, haremos una breve ubicación conceptual para luego adentrarnos en el estudio general de sus manifestaciones más importantes.

Echandía) profirió la medida extraordinaria de censura de los principales medios impresos de comunicación, que hizo efectiva a través de una recién creada Junta de Censura presidida por militares. En cumplimiento de tales decisiones, se procedió al bloqueo y ocupación de las instalaciones del periódico El Siglo durante los días 10 de julio a 5 de agosto, ocasionando graves perjuicios de orden económico cuya reclamación fue exitosa. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 29/jul/1947, C. P.: Gustavo Valbuena, actor: El Siglo.

²³⁷ Hernández, Alier. Principio de responsabilidad y responsabilidad del estado por daños causados por actos terroristas. En: *La constitucionalización de las sociedades contemporáneas*. Universidad Santo Tomás. Bogotá, 2007. pp. 157 a 176. En el mismo sentido: Peláez Juan Carlos. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Bogotá, Septiembre de 2000.

La alteración de la realidad por parte de los sujetos puede tener uno de dos sentidos: constructor o destructor. En el primero, permite que fluyan las relaciones de intercambio y satisfacción de necesidades. En el segundo, implica la obstrucción de dichas dinámicas, es decir, impide el funcionamiento del orden jurídico²³⁸. Nos interesan estos últimos.

Desde la perspectiva clásica encontramos que los cambios destructores pueden repercutir sobre las personas o sobre las normas mismas. En el primer evento, estamos ante un daño, en el segundo, ante un delito. Las reacciones jurídicas en uno y otro caso son distintas, pues toman distancia en cuanto a su finalidad, destinatario y naturaleza.

Cuando estamos frente a un delito, la reacción jurídica recibe el nombre de *pena* y la pretensión es causar arrepentimiento en su autor. Por eso éste se convierte en el único destinatario. Se trata de tutelar el interés público castigando la violación de las normas que lo sostienen. En cambio ante un daño, el derecho busca remediarlo a través de la *reparación*, sin que sea necesario causar aflicción en el autor. Es por eso que no solamente el autor puede ser llamado a reparar, sino también aquél tercero que guarda una relación de cuidado frente a éste (como el padre frente al hijo menor de diez años). Lo que se busca, en últimas, es proteger el interés particular de la víctima, por eso el desconocimiento de la norma no es trascendente²³⁹.

En un intento de ubicación mucho más concreto, debemos advertir que la reparación es uno de los remedios ofrecidos por el derecho ante la presencia del daño. Según su grado de certeza y continuidad, podemos encontrar otro tipo de reacciones jurídicas: *prevención* y *cesación de la actividad lesiva*. Con la primera se persigue proteger aquellos intereses particulares que se ven amenazados por actuaciones que pueden causar

²³⁸ Villoro, Miguel. *Introducción al estudio del derecho* – 5 ed., Editorial Porrúa, México D.F., 1982., pp. 336.

²³⁹ De Cupis, Adriano. *El daño...*, pp. 583-585. La distinción incluso permite zanjar diferencias entre la responsabilidad patrimonial del Estado y su responsabilidad internacional. La primera, gira alrededor de la figura del daño como elemento necesario. La segunda, puede generarse con el simple desconocimiento de obligaciones internacionales, al margen de la verificación de un perjuicio. Quintana, Juan. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2001., pp. 267 – 280

perjuicios irreparables en el futuro. Es decir, aquellos imposibles de reparar por una de dos razones: porque no se pueden cuantificar por atentar contra derechos de la personalidad, o no es posible atenderlos por la precaria situación económica del responsable²⁴⁰. Cabe agregar que se trata de daños que aún no se han producido, pero cuya aparición se teme.

Con la segunda, se busca conjurar aquél perjuicio que nace continuamente, atacando su causa: actividades o circunstancias que se prolongan en el tiempo. La pretensión con la *reparación* es controlar concretamente las consecuencias ciertas de un hecho lesivo y no el hecho lesivo mismo. Se trata de un ejercicio de traslado de la carga del daño que tiene la víctima, a la persona y patrimonio del responsable²⁴¹.

Es frecuente la definición de reparación que se aporta desde el paradigma clásico de la responsabilidad: llevar a la víctima a la situación jurídica previa a la ocurrencia del perjuicio²⁴². Sin embargo, no se puede tratar de un simple “volver al estado anterior”, porque ello desconocería la capacidad constante que tiene la víctima para mejorar sus condiciones de vida en general.

Por eso, a la luz de una noción dinámica de patrimonio, resulta mejor asumir la responsabilidad como la obligación de tomar aquellas medidas encaminadas a generar la situación jurídica que “tendría” la víctima de no haber ocurrido el daño²⁴³. En este sentido, podemos afirmar que la creación de dicha circunstancia hipotética se puede dar de dos

²⁴⁰ De Cupis, Adriano. *El daño...*, pp. 572-577. Con lo que se justificaría el ejercicio de recursos no indemnizatorios como la tutela.

²⁴¹ Existe una confusión de remedios en la doctrina. Así por ejemplo, algunos profesores como Ricardo de Ángel o Javier Tamayo, afirman que la reparación en su modalidad de restitución incluye todas las actividades encaminadas a remover las causas del daño. No obstante, la postura clásica es clara al defender las distancias conceptuales de la reparación, pues se entiende que la restitución implica tomar medidas que hagan desaparecer el daño mismo y no el hecho que le da lugar. En el primer sentido: De Ángel, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...*, pp. 900-908; Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil...*, T. II, pp. 675-682. En el segundo, De Cupis. *El daño...*, p. 578; Alessandri, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, Editar Editores, Santiago, 1983, pp. 533 y ss. En: Duque, José (compilador). *Del daño*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 497-510.

²⁴² Yzquierdo, Mariano. *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual...*, pp. 465-480; Zanon, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Editorial Astrea y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 221-240.

²⁴³ Solarte, Arturo. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. En: Celis Javier (coordinador). *Tendencias de la responsabilidad civil en el Siglo XXI*. Biblioteca jurídica Diké – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 121 – 155.

maneras: restauración de las condiciones materiales –*restitución*– o económicas –*indemnización*–.

1.1.3.2. *Restitución e indemnización: manifestaciones clásicas de la reparación*

La restitución fue el primer remedio utilizado para prevenir los excesos de las penas privadas cuando todavía no se conocía un patrón general de cambio como el dinero. Atribuida a la tradición germana²⁴⁴, es también conocida como *reparación in natura* o reintegración en forma específica. Se trata de la obligación de crear una situación materialmente equivalente a la que existiría para la víctima de no haberse producido el daño: dar el bien arrebatado, reconstruir lo destruido, dejar de causar las molestias²⁴⁵.

Aunque se trata de uno de los remedios más fieles a la realidad del perjudicado, puede tornarse inútil en algunos casos. Por ejemplo, cuando la lesión recae sobre bienes no fungibles, es decir, cuando es imposible entregar el que fue afectado, o cuando la prestación resulta imposible por ser excesivamente onerosa para el responsable. En contextos como el colombiano, podría pensarse incluso que dicha modalidad de reparación podría tornarse inútil si se tiene en cuenta que opera después de mucho tiempo de haberse causado el daño²⁴⁶. Por eso, la *indemnización* ha tenido mayor protagonismo en el paradigma clásico.

Con la indemnización se pretende generar una situación económicamente equivalente a la que tendría la víctima si el daño no hubiera acaecido. Se simplifica en la entrega de una suma de dinero que opera como remplazo del interés lesionado. Al no perseguir la aflicción del responsable, sino la recuperación del patrimonio de la víctima, se asume que la cantidad entregada será la correspondiente a la extensión económica del

²⁴⁴ Bajo la figura de la *Compositio*, quien causaba un perjuicio debía deshacer el agravio ante los dioses, y evitar su furia, ofreciendo al perjudicado las mismas especies arrebatadas. Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987., pp. 95-109.

²⁴⁵ De Cupis, Adriano. *El daño...*, pp. 810-841.

²⁴⁶ De Cupis agrega que la reintegración en forma específica repara los daños proyectados entre la fecha del cumplimiento de la restitución y los días venideros, pero se quedan sin reparación aquellos ocurridos entre la ocurrencia del hecho generador y el cumplimiento de la prestación concreta. *Ibidem*, p. 831

perjuicio, sin importar su gravedad, cuidándose de no enriquecer a ninguna de las partes involucrada en la obligación²⁴⁷.

La indemnización presenta las características propias de toda obligación civil: relativa, de representación pecuniaria, no es personalísima, pero sí disponible y renunciable. En resumen, se trata de un vínculo jurídico en el que un sujeto concreto, que causa un daño, debe entregar una suma de dinero al perjudicado, equivalente al interés lesionado. Al ser un compromiso puramente patrimonial, puede ser cumplida por otra persona distinta al responsable y por lo mismo, transferida por éste. Además, la víctima ostenta la facultad de renunciar a recibir el beneficio económico si es su voluntad²⁴⁸.

1.1.4. Las redes conceptuales

Dejar el asunto de las generalizaciones simbólicas del paradigma en una presentación de los principales conceptos, sería como dejar un plato delicioso a mitad de camino en la cocina, pues estos son los ingredientes de la receta pero no la receta misma. Es necesario entonces recomponer las diferentes definiciones indicadas atrás, en una red que permita su comprensión global y su aplicación concreta. Éste será nuestro cometido en adelante²⁴⁹.

Cuando creemos que nuestros conceptos para entender y definir el mundo son suficientes, la cotidianidad nos da reveses. En el campo de la responsabilidad no estamos exentos, pues todos los días nos hallamos frente a eventos de responsabilidad nuevos que obligan a repensar lo que ya sabíamos. A pesar del dinamismo, contamos con algunas

²⁴⁷ De Cupis, Adriano. *El daño...*, pp. 747-810.

²⁴⁸ Aunque no podrá renunciarse al crédito de la indemnización a través de cláusulas de exoneración de responsabilidad pactadas antes de la ocurrencia del daño, por cuanto significaría una patente de corso para la irresponsabilidad. De Cupis, Adriano. *El daño...*, 782-783. Sobre las características de la obligación de indemnizar: Roca, Encana. *Derecho de daños*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 171 y ss. En: Duque (compilador). *Del daño*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 5-19.

²⁴⁹ Las generalizaciones simbólicas se concretan en leyes, es decir, en enunciados alrededor de los cuales se integran y relacionan los conceptos, conformando así formulaciones categóricas formales. Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas...*, pp. 304-306. Kuhn, Thomas. *Segundos pensamientos sobre paradigmas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pp. 11-40.

herramientas conceptuales que nos mantienen a salvo del naufragio cognitivo. Se trata de dos “fórmulas” que orientan la configuración de conceptos. La primera: *la obligación de reparar surge ante un daño antijurídico imputable a las autoridades responsables*. La segunda: *la reparación no va más allá del daño*.

La construcción de la primera obedeció a un ejercicio de depuración que iniciamos con el estudio de otras formulaciones más generales aportadas desde el campo de la responsabilidad civil, que pudo finalmente contrastarse con la norma constitucional. La segunda, es el resultado de verificar las fronteras entre la responsabilidad civil y la penal.

1.1.4.1. *La obligación de reparar surge ante un daño antijurídico imputable a las autoridades responsables*

En la ecuación civilista, la responsabilidad es una situación jurídica que da lugar a la obligación de reparar. ¿A cuál situación jurídica se refieren? Los adeptos de la responsabilidad civil aluden a la posición que “ocupa” el responsable en el derecho cuando incumple una obligación previa, sea que se trate de la que nace en un contrato o en el deber general de no dañar a otro²⁵⁰. Es por esto que los términos de la receta clásica son distintos: la obligación de reparar surge cuando la conducta del responsable (*hecho generador*) da lugar al *daño*, y se puede verificar entre éstos una relación causal (*nexo de causalidad*)²⁵¹.

Sin embargo, el escenario de la responsabilidad del Estado plantea un paisaje conceptual diferente. La ecuación cambia en el sentido de incorporar el hecho generador

²⁵⁰ Aunque las fronteras entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual pueden fijarse con claridad (en torno criterios como el origen de la obligación de reparar, la gradación de la culpa, las exigencias de capacidad negocial), la tendencia más reciente indica que se trata de campos muy cercanos, cuyas distancias no son siempre tan nítidas, pues existen instituciones que las ponen en entredicho, como por ejemplo, la culpa grave que se asimila a la aquiliana. Estevill, Luis Pascual. *Derecho de daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*. Tomo I, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 5-30 y 479-512. Reglero, Fernando. *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002. De Ángel, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

²⁵¹ De Ángel, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...*, pp. 13-68. Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil...*, T. I, pp. 8-10. Guitrón, Julián. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil? En: Kemelmajer (coord.). *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2007, pp. 99-114.

dentro del daño y el nexo de causalidad dentro de la noción de imputabilidad, para simplificarla en la red: *daño antijurídico imputable*.

La primera composición obedece a la calificación especial que recibe el daño cuando la víctima que lo sufre no se encuentra en la obligación de soportarlo. Fueron los españoles quienes se preocuparon por dar una respuesta teórica a aquellos perjuicios que tenían lugar en el funcionamiento normal de los servicios públicos, con el término de *lesión*. Se trataba de reprochar el hecho mismo del daño, y no la conducta que lo producía²⁵². La recepción del concepto en Colombia, dio lugar a la expresión *daño antijurídico* que se incorporó en el artículo 90 de la Constitución²⁵³.

Después de muchas discusiones, el profesor Javier Tamayo encontró que el experimento de injerto español no fue el más afortunado. La inconsistencia del planteamiento estuvo en pretender explicar la antijuridicidad del daño desligada de cualquier calificación de la conducta que lo originara, pues siempre era necesario preguntarse por una razón que justificara la existencia o no de la obligación de soportarlo. Se debía evaluar si había o no una conducta autorizada por el ordenamiento, al margen de su calidad de culposa o no culposa²⁵⁴.

La Corte Constitucional Colombiana acogió la crítica y amplió el sentido de la expresión, dando a entender que todo daño antijurídico implicaba lógicamente una

²⁵² García, Eduardo y Fernández, Tomás. *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, décimo segunda edición, Bogotá-Lima, Temis-Palestra, 2008, pp. 364-371.

²⁵³ Así lo dejó ver el ex constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero: "(...) lo que nosotros proponemos es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño, de manera que con esto se amplía muchísimo la responsabilidad y no queda cobijado el ente público solamente cuando con su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando le ha infringido alguno a un particular que no tenga por qué soportar ese daño". República de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Sesión Comisión No. 1 del seis (6) de mayo de 1992, Bogotá, Presidencia de la República – Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente, p. 4.

²⁵⁴ "(...) no es que el Estado sea responsable porque la víctima no tenía la obligación de soportar el daño; al contrario: la víctima no tiene la obligación de soportar el daño cuando el Estado no tiene derecho a dañar". Tamayo, Javier. *La responsabilidad del estado. El daño antijurídico (Constitución Política. Artículo 90) el riesgo excepcional y las actividades peligrosas* (reimpresión), Temis, Bogotá, 2000, p. 33. En el mismo sentido: Navia, Felipe. "La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política". *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio-diciembre de 2000, (6), pp. 211-231.

conducta (hecho generador), que podía ser o no culposa, o provenir de un hecho o de un contrato²⁵⁵.

Los últimos desarrollos de la teoría de la lesión acogen el punto de vista del profesor Tamayo: el daño es antijurídico cuando el Estado lo ocasiona sin una razón que lo justifique frente al ciudadano. Para aclarar mejor esta premisa, el profesor Hugo Arenas sugiere una serie de ejemplos en los que las autoridades estarían legitimadas para causarlo: búsqueda del interés general, el cumplimiento de obligaciones constitucionales, carga impuesta por la ley, acto administrativo o contrato, funcionamiento normal de los servicios sin que implique un riesgo anormal ni un desequilibrio en el sostenimiento de cargas públicas, cuando la administración respete los principios generales del derecho administrativo, cuando las autoridades se encuentren en situaciones extraordinarias, cuando la víctima se ponga en situación de riesgo, en aplicación de las causales de justificación del derecho penal. Algunas están sujetas a discusión, pero será en otra oportunidad para evitar desviarnos de nuestro propósito central²⁵⁶.

La segunda composición, aunque tuvo asidero constitucional, ha sido el fruto de la evolución del imaginario teórico de los jueces contencioso administrativos. Como ya pudimos evidenciarlo cuando estudiamos el concepto de imputabilidad, la jurisprudencia ha venido superando la noción de nexo de causalidad, generando vínculos de orden lógico-argumentativo entre el daño y la conducta que lo provoca²⁵⁷.

1.1.4.2. *La reparación no va más allá del daño*

²⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad, la Corte dio aval constitucional al artículo 50 de la ley 80 que establecía la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicas que causaran perjuicio a los contratistas, y le resultaran imputables.

²⁵⁶ Arenas, Hugo. *El régimen de responsabilidad objetiva*, Legis, Bogotá, 2013, pp. 167-171.

²⁵⁷ Serrano, Luis. *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2011. Cassagne, Juan. Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el alcance de la reparación. En: Cassagne, Juan Carlos (coordinador), *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, pp. 45-65. Bermúdez, Martín. El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal. En: *Temas de derecho administrativo contemporáneo* –Jaime Vidal (coordinador), Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 306 - 338.

La medida de la reparación es la misma del daño. En el paradigma tradicional la responsabilidad cumple la tarea de equilibrar los patrimonios afectados con el perjuicio, sin entrar a castigar directamente al autor de la conducta que lo provoca. Como la reparación no constituye un castigo al responsable sino a su patrimonio, no se justifica una sanción que busque generar su arrepentimiento.

La distancia entre los contextos de la responsabilidad civil y penal no fue siempre tan clara. De hecho, en las primeras manifestaciones de responsabilidad en las sociedades antiguas, el responsable recibía una sanción que parecía una venganza por ofender a la víctima y a los dioses con su conducta. Aunque con el paso de los años, algunas sociedades como la romana fueron generando remedios cada vez más proporcionales, no fue sino hasta bien entrado el siglo de las luces que los europeos entendieron la diferencia entre afrentar al Estado y perjudicar al individuo²⁵⁸.

Con la paulatina secularización de la responsabilidad, la frontera entre los campos penal y civil se fue haciendo más nítida. Hoy, tienen orígenes distintos, en el primero, la ofensa al sistema normativo de una comunidad política, en el segundo, la afectación del interés particular. Obedecen a objetivos diferentes, pues en el primero se persigue el castigo y arrepentimiento del responsable y en el segundo la composición patrimonial de la víctima. En ese mismo orden, cada modalidad cumple una función principal: prevenir y castigar para la penal, restituir o compensar para la civil²⁵⁹.

²⁵⁸ El tránsito de las venganzas de sangre a la Ley del Talió, y de esta a los postulados modernos de la responsabilidad civil, se delinea con mucha claridad en: Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 95-109. En el mismo sentido: Mosset, Jorge. Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones. En: Bueres, Alberto (director), *Responsabilidad por daños*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 28-50.

²⁵⁹ Sobre la distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil: Larrañaga, Pablo. *El concepto de responsabilidad*, Biblioteca Jurídica de Ética y Filosofía del Derecho y Política, Fontanamara, Ciudad de México, 2000, pp. 23-29. Cansino, Miguel. *Responsabilidad civil de la administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 193-234. En cuanto a la función de la responsabilidad civil, algunos entienden que es múltiple, es decir, admiten otros usos como el preventivo o punitivo. Otros, por su parte, creen que la crisis de la responsabilidad está en el hecho de admitir dicha polifuncionalidad, y encuentran que su única función normativa es la reparatoria, siendo las demás meros efectos secundarios de ésta. Entre los primeros: De Ángel, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...*, Mir, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema...*, Entre los segundos: Pantaleón, Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas)*. En: De Ángel, Ricardo & Yzquierdo, Mariano (coord.). *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto Gómez Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp.190-216.

1.2. Creencias tradicionales

Las generalizaciones simbólicas del paradigma tradicional de la REPE son como los ingredientes que permiten preparar la receta, puestos en el plato de manera ordenada y vistosa. Sin embargo, la preparación de los alimentos requiere cierto cuidado en el momento de servir. Es decir, la dieta que se acostumbra en la mañana no suele ser la misma para la hora del almuerzo, y no se recomienda servir para la cena la misma del mediodía. Para evitar problemas digestivos, cada plato tiene su momento en el día. Cuando nos referimos a las creencias del paradigma, se nos antoja pensar en el momento gastronómico en que resulta mejor probar determinadas preparaciones.

Las creencias del paradigma se presentan como compromisos de la comunidad científica que nacen sin necesidad de comprobación lógico formal. De allí sus segundas denominaciones: modelos o partes metafísicas. Se trata de perspectivas compartidas que nacen sin mucha explicación racional, pero proporcionan elementos de juicio para ubicar los campos de la realidad sobre los cuales pueden operar las generalizaciones simbólicas. En otras palabras, proporcionan reglas para delimitar el objeto de estudio del paradigma, como el horario de comidas para servir las diferentes recetas²⁶⁰.

Identificar las creencias o modelos del paradigma implica rastrear, dentro de los conceptos, algunos enunciados que limitan el alcance de la REPE, soportados en argumentos que pueden llegar a ser discutibles. Así como se aceptan ciertos platos para el desayuno en algunas regiones frías de nuestra geografía, pueden consumirse otros en latitudes distintas. La carne por ejemplo, es exótica en un desayuno cundiboyacense, pero frecuente en el costeño. El ejercicio que proponemos a continuación, parte de la revisión de algunos elementos conceptuales del paradigma esbozados atrás. Con base en ello, identificamos tres creencias que tienen que ver con el alcance del daño, de la reparación, y de la institución misma de la responsabilidad patrimonial.

²⁶⁰ Aunque Thomas Kuhn lo plantea con el ejemplo del rompecabezas, creemos que logramos captar su idea. Kuhn, Thomas. *Segundos pensamientos sobre paradigmas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pp. 11-40. Kuhn, Thomas Samuel. *La estructura de las revoluciones científicas*; trad. de Carlos Solís Santos. -2 ed.- México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2004.

1.2.1. En cuanto al alcance del daño: no se reparan daños colectivos

Como se anuncia en el encabezado de esta sección, el aparato de la responsabilidad estatal está diseñado para cubrir la reparación de daños individuales pero no aquellos calificados como colectivos. Para precisar mejor la creencia, intentaremos primero aclarar el significado del daño colectivo y luego verificarla en la red de conceptos que identificamos como generalizaciones simbólicas.

Los daños pueden recaer sobre el poder de disfrute que ostentan uno o varios sujetos de derecho sobre determinados bienes. En el primer caso no existe mucha dificultad, pues se trata de la presentación clásica del perjuicio como personal. En el segundo debemos ser más cautelosos, porque son distintos los que soportan los sacrificados por un carro bomba, por ejemplo, de aquellos que enfrentan quienes han sido ofendidos con conductas tan repugnantes como el envenenamiento de las aguas o la emisión de gases tóxicos. Como lo dejan ver los ejemplos, el daño puede tener dos presentaciones teniendo en cuenta la naturaleza del interés que se vea afectado: *individual* o *colectivo*. Los individuales afectan intereses que atañen a una sola víctima. Los colectivos, en cambio, tocan poderes de disfrute en cabeza de varias.

La categoría de intereses colectivos se torna aún más compleja. Por una parte, pueden representar el poder de disfrute de un grupo organizado y claramente identificado dentro de la sociedad, como una asociación de profesionales por ejemplo, o de uno que no puede ser fácilmente delimitado, como los consumidores de un producto en el mercado. En el primer caso, estamos ante *intereses colectivos propiamente dichos*, en el segundo, ante *intereses difusos*²⁶¹.

Por otra parte, la afectación puede recaer sobre bienes que tienen distintas condiciones de disfrute. En el ejemplo del carro bomba (afectaciones a las viviendas), se trata de atentados contra bienes sobre los que cada ciudadano puede disponer con exclusividad, y a los que accede gracias al pago previo de un precio. En cambio, en el caso

²⁶¹ Zanoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil...*, pp. 44-50.

del envenenamiento de una laguna o de emisiones gaseosas tóxicas, la afectación recae sobre cosas que podemos disfrutar todos sin que por ello tenga que ser excluido alguno de nosotros, además, no es necesario pagar por ello (en principio). Los primeros se conocen como intereses colectivos *divisibles*, los segundos *indivisibles*²⁶².

En resumen, los intereses (o derechos) colectivos *divisibles*, también llamados *pluriindividuales*, son aquellos poderes que el derecho reconoce para disfrutar objetos sobre los que se pueden predicar los postulados económicos de rivalidad y exclusión. No ocurre lo mismo frente a los denominados *indivisibles* o *transindividuales*. Entiéndase por rivalidad la condición de aquellas cosas cuyo disfrute por parte de uno limita la posibilidad de disfrute para otro. La exclusión tiene que ver con el hecho de que para poder gozar es necesario primero pagar, quien no paga no disfruta²⁶³.

Cuando el daño recae sobre un interés colectivo *divisible*, nos encontramos en una situación de afectación plural de intereses individuales que la doctrina ha denominado *daño masivo o grupal*²⁶⁴. En cambio, cuando obra sobre intereses colectivos *indivisibles*, se trata del *daño colectivo* propiamente dicho²⁶⁵. Frente a estos últimos es que se ha construido la creencia.

Cuando revisamos los conceptos de daño y sus características, tuvimos la oportunidad de indicar que para los estudiosos clásicos se trataba de un atentado al interés de un sujeto de derecho, traducido en las facultades de disfrute que se le reconocían sobre determinados objetos o bienes. Sin embargo, no advertimos que dentro de ese mismo

²⁶² Algunos incluso reconocen la condición de derecho subjetivo a los primeros, y dejan en mero interés a los segundos. La distinción radica en el hecho de que estos últimos no cuentan con un titular determinado o determinable, y por ello reportan beneficios indirectos. Zanoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil...*, pp. 25-30.

²⁶³ Giraldo, César. *Finanzas públicas en América Latina. La economía política*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2005, pp. 15-32. Corte Constitucional, Sentencia C-569 de 2004, M.P.: Rodrigo Urpimny Yepes.

²⁶⁴ Algunos van más allá y precisan la distinción entre accidente y daño masivo. En el primero, el daño opera a partir de un mismo hecho generador, en el segundo, pueden ser varias sus fuentes. Lorenzetti, Ricardo. Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivo. En: *Revista Responsabilidad civil y seguros, No. 10: Homenaje al Profesor Atilio Aníbal Alterini*/ coordinado por Fulvio Santarelli y Fernando Sagarna, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 234-245.

²⁶⁵ Tamayo, Javier. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Díké, Medellín, 2001. Garrido, Lidia. *Los daños colectivos*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 115-194.

panorama la definición fue construida para hablar de aquellas alteraciones sobre intereses privados, no públicos.

La diferencia era entendible porque asumían que con los primeros se perseguía utilidad individual, mientras con los segundos se trascendía hacia la utilidad pública, no se trataba de una simple sumatoria de intereses privados. En ese orden, para el profesor De Cupis, la afectación a un interés público daba lugar a una reacción desde el derecho penal (sanción) pues como no se trataba de rescatar utilidades económicas, el brazo jurídico civil no tenía participación: el derecho civil no reaccionaba directamente contra este tipo de daños²⁶⁶.

El profesor De Cupis fue apenas uno de los recolectores de la tradición ideológica individualista que dominaba el escenario de la responsabilidad. Ya desde los albores del Código de Napoleón se venía construyendo un edificio de conceptos dedicados al individuo²⁶⁷. Algunos, propios de nuestro objeto de estudio, terminaron reforzando la creencia. La exigencia inicial de que el daño sea personal y la noción de daño especial, son algunos ejemplos.

En el primer caso, el perjuicio solamente puede ser reclamado por quien lo ha sufrido, de manera que aquellos daños con doliente indeterminado, como el que se causa con las emisiones tóxicas, quedarían por fuera de la posibilidad de indemnización. En el segundo, el título de imputación se configura cuando el detrimento recae, nuevamente, sobre un grupo determinado o determinable de personas. Una vez más, el daño generalizado se queda al margen de la reparación. Por fortuna, el recuerdo constitucional de las acciones populares nos dejó ver que se trataba de simples creencias.

La preocupación por los derechos del público fue una preocupación incluso para los romanos, quienes dejaron sembrada la semilla de las acciones populares para evitar los

²⁶⁶ De Cupis, Adriano. *El daño...*, pp. 112-120.

²⁶⁷ Después haber vivido oculto bajo el genio monárquico, el individuo fue desempolvado y se convirtió en el protagonista de la vida cultural europea. El derecho no fue ajeno al cambio, pues se convirtió en el principal escenario de lucha por la reivindicación de sus derechos frente al Estado. López, Diego. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004, pp. 129-233.

perjuicios que pudiera ocasionar una edificación en ruinas²⁶⁸. En Colombia, el Código Civil abrió la posibilidad de interponerlas con fines preventivos e indemnizatorios en eventos de amenaza de daños sobre bienes de uso público, o de su concreta realización por ruina de edificaciones o caída de objetos colgados en los tejados (artículos 1005, 2355 y 2359 de Código Civil).

Sin embargo, no tuvieron mucha trascendencia. En el imaginario judicial, se trataba de acciones preventivas de daños contingentes cuyo carácter indemnizatorio quedó oculto bajo la maraña de artículos del Código Civil, que las refundió entre las acciones posesorias. Este simple gesto, de no dedicarles un capítulo independiente, dejó ver el peso cultural del individualismo en una república naciente que buscaba romper el lazo colonial español, acercándose al ímpetu francés²⁶⁹.

Quienes participaron en la confección de la Constitución de 1991 vieron la necesidad de proteger los derechos colectivos con mayor contundencia, pero moldearon la acción popular sin darle un carácter explícitamente indemnizatorio, porque consideraron que el hecho de reparar daños contingentes se oponía al canon conceptual de la responsabilidad civil, que requiere la certeza del daño. Tuvimos que esperar al legislador de 1998 para que la reconquista de la dimensión social del individuo diera sus frutos con el reconocimiento de derechos supraindividuales, amparados en herramientas de prevención y reparación. En la ley 472, la vocación indemnizatoria de la acción popular vio la luz en los artículos 2, 9 y 34, que confirieron al juez el poder para tomar medidas de restitución, reparación y supresión del perjuicio²⁷⁰.

²⁶⁸ Aunque no tuvieron mucho protagonismo, las acciones populares habilitaban a cualquier ciudadano romano a reclamar la remoción de objetos colgados en el tejado de una casa que amenazara causar un daño con su caída (*positis vel suspensis*). Petit, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano* (Traducción de José Fernández), Ediciones Esquilo, Bogotá, 2002, p. 466.

²⁶⁹ Esguerra, Juan. *La protección constitucional del ciudadano*, Legis, Bogotá, 2004, pp. 194-228. López, Diego. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004, pp. 129-233.

²⁷⁰ Santofimio, Jaime. *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010. Esguerra, Juan. *La protección constitucional del ciudadano...*, pp. 194-228. La vocación indemnizatoria de las acciones populares no son un tema pacífico. Mientras que para algunos resulta ser un hecho que no se puede desconocer (Javier Tamayo, Juan Carlos Esguerra, Jaime Santofimio), para otros, como el profesor Martín Bermúdez, no es tan claro. Según este último, la ley ofrece herramientas para la *cesación del ilícito*, que no es otra cosa que la supresión del daño. Es decir, el juez de la acción popular puede ordenar el control de sus

1.2.2. En cuanto al alcance de la reparación: es puramente patrimonial

La segunda creencia sobre la que se levanta el edificio de conceptos se puede resumir en la siguiente premisa: la reparación es una reacción puramente patrimonial ante el daño, es decir, no se admiten remedios en idiomas distintos al económico. ¿Por qué? ¿Qué ocurre entonces cuando tratamos de reparar daños extrapatrimoniales? Desde el paradigma clásico se dan respuestas a cada una. Sin embargo, debemos hacer una precisión. Como vimos atrás, la reparación clásica puede presentarse en forma de restitución *–in natura–* o de indemnización. Sobre la primera, los estudiosos dejaron ver su escaso protagonismo en la vida cotidiana²⁷¹, por lo que les resultó fácil asociar reparación a indemnización. De manera que las referencias que se hagan al remedio general, fueron hechas pensando en el especial²⁷².

En primer lugar, las razones que llevaron a pensar en el límite monetario son conceptuales. Como tuvimos la oportunidad de indicarlo cuando nos referíamos a las generalizaciones simbólicas, la responsabilidad civil ha sido entendida como una situación que da lugar a una obligación: la reparación. De manera que la naturaleza de la reparación es la de una obligación. La tradición histórica de este concepto deja ver que se ha entendido como un vínculo tolerado por las normas, en el que una persona (deudor) se compromete a realizar una conducta en beneficio de otra (acreedor), pudiendo este último reclamar su cumplimiento sobre los bienes del primero²⁷³.

causas, con miras a prevenir cualquier perjuicio futuro, pero no su reparación en estricto sentido. Bermúdez, Martín. *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 121-130. El punto lo dejamos para consideración posterior, cuando abordemos las transformaciones de las creencias que han dado lugar a nuevas generalizaciones simbólicas.

²⁷¹ Por un parte, retornar al estado de cosas previo al daño resulta muchas veces imposible. Piénsese por ejemplo en los perjuicios morales ocasionados con la muerte de un ser querido por ejemplo. Por otra, la capacidad técnica del responsable puede limitar la restitución. Levantar una construcción destruida o reconstruir la pintura arruinada, pueden servirnos como ejemplos.

²⁷² De Cupis, *El daño...*, pp. 768.

²⁷³ Un registro interesante del desarrollo histórico del concepto se puede encontrar, para el contexto alemán en la obra del profesor Hans Hattenhauer. Allí se puede evidenciar la profunda influencia del profesor Savigny, quien concibe el derecho como una autorización general para establecer relaciones entre personas y cosas, aún después de la muerte. Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil...*, pp. 75-94. En

Dentro del conjunto de elementos que definen la obligación, encontramos dos que nos permiten distinguir su naturaleza patrimonial: el interés y la prestación. Con la primera expresión, se refieren al fin que persiguen acreedor y deudor cuando se comprometen, con la segunda, a la conducta que uno de ellos debe realizar para que se entienda satisfecho el interés (dar, hacer o no hacer). En cuanto a su respectiva naturaleza, existe consenso al afirmar que las finalidades perseguidas pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial (recuperar un bien destruido o aliviar la tristeza causada a una víctima por ejemplo). En cambio, la prestación solamente podrá ser patrimonial. Existe una razón histórica y otra práctica para hacer tal afirmación²⁷⁴.

La razón histórica que explica la patrimonialidad de la prestación se registra en Grecia y Roma. La esclavitud fue una institución constante en las sociedades grecolatinas antiguas, y el incumplimiento de las deudas era una causa frecuente, pues quien se comprometía en una obligación, lo hacía con su cuerpo y su vida. El abuso de los acreedores (casi siempre *eupátridas* y *patricios*) generó grave descontento en la servidumbre (*tetes* o *plebeyos* convertidos en esclavos), hasta el punto de poner en peligro la seguridad de las ciudades.

La tensión social motivó la expedición de leyes que ablandaron los compromisos, prohibiendo la sumisión en caso de incumplimiento: en adelante, quien se comprometía lo hacía con sus bienes, no con su cuerpo ni su vida²⁷⁵. En este contexto, resulta lógico que el contenido de las obligaciones sea una conducta tangible, transable en el mercado y valorable en dinero, pues el compromiso se da entre patrimonios, no entre personas²⁷⁶.

el ámbito colombiano, el concepto de obligación es un calco perfecto del esquema savigniano. Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 55-56. Valencia, Arturo & Ortiz, Álvaro. *Derecho civil. De las obligaciones* -9 edición-, Temis, Bogotá, 2004, pp. 1-4.

²⁷⁴ Fueyo, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pp. 12-43.

²⁷⁵ En Grecia fueron las leyes de Solón. En Roma, la *Paetelia Papiria*. En ambos casos, la motivación fue la misma. De Coulanges, Fustel. *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho, las instituciones de Grecia y Roma* (Traducción de Cigés Aparicio). Editorial Panamericana, Bogotá, 2001, pp. 316-331. Petit, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano* (Traducción de José Fernández González), Ediciones Esquilo, Bogotá, 2002, p. 320.

²⁷⁶ Zannoni, Eduardo. *La obligación (concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria)*, San Isidro - Pcia de Buenos Aires, Buenos Aires, 1984, pp. 46-81.

La segunda circunstancia que justifica la textura patrimonial de la prestación es de carácter práctico. Como se sabe, las necesidades nos han llevado al intercambio de bienes y servicios y el derecho ha sido una herramienta útil a la hora de controlarlo. La noción de tráfico implica la existencia de objetos tangibles, dotados de valor de cambio y de la posibilidad de ser remplazados por otros. De manera que el dolor o la alegría no caben dentro del escenario. El contenido de las obligaciones resulta ser necesariamente patrimonial porque sólo así se asegura la normalidad económica de una sociedad. Se trata de una situación pensada para desarrollar la vida de relación. De no ser así, veríamos los tribunales inundados de reclamaciones imposibles y absurdas, como la de aquellos deberes de respeto por los símbolos patrios²⁷⁷.

En segundo lugar, el problema de la reparación de daños extrapatrimoniales se resuelve con una aclaración: cuando hablan de la textura patrimonial, se refieren a la obligación de reparar el daño, no al daño mismo. Es decir, el perjuicio tiene que aliviarse siempre con dinero, aun cuando sea extrapatrimonial. O, es lo mismo, hasta este tipo de daños caben dentro de la dimensión patrimonial de la reparación.

En principio, existen algunas objeciones a la idea de reparar daños extrapatrimoniales. Una de ellas, es que resulta imposible probar su existencia con toda precisión, pues se trata de afectaciones a las dimensiones más intangibles del ser humano: su felicidad, el proyecto de vida, su integración a la sociedad. En esa medida, también sería inverosímil la prueba de su medida (las lágrimas no se cuentan en probetas), y un atentado moral ponerles precio²⁷⁸.

Sin embargo, desde el paradigma clásico afirmaron la necesidad de indemnizarlos. Ante el primer cuestionamiento, admitieron la imposibilidad de su prueba exacta, pero no descartaron la posibilidad de acudir a medios indirectos como las presunciones o indicios²⁷⁹. En cuanto a su cuantificación, encontraron que se podía admitir una valoración

²⁷⁷ Para el profesor Cirstóbal Montes, el contenido patrimonial de la prestación marca la diferencia entre los conceptos jurídicos de obligación y deber. Montes, Cristóbal. *La estructura y los sujetos de la obligación*, Editorial civitas, 1998, pp. 188-207.

²⁷⁸ De Cupis. *El daño...*, p. 768.

²⁷⁹ De hecho, algunos perjuicios extrapatrimoniales como el daño psicológico son susceptibles de verificación directa con la ayuda de un perito. Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -4 edición-* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 216-218.

equitativa del juez, que se aproximara a un alivio, aunque no a la plena restauración. Finalmente, no podía pensarse que cuantificar e indemnizar este tipo de daños fuera inmoral. Más inmoral resultaría dejarlos sin consecuencias, estimulando así a los responsables a generarlos sin ningún reparo²⁸⁰.

1.2.3. En cuanto a la función de la responsabilidad: sólo sirve para reparar o compensar

De nada serviría una herramienta si no tuviéramos la posibilidad de hacer algo con ella. El problema de las herramientas entonces no es saber si están o no destinadas para alguna tarea, sino averiguar para cuál de tantas está hecha. Ésa es la dificultad con la responsabilidad estatal, sabemos que cumple una función en la sociedad, pero todavía no nos ponemos de acuerdo sobre cuál. Los teóricos han encontrado que la institución puede tener cuatro usos posibles: reparar (compensar), prevenir, castigar o ejercer control social.

En primer lugar, la responsabilidad cumple la tarea de restablecer a la víctima de un daño a la situación fáctica o económica que tendría, de no haber ocurrido el perjuicio. La institución brinda entonces una garantía frente a los excesos del Estado, y supone siempre la existencia de una lesión. La preocupación principal, desde este punto de vista, no es sancionar la conducta del responsable sino conjurar sus efectos sobre el perjudicado. Como no es posible lograrlo siempre frente a los daños extrapatrimoniales, se entiende que la función queda satisfecha con la compensación²⁸¹.

En segundo lugar, las tareas de la institución no se agotan en la reparación del daño, pues prevenirlo también hace parte del repertorio de funciones. Se trata de aplicar remedios jurídicos antes de la cristalización del perjuicio para evitar que suceda. Puede

²⁸⁰ De Cupis. *El daño...*, p. 768.

²⁸¹ Cuando no se puede restaurar a la víctima la situación de armonía que ostentaba antes del daño, se debe por lo menos aliviar en algo su sufrimiento. Con esto queda satisfecha la tarea. De ahí que la función sea denominada reparatoria o compensatoria. Barreto, Alejandro. *La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo...*, pp. 21-43.

operar de dos maneras. La primera como una amenaza de sanción sobre el eventual responsable, para que dentro de sus cálculos sea más costoso lamentar que prevenir (muy asociada a los postulados del análisis económico del derecho). La segunda, como reflejo preventivo de la condena a reparar. Se cree que al obligar al dañador a corregir la situación de la víctima, se genera un efecto indirecto en su consciencia: el ánimo de no volver a causar daños²⁸².

La tarea de castigar tiene mucho que ver con la anterior. Se castiga con el fin de prevenir, es decir, se advierte al responsable para que evite las conductas dañinas que lo llevaron a la obligación de reparar. Sin embargo, se ha considerado como una función autónoma que consiste en aplicar un castigo económico al dañador (*punitive damage*) para que no reincida en la conducta dañina. La medida de la reparación supera la del perjuicio. La creencia en la función sancionatoria de la responsabilidad es el aporte de teoría del análisis económico del derecho desde la que se concibe al responsable como un sujeto que vive calculando, buscando la generación de mayores beneficios al más bajo costo. El daño punitivo hace que los costos de sus actuaciones sean superiores a las ventajas obtenidas al causar el daño, por lo que se asume que racionalmente debe evitarlo²⁸³.

Finalmente, la responsabilidad permite ejercer control social. Como se sabe, las autoridades tienen una serie de funciones asignadas con el fin de que contribuyan a realizar los fines estatales. La institución permite revisar si dichas actividades se desarrollan conforme a los objetivos señalados, o constituyen por el contrario fuentes de daños a los ciudadanos. De alguna manera, los juicios de responsabilidad permiten evaluar la eficacia de la acción pública²⁸⁴.

²⁸² *Ibidem*..., pp. 45-53.

²⁸³ El postulado principal de la aplicación de la teoría lo podríamos resumir en la expresión: se justifica prevenir cuando sea más barato que lamentar. Sin embargo, si prevenir es más costoso, ¿debemos prepararnos para lamentar? A partir de allí surgen las principales críticas: Mir Puigpelat, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 72-130.

²⁸⁴ Rebollo, Luis Martín. Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas. En: Moreno, Juan (coord.). *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 539-569. Mir Puigpelat, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*..., pp. 110-130. Saavedra, Ramiro. *La Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*..., pp. 197.

Como decíamos, los principales estudiosos del tema aún no se han puesto de acuerdo sobre cuál de todas resulta ser la función principal de la responsabilidad. Existe un debate pendiente que demuestra el lugar que ocupa el tema en el paradigma. Identificamos tres posiciones al respecto. La primera de ellas, defendida por profesores como Ricardo De Ángel y Luis Martín Rebollo, parte de la idea de que la responsabilidad es polifuncional debido a que no siempre es posible reparar en los términos tradicionales del término. Circunstancias como la imposibilidad económica o la naturaleza colectiva de los bienes afectados impiden brindar un remedio resarcitorio. Entonces, cuando la institución no satisface dicha expectativa no queda otra opción que evaluar sus potenciales preventivos y sancionatorios²⁸⁵.

La segunda postura es intermedia, pues no reconoce ninguna función como principal, sino que afirma su relatividad. En otras palabras, ninguna función es principal o secundaria por sí misma. Todo depende del concepto de responsabilidad que ostente una comunidad jurídica, de su nitidez frente a otras instituciones como la expropiación o la delimitación de derechos, y del contexto jurídico y geográfico en el que se formule²⁸⁶.

Finalmente, la tercera perspectiva sugiere que la crisis contemporánea de la responsabilidad se debe al reconocimiento de todas las funciones como igualmente importantes. Para el profesor Fernando Pantaleón, su principal abanderado, pensar que la institución está diseñada para prevenir, castigar y ejercer control social, además de reparar, ha llevado a la confusión. Al concederle mayores alcances convirtieron el concepto en un instrumento de ingeniería social que se refunde entre la seguridad social. Por lo mismo, identifica como función principal de la responsabilidad la reparatoria. Las demás se quedan en meros accidentes o efectos secundarios de ésta²⁸⁷.

²⁸⁵ De Ángel, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995. Rebollo, Luis Martín. *Fundamento y función de la responsabilidad del Estado...*,

²⁸⁶ Mir Puigpelat, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema...*,

²⁸⁷ El profesor Pantaleón presenta dos evidencias en el ámbito español: en primer lugar, no se autoriza imponer una indemnización sin un daño previo. En segundo lugar, la cuantía del daño no se establece conforme a la mayor o menor necesidad de prevención de la conducta. Pantaleón, Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas)*. En: De Ángel, Ricardo & Yzquierdo, Mariano (coord.). *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto Gómez Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp.190-216.

Al revisar las generalizaciones simbólicas del paradigma tradicional de la REPE encontramos que la creencia más fuerte es la sugerida por el profesor Pantaleón. Es decir, los conceptos de responsabilidad (daño, imputación, reparación) están diseñados como herramientas para brindar reparación y compensación al daño, siendo secundarios su prevención, la sanción de las conductas del responsable o el control social sobre la actuación estatal. Resuena en los textos una advertencia: la responsabilidad no se hizo para castigar al responsable ni para enriquecer a la víctima.

En cuanto al daño, por una parte, es sabido que su cuantía determina el máximo alcance de la reparación. Es decir, ésta no va más allá de su medida económica. Por otra parte, no es necesario evaluar la gravedad de la conducta del responsable para determinar el monto del resarcimiento. Se trata de fenómenos independientes. Frente a los considerados extrapatrimoniales, resultan indemnizados con una suma de dinero que pretende aliviar el impacto producido sobre la dimensión inmaterial de la víctima. Dicho paliativo se concede sin necesidad de evaluar el grado de culpa de quien causó la lesión, y su monto es limitado por el criterio del juez. Lo anterior deja ver que la pretensión de la indemnización no es impartir un castigo privado sino generar las condiciones necesarias para que el perjudicado recupere el estado normal de su vida²⁸⁸.

Cuando estudiamos el concepto de imputación, tuvimos que hacer un recorrido previo por el tema de la causalidad. En ese momento, encontramos que los primeros enunciados de la teoría se orientaban a generalizar la causa del daño, atribuyendo el mismo valor a todas las condiciones que formaban su contexto (*equivalencia de condiciones*). Sin embargo, vimos cómo la necesidad de encontrar un autor determinado del perjuicio, nos fue llevando hacia formulaciones más restringidas de la relación causal, al punto de concebir la diferencia entre condiciones –eventos del contexto- y causas –origen de la lesión-. Estas teorías individualizadoras se formaron con la pretensión de reducir al máximo la posibilidad de enriquecer a la víctima, pues sin una idea clara de la fuente del daño cualquier integrante de la sociedad podría serlo. Nuevamente, el fantasma del enriquecimiento sin justa causa apareció para advertir que los perjuicios no son razón de

²⁸⁸ La influencia del derecho civil es profunda pues el principio de enriquecimiento sin causa inspira la tendencia reparatoria de nuestro paradigma de responsabilidad. Henao, Juan. *El Daño...*, pp. 45-49. Navia, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico...*, p. 98... Saavedra, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual...*, p. 594.

castigo: cada quien responde en la medida de su participación dentro del proceso de producción del daño²⁸⁹.

El principio general de enriquecimiento sin justa causa ha sido el motor inspirador de buena parte de los conceptos que orientan el paradigma tradicional de la REPE. Si lo miramos a la luz de las creencias, podemos deducir que se trata de una válvula que asegura el carácter compensatorio de la institución, porque mantiene la relación de equilibrio patrimonial entre víctima y responsable. Si olvidáramos conservar la proporción entre daño y reparación, esta última podría convertirse en un castigo económico con alcances preventivos, tal como sucede con las penas pecuniarias que impone el código penal²⁹⁰.

Finalmente, la prevención del daño es todavía una idea desplazada del concepto de reparación. Como pudimos apreciarlo cuando estudiamos este concepto, los remedios que buscan prevenir el perjuicio, o conjurar sus causas para que no se prolongue en el tiempo, son puestos fuera de la caja de herramientas de la responsabilidad como instrumentos auxiliares²⁹¹. Así lo dejan ver las manifestaciones más recientes de la doctrina y la ley que expulsan algunas instituciones, como la acción popular, del campo de la responsabilidad.

Desde la doctrina, las acciones populares han sido catalogadas como instrumentos para la prevención de daños colectivos, pero no para su reparación. A pesar del reconocimiento legal de la posibilidad de condenar al pago de perjuicios a quienes causen detrimento a derechos colectivos (ley 472, art. 34), algunos estudiosos admiten que no se trata de una indemnización genuina, por cuanto no beneficia a los titulares afectados, sino que se destina a las autoridades que tienen a su cargo la protección del interés

²⁸⁹ Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil...*, p. 18.

²⁹⁰ Alejandro Barreto ha identificado algunas manifestaciones sancionatorias de la responsabilidad en campos como el derecho de familia y sucesiones (pérdida de tutela o curatela por fraude, dolo o culpa grave, causales de indignidad para suceder. Código Civil, art. 1025 y 607 respectivamente), laboral (indemnización sanción por mora en el pago de prestaciones. Código Sustantivo del Trabajo, art. 65) y financiero (sanción por el cobro de intereses en exceso. Ley 45 de 1990, art. 72). Barreto, Alejandro. *La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo...*, pp. 66-69. Sin embargo, en el de la responsabilidad civil, y concretamente del Estado, la institución del daño punitivo sigue siendo una rareza anglosajona.

²⁹¹ La prevención del daño y la cesación de la actividad lesiva son manifestaciones de la tutela preventiva que ejerce el derecho sobre los daños contingentes y continuados. La reparación, es el remedio exclusivo de la tutela represiva. De Cupis. *El daño...*, p. 569-596.

vulnerado²⁹². Desde la legislación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción popular se propone como un medio constitucional con la función principal de prevenir, excepcionalmente restituir porque asumen que no siempre es posible²⁹³.

Hemos hecho el intento de esbozar las creencias del paradigma tradicional, nos corresponde ahora cerrar el ejercicio en el elemento más complejo: los valores que orientan el desarrollo de las creencias y la aplicación de los conceptos.

1.3. Valores tradicionales

Cuando presentamos los conceptos del paradigma advertimos la dificultad de precisar muchos de sus límites. En el momento de señalar las creencias, evidenciamos que la tarea se fue tornando complicada y peligrosa: llegar a un acuerdo definitivo es cada vez más difícil. Ahora que debemos señalar los valores, quedamos cortos de palabras para expresar la perplejidad que genera enfrentarse a un asunto tan gaseoso y polémico.

Siguiendo la metáfora culinaria, en la que asociábamos conceptos con ingredientes preparados en el plato y creencias con los momentos en que éstos debían servirse, nos quedan ahora los valores, que serían como los propósitos que llevan a preparar y servir. La cocina, como el derecho, está llena de intenciones de muy variada índole: saciar el hambre voraz, conquistar el paladar más exquisito, o el corazón más codiciado. En todo caso, estos fines determinan el tipo de alimentos y las oportunidades que se tienen para ser consumidos. Los valores son los postulados más generales del paradigma que marcan la tendencia (preferencias) de la comunidad científica. Permiten identificar creencias y conceptos, y verificar en qué momento son insuficientes para explicar la realidad²⁹⁴.

La pregunta que nos inquieta ahora es ¿cuáles son los valores u orientaciones del paradigma tradicional de la REPE? Para contestarla, debemos hacer antes algunas

²⁹² Bermúdez, Martín. *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia...*, p. 121-130.

²⁹³ Así lo dejan ver los artículos 2 de la ley 472 de 1998, y 144 de la ley 1437 de 2011. En cuanto a la jurisprudencia, resulta interesante ver como el carácter eminentemente preventivo de las populares es una de las principales diferencias que señala el máximo juez constitucional frente a las acciones de grupo. Corte Constitucional, Sentencias: C-569 de 2004, M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁹⁴ Kuhn, Thomas. *Estructura de las revoluciones científicas...*,

precisiones sobre los fines perseguidos con el derecho. Anticipamos desde ahora que se trata de una empresa difícil, porque ofrece caminos diversos que pueden confundir al viajero.

No podemos pensar que exista una sola respuesta a la pregunta de hacia dónde vamos con el derecho o la responsabilidad estatal. Se trata de asuntos encadenados al contexto, es decir, condicionados por el momento histórico y económico que vive una sociedad. Así lo dejó ver el profesor Carlos Ghersi, para quien la institución de la responsabilidad por daños ha sufrido tres mutaciones de acuerdo con el contexto en el que se ha utilizado: civilista, industrial y posmoderna.

En la primera, la responsabilidad era vista como una herramienta para castigar la conducta desviada de aquél ciudadano que causaba el daño con su culpa o dolo. En la segunda, como una respuesta a los desequilibrios de la revolución industrial entre el empresario y sus obreros. En la tercera, como un mensaje ambiguo que pregonaba la necesidad de reparar, aunque no se pudiera imputar, pero a la vez reducía las posibilidades reales de curar los daños. El contexto ha sido la principal razón de cada mutación²⁹⁵.

1.3.1. Los valores del derecho: una aproximación general al concepto de justicia

¿Cuáles son los valores perseguidos por el derecho en general? Aunque nuestro propósito no es darle una respuesta acabada, sí debemos tratar de entender la orientación del campo en el que se enmarca la responsabilidad.

Hablar de los valores es complicado porque se trata de realidades intangibles, sobre las que no podemos asegurar con toda certeza su existencia o sus límites. Es como buscarle formas a las nubes que se posan en el cielo. Mientras unos encuentran la cara de un animal feroz, otros ven en la misma nube el dulce rostro de un ángel. Asimismo, mientras algunos se aventuran a decir que el derecho se construye para permitir la libertad y el bienestar del individuo, otros creen que su objetivo final es alcanzar el bien común.

²⁹⁵ Ghersi, Carlos. *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1995, pp. 7-85.

Para los primeros, el centro de gravedad del derecho es el individuo, de manera que la reunión de hombres sólo se justifica en la medida en que permita a cada uno expresar su libertad en la mayor medida posible. Desde esta perspectiva liberal, el derecho se crea para garantizar dicha libertad²⁹⁶. Para los segundos, lo realmente importante es aquello que pueden hacer los hombres reunidos. Es por eso que el derecho se explica como un instrumento con el que se buscan las condiciones para el logro del bien común²⁹⁷.

En un intento por zanjar la disputa, el profesor Miguel Villoro propone distinguir entre los fines intrínsecos y extrínsecos al derecho²⁹⁸. Los primeros, son los propósitos del instrumento en sí mismo considerado (¿para qué está hecho?), los segundos, aquellos que le imprime el sujeto que lo utiliza (¿para qué lo usa?). Si pensamos en una herramienta cotidiana como el martillo, diríamos que su fin intrínseco sería clavar objetos más pequeños, pero el fin extrínseco dependería de la intención de quien esté manipulándolo (desde reparar una puerta hasta herir a una persona). Con el derecho ocurre algo similar. Su fin intrínseco es la justicia, pero el extrínseco puede ser variado: desde construir una democracia liberal hasta edificar un régimen totalitario.

A la luz de la distinción, podemos identificar un sinnúmero de propósitos extrínsecos del derecho, pero siempre tendremos que buscar en la justicia su propósito intrínseco. De manera que el derecho está hecho esencialmente para buscar la justicia²⁹⁹. Tenemos ahora un problema de marca mayor, se trata de responder a la pregunta: ¿Qué es la justicia? Nuevamente, responderla es como tratar de ver rostros en las nubes y convencer a los

²⁹⁶ En la primera postura, la libertad resulta ser el insumo indiscutible sobre el que se construye el derecho. El contrato social fue la invención necesaria para justificar la búsqueda de mayor libertad a partir de la imposición de restricciones: Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1999. El individuo se explica como ser humano a partir del reconocimiento de su libertad. Fernández, Carlos. Breves reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del derecho. En: *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo, Tomo II*. Díké, Medellín, 2011, pp. 1355-1373.

²⁹⁷ Villoro, Miguel. *Introducción al estudio del derecho...*, pp. 201-224. Zabalza, Joaquín, & Houghton, Teresa. *Tomás de Aquino: el bien y el bien común en economía*. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1996.

²⁹⁸ El profesor Villoro asocia los fines intrínsecos con la expresión medieval *finis operis*, y los extrínsecos con *finis operantis*. Villoro, Miguel. *Introducción al estudio del derecho...*, pp. 201-224.

²⁹⁹ Para algunos, cualquier definición de derecho que se aleje de la justicia termina siendo ajena al concepto mismo de derecho. Herrera, Camila. Fundamentos filosóficos de la responsabilidad jurídica. Apuntes desde el realismo jurídico clásico. En: Escobar, Lina & Monsalve, Vladimiro (editores). *La responsabilidad. Una mirada desde lo público y lo privado*, Ediciones Uninorte – Universidad de la Sabana – Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 285-305.

demás de que son reales. Sin que sea nuestro propósito central, trataremos de indicar las principales ideas que han contribuido a forjar un concepto de justicia.

Los griegos concluyeron que la justicia es una virtud presente en los hombres y en las sociedades. En ambos casos, se trata de una aptitud que orienta las acciones hacia la perfección. Sin embargo, son ejes de distintos problemas. El primero, de la ética, el segundo, de la política. En lo que tiene que ver con este último, nos queda el eco de Aristóteles, quien intentando superar a su maestro Platón delineó el concepto de justicia como la capacidad de encontrar el justo medio entre los extremos del vicio (por defecto y por exceso). En otras palabras, para el Estagirita, una actuación resultaba justa cuando se ubicaba en la mitad del camino entre la igualdad absoluta y la desigualdad más arbitraria.

En unas pocas palabras, Aristóteles pensó en la justicia como una virtud de la sociedad que le permitía asignar cargas y beneficios a cada uno de sus integrantes, de acuerdo con la contribución que cada uno hiciera a la polis (debe darse igual a los iguales y desigual a los desiguales). En caso de atentar contra la distribución mencionada, la justicia implicaba además la restauración del reparto inicial. El primer momento fue denominado *justicia distributiva*, el segundo, *justicia retributiva o correctiva*³⁰⁰.

El mejor discípulo que tuvo el griego en la iglesia católica fue Tomás de Aquino. Su idea de la justicia estuvo relacionada con la de la existencia de un plan divino que Dios diseñaba para todos los seres -ley eterna-, y resultaba incorporado a la vida humana a partir de su razón -ley natural-. Cualquier orden o mandato jurídico debía consultarlas. ¿Qué contenían estas leyes venidas de las alturas divinas y humanas? Para el Aquinate, se trataba de un mapa del mundo de los seres en el que todos estaban incompletos (indigentes) pero relacionados para brindarse ayuda (solidarios).

El ser humano se encuentra en ese mapa de seres indigentes y solidarios, y su existencia se explica en función de permitir que los demás seres puedan completar sus carencias. La ciudad, el Estado, tienen el mismo mandato superior: deben subsistir para permitir que todos sus integrantes puedan ver realizados sus bienes particulares en

³⁰⁰ Se trata de una reacción contra la idea platónica que concibe la justicia como la asignación de lugares en la sociedad, dependiendo de la naturaleza de la persona concreta, sin dar lugar a vacilación ni rebeldía. Bodenheimer, Édgar. *Teoría del derecho* (traducción de Vicente Herrera), Fondo de Cultura Económica, México: FCE, 2010, pp. 56-71.

armonía –bien común-. La justicia aparece cuando la sociedad cuenta con la aptitud para diseñar leyes que permitan alcanzar el bien común³⁰¹.

¿Es posible construir una sociedad en donde todos sus integrantes puedan ver realizado su bien personal? Las evidencias empíricas no permiten comprobarlo. Por eso, algunos hijos del utilitarismo hicieron su aporte. Las acciones son justas en la medida en que sus consecuencias generen la mayor felicidad individual posible. ¿Cuál es la mejor opción de las tantas que se me presentan? Se preguntaron. Aquella que nos lleve al mejor estado de cosas, contestaron. Pero, ¿cómo sé que se trata de la mejor? Porque es la elección que genera mayores utilidades individuales (welfarismo). Finalmente, ¿Cómo puedo saber si se generaron utilidades individuales? Sumando a las que ya tenía, las que ahora me reporta la decisión tomada (principio de suma - grado). En resumen, el utilitarismo terminó por sepultar la idea de bien común, y colgó en la balanza la de utilidad individual³⁰².

¿Podemos pensar que sea justa una sociedad cuyo propósito principal sea generar la felicidad del mayor número posible de individuos? ¿En dónde quedan las minorías? ¿Y los derechos que brindan posibilidades de disfrute colectivo? Marx, en una furiosa reacción contra las tesis del utilitarismo planteó que la justicia implicaba dar a cada cual según su trabajo. Sin embargo, cuando se entrega lo mismo (salario por ejemplo) a quienes han hecho un sacrificio diferente para realizar el mismo trabajo, la regla comienza a tornarse injusta³⁰³.

En otro intento por ver en la nube un rostro distinto al que presentaron los utilitaristas, el profesor John Rawls hizo su aporte con la idea de la justicia como equidad. Para evitar definir la justicia como aquello que permitiera las mayores ventajas individuales, o como lo que se mostrara más adecuado a nuestra intuición en situaciones

³⁰¹ Zabalza, Joaquín & Cárdenas, Alberto. *Tomás de Aquino: el horizonte económico*. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1993; Zabalza, Joaquín, & Houghton, Teresa. *Tomás de Aquino: el bien y el bien común en economía*. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1996.

³⁰² Sen, Amartya. *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*. Lamprea, Everaldo (Traductor), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; Chalmeta, Gabriel. *La justicia política en Tomás de Aquino. Una interpretación del bien común político*, Eunsa, Navarra, 2002.

³⁰³ Kelsen, Hans. ¿Qué es la justicia? Calsamiglia, Albert (traductor), Ariel, Barcelona, 1982, pp. 35-63.

concretas, Rawls vio la necesidad de pensar en un nuevo contrato social, esta vez para discutir los principios de lo que debería entenderse por justicia.

En líneas muy gruesas, la teoría de la justicia como equidad es un experimento ocurrido en la mente de Rawls. Propone que la justicia es el resultado de la discusión entre seres racionales e interesados en sí mismos (pero no egoístas), con diferentes ventajas pero ignorantes de éstas, para poder someterse a un reparto de ventajas y cargas en iguales condiciones (velo de ignorancia). Las conclusiones obtenidas del ejercicio son dos principios generales que resultan aplicables en cualquier circunstancia. El primero de ellos, es que cada persona debe tener la posibilidad de acceder al paquete de libertades más amplio que pueda disfrutarse por todos sin problema. El segundo, indica que se admiten repartos desiguales siempre y cuando satisfagan dos condiciones: la primera, deben ser para el mayor beneficio de los menos aventajados en la distribución (esto es, quienes tienen más ventajas naturales o sociales deben recibir menos); la segunda, deben adjudicarse en condiciones de igualdad de oportunidades (es decir, todos deben tener las mismas probabilidades de acceder al mayor paquete de libertades, aun recibiendo menos en el reparto inicial)³⁰⁴.

Para el profesor norteamericano, su opción es más benévola con los menos aventajados que la del utilitarismo. Por eso sugiere su aplicación en el mismo orden en que se presentan los principios. El primero, debería ser una preocupación de quienes se sientan a redactar las constituciones de una sociedad. El segundo, quedaría en manos de quienes hagan la ley y de los jueces. No sobra aclarar, que el velo de ignorancia sugerido se tiene que levantar a la hora de hacer los repartos desiguales que implica este último.

Como toda empresa titánica, la teoría de la justicia como equidad ha recibido serias críticas desde su nacimiento. ¿De qué sirve plantear una teoría para ángeles, si sus verdaderos protagonistas son de carne y hueso? ¿Cómo se explica que los individuos puedan despojarse de todos sus prejuicios para repartir cargas y beneficios? ¿Qué hacemos con las cosas que son de nuestra propiedad al momento de vestirnos con el “velo de la

³⁰⁴ Somos conscientes del sacrilegio cometido al tratar de encerrar la teoría de John Rawls en dos párrafos. Seguramente se nos quedan muchas categorías importantes por fuera. Sin embargo, nuestro propósito es hacer apenas un barrido por aquellas que más nos interesan para explicar la idea de justicia. Por eso, invitamos al lector a su lectura más pausada en Rawls, John. *Teoría de la justicia* (segunda edición en español), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997, pp. 17-61.

ignorancia?” ¿Podríamos terminar sofocando la libertad civil de los sujetos si llevamos al extremo los principios de justicia? Todas estas preguntas han nutrido la discusión posterior a Rawls en el campo de la filosofía moral³⁰⁵. Sin embargo, no profundizaremos en ellas, porque acabaríamos nuestro viaje en un puerto diferente.

Decíamos al comenzar estas meditaciones, que definir el contenido de los valores del derecho, y en especial de la justicia, era tan difícil como intentar delinear figuras en las nubes. Lo complicado no es encontrar el concepto o las formas, sino convencer a los demás de que la justicia o la nube son realmente como las vemos. El profesor Hans Kelsen es consciente de ello, y por eso termina el asunto con una idea fulminante pero estimulante: no existe un concepto absoluto de justicia. Se trata de un valor relativo porque depende de condiciones sociales que no se pueden controlar. No podemos desvelarnos detrás de una fórmula infalible, pero sí por unas condiciones de tolerancia mínima que permitan buscar libremente la verdad³⁰⁶.

Con semejante advertencia, podemos abordar con más “tranquilidad” nuestra inquietud más concreta: ¿cuál es el valor que orienta el paradigma de la REPE?

1.3.2. Los valores que orientan el paradigma tradicional de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Pensar en el concepto de los valores del paradigma es difícil, pero es más complicado buscar entre tantos el que orienta sus creencias y conceptos. Como en la sección anterior, aquí tampoco tenemos una sola respuesta y por eso intentaremos señalar las más importantes. Para cumplir la promesa, presentaremos nuestras reflexiones en dos partes, una primera sobre los fines intrínsecos de la REPE, la segunda en torno a sus fines extrínsecos.

³⁰⁵ Uno de los más juiciosos en sistematizar las críticas ha sido el profesor Carlos Santiago Nino. Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho* (segunda edición), Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 382-416.

³⁰⁶ Para Kelsen, la democracia es el mejor escenario para construir cualquier concepto de justicia. Kelsen, Hans. ¿Qué es la justicia? Calsamiglia, Albert (traductor), Ariel, Barcelona, 1982, pp. 35-63.

En cuanto a los fines intrínsecos, la REPE ha sido plantada en el jardín de la justicia distributiva, con las demás instituciones del derecho administrativo. Ya son comunes los argumentos que resaltan el origen superior de este derecho, como una prerrogativa que ostenta el Estado frente a sus ciudadanos. Para el profesor Miguel Villoro, por ejemplo, dicho campo es una de las manifestaciones de la superioridad del bien común sobre el interés personal. Además, considera que se trata de un escenario propicio para armonizar las diferencias entre ciudadanos a través de la distribución de cargas y beneficios³⁰⁷.

Sin embargo, lo convencional será siempre una tentación para el inquieto. El profesor Oscar Cuadros no soporta la idea del origen superior del derecho administrativo, ni mucho menos de la responsabilidad del Estado. Para el argentino, la filiación de la institución con la justicia distributiva es una quimera porque se edifica sobre la ilusión de alcanzar el bien común. Advierte que se trata de una hipótesis que elaboramos a partir del consenso y no de un ser con existencia real e independiente de la sociedad. Se queda más tranquilo al plantear que la REPE es una manifestación del consenso social (justicia como equidad en Rawls) y que sus límites se modifican en la medida en que jueces y ciudadanos construyen poco a poco los principios de justicia³⁰⁸. De nuevo vemos más de una figura en la nube.

Una tercera perspectiva nos muestra algunas facciones más nítidas de la nube. Se trata del concepto de justicia que sugirió Aristóteles. Cuando pensó en una distributiva y otra correctiva, nos dejó sembrada la idea de que para hablar de justicia debemos pensar en dos momentos: un primer reparto de cargas y ventajas a partir de la contribución de cada quien a la polis, y otro posterior, hecho con base en los atentados al primero³⁰⁹. ¡He aquí la REPE!

Como si lo hubiera calcado de Aristóteles, el profesor Fernando Molina asegura que la responsabilidad implica un nuevo reparto de males. Su argumento comienza con

³⁰⁷ Villoro, Miguel. *Introducción al estudio del derecho...*, pp. 201-224.

³⁰⁸ Cuadros, Oscar. *Responsabilidad del Estado: fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*. Abeledo Perrot, 2008, pp 143-221.

³⁰⁹ Bodenheimer, Édgar. *Teoría del derecho...*,

una premisa fuerte: las normas jurídicas son algunos de los mecanismos de control que genera la sociedad para asegurar su existencia. A través de estas, impone obligaciones y autoriza privilegios (primer reparto en Aristóteles). La responsabilidad está hecha para reforzar su cumplimiento, corrigiendo aquellas conductas que las desconozcan (segundo reparto). Cuando alguien daña a otro, rompe una distribución previa. Cuando se le obliga a reparar, ocurre una nueva, pero de “males”. En últimas, buscamos en la responsabilidad la corrección de la distorsión³¹⁰.

El tercero de los tres intentos ha sido el más familiar en el ámbito teórico y práctico. El propósito correctivo ha sido clave a la hora de distinguir el campo de la responsabilidad de otros instrumentos de protección frente al daño, como la asistencia humanitaria o la política pública social. En otras palabras, la responsabilidad ha sido vista como el campo que corrige el pasado y restaura el desorden causado con el daño, a diferencia de los otros que se preocupan por el futuro y por ajustar las desigualdades surgidas de catástrofes naturales o de la exclusión³¹¹.

Hemos esbozado los fines intrínsecos de la responsabilidad. Llegó el momento de hacer un ejercicio frente a los fines extrínsecos. Nos preguntamos entonces por los usos que le hemos dado a la REPE.

El campo de la responsabilidad estatal experimentó un giro radical durante los últimos años. Pasó de ser un campo de cultivo de los principios del derecho civil a un escenario de autonomía conceptual. La doctrina más autorizada registró la influencia de la solidaridad como un criterio orientador de respuestas jurídicas más cercanas a los menos favorecidos en el juego social. Desde la Europa de posguerra y la Norteamérica en crisis, germinaron las semillas de un nuevo paradigma político, que buscaba humanizar las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos.

³¹⁰ Molina, Fernando. Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad). En: *La responsabilidad en el Derecho*. Pantaleón, Fernando (coordinador). Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000), Universidad Autónoma e Madrid, Madrid, 2001, pp. 57-137.

³¹¹ Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática. En: Díaz, Catalina; Sánchez, Camilo; Uprimny, Rodrigo (editores) *Reparar en Colombia. Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Dejusticia, Bogotá, 2009, pp. 31-71.

En el campo de la responsabilidad, el resultado fue un cambio de perspectiva que nos llevó a pensar en el daño antes que en la conducta que le daba lugar, y en la víctima antes que en el responsable. El tránsito lo registran como el paso de un derecho de la responsabilidad a un derecho de daños³¹².

Para que no creamos que se trató de un simple cambio de expresiones, podemos identificar algunos cambios significativos en el discurso de la responsabilidad patrimonial. El primero de ellos tiene que ver con el daño. Como lo indicamos al hablar de los conceptos del paradigma, la noción actual de perjuicio es diferente de la clásica que nos facilitó el derecho civil. Su talante patrimonial dejó de ser la característica principal, al punto que hoy lidiamos con una tipología de daños más cercana al corazón que al bolsillo. Esta tendencia hacia la “despatrimonialización” del daño nos deja ver un giro importante de perspectiva. Ya no buscamos en la responsabilidad el aseguramiento del equilibrio económico, sino de la persona que cae como víctima del perjuicio³¹³.

El segundo cambio lo encontramos al abordar el concepto de imputación. La preocupación original fue identificar al responsable y su participación en las causas del daño. Por eso los teóricos dieron sus primeros pasos por la senda de la causalidad física. Sin embargo, la revolución de la inteligencia nos permitió abrir los ojos y descubrir la necesidad de buscar respuestas en otros caminos. Intentamos explicar el deber de reparar

³¹² La responsabilidad ya no es un campo exclusivo para la realización del proyecto privado de quienes intervienen en el concierto del daño, sino un instrumento para la realización del proyecto social consignado en nuestra Constitución. Cortés, Édgar. Constitución y responsabilidad una relación ambivalente. En: *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco – Latinoamericanos*. Larroumet, Christian (Director) & Ríos, Sebastián (Coordinador), Asociación Andrés Bello de Juristas Franco – Latinoamericanos - Universidad Externado de Colombia – Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 527-535. Cortés, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. En el mismo sentido: De Ángel, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995. Ghersi, Carlos. *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 7-81. Ghersi, Carlos. *Teoría general de la reparación de daños. Análisis epistemológico del daño económico y extraeconómico. Relación de causalidad y factores de atribución. Violación de confianza. Tercerización. Abuso de marca. Incumplimiento de tratados internacionales. Apéndice jurisprudencial*, Bogotá, Astrea-Universidad del Rosario, 2013, pp. 15-29.

³¹³ Recogiendo las sabias advertencias del constructivismo, el profesor Édgar Cortés advierte la profunda influencia que ha tenido esta nueva actitud de la sociedad frente a las tragedias humanas sobre nuestro edificio de conceptos: una extensión del daño hacia los derechos de la persona, distintos al de propiedad privada. Cortés, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

a partir de otros conceptos como el de imputación jurídica. En este proceso, construimos argumentos que nos permitieron desprendernos del mundo físico y tejer la responsabilidad con conductas autorizadas, irreprochables. Pasamos de utilizar la REPE como instrumento de reproche de la actuación estatal, a usarla como herramienta para responder al daño, sin importar la juridicidad de sus causas³¹⁴.

Finalmente, lo podremos evidenciar mejor en el tercer capítulo, hemos sido testigos de la metamorfosis de la reparación. El edificio impenetrable que construyó el profesor De Cupis, en el que reparar solo implicaba compensar pero nunca prevenir o gestionar, comenzó a agrietarse con los pronunciamientos más recientes de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Ambos jueces han hecho eco de la nueva tendencia internacional que concibe la reparación como un ejercicio integral de recuperación de la víctima en sí, y no solamente de su bolsillo. La influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido marcada en la jurisprudencia de nuestros jueces. El abanico de opciones de reparación ahora es más amplio, además de la indemnización: restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición³¹⁵.

Como se puede apreciar, hemos cambiado la destinación natural de la REPE. El martillo nos comienza a servir para algo más que clavar puntillas. La pregunta es entonces ¿podemos decir que el martillo está intrínsecamente hecho para otras cosas? Y la responsabilidad ¿podría tener otros valores intrínsecos distintos al de restaurar el desorden que suscita el daño?

Tenemos que deshacernos del recurso de los fines intrínsecos y extrínsecos. Fue muy útil para presentar las principales discusiones que surgieron en torno a los valores del paradigma, pero en estos momentos, resulta insuficiente. Cuando hablamos de los fines intrínsecos nos referimos a los propósitos del objeto mismo (¿para qué está hecho?), sin considerar los de quienes manipulaban el instrumento (¿para qué lo usa?). Sin embargo al

³¹⁴ En este punto es enfático el profesor Marcelo López, para quien el concepto de responsabilidad ya no se puede pensar solamente a partir de conductas prohibidas. Es necesario asumir un criterio diferente de lo que entendamos por antijurídico, con el fin de que la responsabilidad pueda cumplir varias tareas. López, Marcelo. Balance y perspectivas de la responsabilidad civil en el derecho moderno. En: Celis, Javier (coord.), *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Biblioteca Jurídica Diké – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 23-120.

³¹⁵ Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática. En: Díaz, Catalina; Sánchez, Camilo; Uprimny, Rodrigo (editores) *Reparar en Colombia. Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Dejusticia, Bogotá, 2009, pp. 31-71.

final de este ejercicio, podemos concluir que el “para qué está hecho” de las cosas, lo determina el “para que lo usan”. Con el derecho sucede que sus esencias intrínsecas nunca son independientes de la sociedad que lo crea y consume todos los días. No podemos pensar que se trate de una herramienta con fines disímiles. En últimas, el derecho, y la REPE, están hechos para aquello que la sociedad diga que están hechos.

En conclusión, la pregunta por los valores que orientan la configuración del paradigma de la responsabilidad no se puede responder de un tajo. La respuesta está en aquello que la sociedad considera importante al momento de confeccionar sus normas y conceptos de responsabilidad estatal. En este momento, que será distinto al del lector, podemos afirmar que los valores del paradigma son dignidad humana y justicia restaurativa. Sin embargo, es una cara más que vemos en la nube. Quedamos pendientes de nuevas imaginaciones, de nuevas interpretaciones.

Hemos propuesto una aproximación general a los principales conceptos de la REPE, con el ánimo de explicar los principales puntos de consenso que existen al respecto. En otras palabras, hemos descrito, en términos generales, la manera en que los teóricos y jueces han llegado a construirlos. Como lo anticipamos al comienzo del capítulo, no nos corresponde inventariar los problemas actuales más álgidos, pero tampoco podemos pasar por alto la oportunidad de dejar abiertas algunas puertas para el debate.

1.4. Algunas discusiones pendientes e inspiradoras

No podemos abandonar esta aproximación sin mencionar que existen algunas preguntas sobre las que aún no existen respuestas unánimes. Nos atrevimos a relacionarlas porque terminaron inspirando, en parte, algunos cuestionamientos que ampliaremos en el capítulo tercero. Buscando los consensos generales más importantes, nos encontramos con algunos disensos muy significativos. Insistimos en que se trata de cuestiones inconclusas pero estimulantes alrededor de la matriz disciplinar.

1.4.1. ¿Hasta dónde se pueden abrir las puertas a nuevas figuras de daño resarcible?

Cuando estudiamos la tipología del daño encontramos que una preocupación ha asaltado a jueces y profesores: ¿cómo lograr una clasificación que ofrezca las mayores garantías de reparación para las víctimas? En otras palabras ¿hasta dónde se pueden abrir las puertas a nuevas figuras del daño resarcible? Existen respuestas en dos sentidos: optimistas y pesimistas.

Dentro de las primeras, se encuentran los argumentos expuestos por el Magistrado Enrique Gil Botero, para quien es necesario expandir la gama de perjuicios indemnizables, de tal manera que cubran todas las dimensiones del ser humano que los padece. A su juicio, la mejor manera de proteger a las víctimas sería brindándoles una tipología del daño en la que se admitieran tantas clases de lesiones como derechos de la persona protegidos en la Constitución. Resalta la necesidad de pensar en los derechos que ostenta la víctima y no solo en la consecuencia externa que acarrea el daño. En este orden, ya no tendríamos que hablar de daños emergentes o lucrocesantes sino de perjuicios por violación al derecho a la propiedad, a la vida, a la integridad, a la salud...³¹⁶.

Al lado de la propuesta se encuentra otra menos optimista. Los defensores de ésta última advierten que puede ser contraproducente una ampliación como la que se propone, debido a que en un contexto como el colombiano podría generar algunas dificultades: la incoherencia interna de la institución de la responsabilidad y la sobrecarga patrimonial del responsable.

La profesora Milagros Koteich señala, en cuanto a la primera, que una explosión irreflexiva de rubros del daño puede generar confusiones conceptuales y superponer dos o más indemnizaciones. En el primer sentido, indica que la proliferación de tipologías podría resultar en una amplia gama de perjuicios difíciles de distinguir entre sí. En el segundo, que además correríamos el riesgo de reconocer algunos remedios a ciertos daños más de una vez. Para evitar dichas inconsistencias, considera que es mejor aumentar la cuantía de

³¹⁶ Las propuestas para superar las dificultades que engendran las “megacategorías” del daño se encuentran en las tres versiones de su texto: Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Cuarta edición-* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 310-311. En el mismo sentido: Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Quinta edición-* Temis, Bogotá, 2011, pp. 270-273. Gil, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Sexta edición-* Temis, Bogotá, 2013, pp. 320-324.

la indemnización de los rubros ya existentes, para asegurar así la reparación integral coherente³¹⁷.

Para el profesor Édgar Cortés, fijar una tipología del daño sobre la carta constitucional de derechos implicaría mayor compromiso patrimonial del responsable inmerso en una situación de escasez de recursos. En otras palabras, la reparación de esos nuevos rubros podría quedarse en veremos. Por eso sugiere que la apertura de la gama de perjuicios debe hacerse de manera paulatina y meditada, atendiendo las particulares condiciones de nuestra realidad. Ello implicaría fijar con claridad los conceptos de cada categoría y su forma de tasación³¹⁸.

Como se ve, la pregunta queda aún pendiente de una respuesta definitiva. En el capítulo tercero haremos una exploración conceptual del daño. En ese momento plantearemos algunas razones que nos permiten sugerir la posibilidad de ampliar la gama de rubros del perjuicio (apartado 3.1).

1.4.2. *¿Responsabilidad o solidaridad? ¿Cuáles son los mecanismos más idóneos para reparar a las víctimas del daño?*

Una de las respuestas más recientes al daño ha sido la reparación a través de mecanismos legales o administrativos. En estos casos, los remedios se ofrecen sin necesidad de identificar al autor del perjuicio, ni mucho menos endilgarle la obligación de remediarlo. Se trata entonces de dos campos claramente distintos: uno es el de la responsabilidad y el otro de los sistemas públicos de indemnización (SPI)³¹⁹.

³¹⁷ Koteich, Milagros. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 239-246, 251-260.

³¹⁸ Cortés, Édgar. El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de los modelos europeos. En: *Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 333-349. En el mismo sentido: Cortés, Édgar. Constitución y responsabilidad una relación ambivalente. En: *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello des Juristes Franco – Latinoamericains*. Larroumet, Christian (Director) & Ríos, Sebastián (Coordinador), Association Andrés Bello des Juristes Franco – Latinoamericains - Universidad Externado de Colombia – Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 527-535.

³¹⁹ Reglero, Fernando. *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 15-42.

Tradicionalmente la responsabilidad patrimonial se ha calificado como un campo independiente de los SPI. La primera cumple la función de indemnizar los daños causados a las víctimas, siempre que sean imputables al Estado. Además, la REPE pretende equilibrar aquellos desajustes patrimoniales que se originaron con el daño, sin que ninguno de ellos se vea en detrimento injustificado (*justicia conmutativa*). Los SPI operan para ayudar al necesitado que pueda verse perjudicado por eventos que, en su gran mayoría, no le resultan atribuibles. A diferencia de la responsabilidad, buscan la mejor distribución de beneficios y la socialización de riesgos entre los ciudadanos (*justicia distributiva*)³²⁰.

Como lo advertimos en la introducción (apartado 2.2.2), las reparaciones que llegan a través de sistemas de SPI presentan algunas ventajas en contextos de recursos escasos y daños masivos. Permiten reparar en contextos en los que no es posible identificar la plena magnitud del daño y sus responsables. Por lo mismo, implica menores cargas probatorias para las víctimas. Además, ofrece mayor cobertura y la entrega de paquetes uniformes de reparación facilita un manejo más eficiente de los recursos. A todo lo anterior debe sumarse que los remedios pueden llegar más pronto y ser más oportunos que los ofrecidos después de un largo proceso judicial³²¹.

En estos términos, pareciera que el campo de la responsabilidad estuviera destinado a la extinción frente a los SPI, que materializan la socialización de riesgos, daños y sus reparaciones. Sin embargo, como también lo advertimos en la introducción, existen algunos “peros” teóricos frente a éstos últimos. La ambigüedad del discurso jurídico contemporáneo ha desenmascarado sus desventajas. Como lo advirtió el profesor Carlos Ghersi, mientras que por un lado se pregonan las ventajas de los sistemas masivos

³²⁰ Las distancias entre los sistemas de responsabilidad y los SPI han sido en parte decantadas. Pantaleón, Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad...*, p. 205. En el mismo sentido: Tamayo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Legis, Bogotá, 2007, pp. 8-10. Se puede consultar además: Arenas, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*, Legis, Bogotá, 2007, pp. 3-15.

³²¹ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC. Respuesta al Oficio UPT-A-460/2010. Corte Constitucional. Accionantes: Saín Aguilar. Accionados: Acción Social, Bogotá, 2010. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&litigio=36, visita del trece (13) de diciembre de 2011, pp. 2-14.

de reparación, por el otro se pueden reducir y condicionar sus contenidos. La socialización de riesgos, daños y su reparación, puede terminar en un traslado de estas cargas a los ciudadanos por dos razones: el debilitamiento del compromiso con la prevención del daño y la reducción de recursos disponibles³²².

En un contexto como el colombiano es necesario que coexistan la responsabilidad y la solidaridad del Estado. Como lo advirtió la profesora Koteich, las dos instituciones coinciden en su finalidad y no se puede prescindir de ninguna mientras las necesidades de una sociedad sean múltiples y sus recursos escasos. Entonces, el centro del debate está en encontrar los mecanismos más idóneos para reparar a las víctimas³²³.

La cuestión no parece fácil, pero en capítulo tercero veremos que si se logran ajustar algunas limitaciones de la vía judicial, podríamos justificar mejor su existencia y aprovechar mejor sus ventajas (apartados 3.2 y 3.3.3.2).

1.4.3. ¿Deben compensarse los beneficios recibidos por las víctimas, en virtud de políticas públicas de atención y protección, con aquellos remedios que les reconozca el juez?

En el marco de la atención a las víctimas del conflicto, podría decirse que los beneficios otorgados en desarrollo de políticas públicas y aquellos reconocidos por sentencias judiciales, que declaran la REPE, constituyen formas distintas de remediar perjuicios. En efecto, obedecen a motivaciones y propósitos independientes: las primeras, por un lado, se conceden con la motivación de dar un trato solidario a las víctimas y su objetivo es realizar la justicia distributiva. Las segundas, con la de evaluar las conductas

³²² La socialización de riesgos, daños y reparación, se puede convertir en una “desocialización de los derechos”. Gherzi, Carlos. *Teoría general de la reparación de daños. Análisis epistemológico del daño económico y extraeconómico. Relación de causalidad y factores de atribución. Violación de confianza. Tercerización. Abuso de marca. Incumplimiento de tratados internacionales. Apéndice jurisprudencial*, Bogotá, Astrea-Universidad del Rosario, 2013, pp. 1-54. Gherzi, Carlos. *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1995, pp. 7-85.

³²³ Koteich, Milagros. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona...*, pp. 308-313.

del Estado en el cumplimiento de su función de garante de los ciudadanos, buscando equilibrar los patrimonios que se vieron alterados con el daño (justicia conmutativa)³²⁴.

Esta diferencia haría que no pudieran equipararse las prestaciones y por lo mismo, tornaría en improcedente la compensación entre unas y otras (*compensatio lucri cum damnum*). Aquel provecho obtenido por causas distintas al cumplimiento de la obligación de reparar (solidaridad, cubrimiento de prestaciones laborales), no tiene la aptitud de compensar el monto del daño por cuanto significaría un aligeramiento de la carga del responsable, quien resultaría premiado en su conducta dañina³²⁵.

En el caso concreto de las víctimas del conflicto armado, el profesor Rodrigo Uprimny sostiene que no es posible equiparar las prestaciones como resultados equivalentes en uno y otro sistema. Al compensar los beneficios recibidos por solidaridad con los remedios concedidos por vía judicial, se genera una confusión sobre los niveles de protección del derecho a la reparación³²⁶.

Si las víctimas se benefician con prestaciones dirigidas a toda la comunidad, como un subsidio de vivienda, pero no se aclara si es a título de reparación o de implementación de una política pública, tampoco será fácil saber si pueden o no reclamar nuevas indemnizaciones. El juez incluso podría dar por reparado el daño en caso de reclamación. En últimas, si los remedios ofrecidos por otros instrumentos de protección se confunden con los de la reparación judicial, las víctimas corren el riesgo de perder aquellos que deberían recibir por su especial condición de vulnerabilidad.

³²⁴ *Ibidem*...

³²⁵ De Cupis, Adriano. *El daño*..., p. 328 – 331. En el mismo sentido: Henao, Juan. *El daño*..., pp. 50-76.

³²⁶ Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática. En: Díaz, Catalina; Sánchez, Camilo; Uprimny, Rodrigo (editores) *Reparar en Colombia. Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Dejusticia, Bogotá, 2009, pp. 31-71. En el mismo sentido: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-. *Desplazamiento forzado tierras y territorios. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación*. Colección Cuadernos INDH, Bogotá, 2011.

Sin embargo, para los profesores Julián López y Juana Acosta, la relación asistencia – reparación debe mirarse desde una perspectiva más amplia. Las diferencias tan marcadas entre los sistemas de solidaridad y responsabilidad terminan por diluirse cuando se entiende que ambos tienen las mismas funciones (*superposición objetiva*) y propósitos (*superposición subjetiva*): remediar una afectación de derechos de los ciudadanos³²⁷.

En primer lugar, la superposición objetiva o funcional tiene que ver con el impacto final generado por las prestaciones de la política pública y de la REPE. En ambos casos, se trata de medidas que evitan, aminoran o extinguen el daño. Desconocer esta situación implicaría aceptar la posibilidad de un enriquecimiento de la víctima en virtud de la doble reparación. En términos materiales, las dos medidas mejoran su situación.

Hasta este punto, no se logra superar la objeción clásica que impide la compensación: las prestaciones recibidas deben originarse en la misma causa. Para compensar es necesario que quien provea a la víctima de algún beneficio lo haga con la motivación de reparar el daño causado por el responsable³²⁸. Sin embargo, López y Acosta lograron una lectura audaz del escenario de reparación por vía judicial y de política pública. Consideraron que ambas prestaciones se entregan a la víctima con el mismo propósito (*superposición subjetiva*): controlar el daño.

Para explicar la superposición *subjetiva* interpretaron dos conceptos surgidos en el derecho internacional frente a las consecuencias del daño: cesación y reparación del daño. El primero consiste en frenar los efectos de una violación de derechos, el segundo, en curar las heridas concretas. Como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hacer cesar las consecuencias y repararlas son obligaciones distintas en el

³²⁷ Los profesores Julián López y Juana Acosta plantean sus argumentos en torno al debate surgido sobre si la Corte Interamericana debe descontar, del monto de la reparación reconocida, aquellos beneficios otorgados a las víctimas por la política pública del Estado. Sin embargo, consideramos que sus razones son bien ilustrativas y pertinentes para el problema de la REPE. López, Julián Daniel & Acosta, Juana. Asistencia estatal a los desplazados y reparaciones en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos. *Revista Internacional Law*, 2006, 8, pp. 161-194. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/cjuridicas/pubrev/documents/lopez-4000.pdf>. Recuperado el 5 de junio de 2011.

³²⁸ De Cupis, Adriano. *El daño...*, p. 328 – 331. En el mismo sentido: Henao, Juan. *El daño...*, pp. 50-76.

ámbito internacional. En efecto, es posible evitar la prolongación en el tiempo del perjuicio, sin haberlo reparado aún. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se logra que los impactos económicos derivados de un ataque a los derechos ya no sigan fluyendo sobre el patrimonio de la víctima, sin que se le hayan pagado aún los ingresos que dejó de percibir³²⁹.

A pesar de la distinción entre cesación y reparación del daño, ambas medidas se toman con el propósito de controlarlo. Cuando el Estado brinda asistencia a las víctimas de violaciones de derechos, o implementa políticas públicas en su beneficio, busca frenar las consecuencias del perjuicio. De manera que la inspiración en este caso no es solamente la solidaridad. Es por eso que su esfuerzo debe ser tenido en cuenta por el juez de la responsabilidad (internacional) para descontarlo del monto reconocido por concepto de reparación³³⁰.

Aunque Juana Acosta y Julián López plantearon sus argumentos para justificar la *compensatio lucri cum damno* en el escenario internacional (reclamaciones de reparación ante la Corte Interamericana), consideramos que sus interpretaciones podrían en algún momento incidir en la perspectiva del juez nacional que define la REPE. En el tercer capítulo (apartado 3.3.2) volveremos este sobre debate para reconocer que la postura del profesor Uprimny evita el riesgo de dejar a las víctimas desamparadas de reparación.

1.5. A manera de recapitulación y conclusión

Hemos emprendido un viaje extenso por el paradigma tradicional de la REPE de la mano del profesor Kuhn, para tratar de evidenciar los elementos con los que tradicionalmente se ha dado respuesta al problema de la responsabilidad estatal. Para ello,

³²⁹ López, Julián Daniel & Acosta, Juana. Asistencia estatal a los desplazados y reparaciones en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos..., p. 182.

³³⁰ López, Julián Daniel & Acosta, Juana. Asistencia estatal a los desplazados y reparaciones en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos..., p. 180-183.

nos apoyamos en la metáfora culinaria para desentrañar el significado de sus principales conceptos, creencias y valores.

Al Verificar primero los elementos más visibles de la matriz disciplinar (generalizaciones simbólicas o conceptos) encontramos una serie de enunciados complejos, contruidos a partir de lecturas transformadas de aquellas elaboraciones hechas en otras latitudes. Daño, imputación y reparación, son los ingredientes de nuestra receta, que se condensa en dos máximas (redes conceptuales): la primera, es que *la obligación de reparar surge ante un daño antijurídico imputable a las autoridades responsables (R=D+I)*. La segunda: *la reparación no va más allá del daño (R=D)*.

Claros los ingredientes y la receta, procedimos a interrogarnos por los momentos en que deberíamos cocinarlos y servirlos. Al explorar las creencias del paradigma, encontramos que se trataba de enunciados que marcan los límites de los conceptos. Así como los platos fuertes que se acostumbran al almuerzo no suelen servirse en horas de la mañana, vimos como las generalizaciones simbólicas de la REPE tienen alcances muy cortos frente a daños colectivos (*no se reparan daños colectivos*), y operan con instrumentos que pocas veces ofrecen remedios distintos al dinero (*el alcance de la reparación es puramente patrimonial*). Finalmente, los constructores del edificio de conceptos dejaron ver que su obra buscaba principalmente reparar o compensar perjuicios. Prevenir, castigar o controlar la conducta de las autoridades se quedaron como desvelos secundarios (*la función de la responsabilidad es reparar o compensar*).

De la misma manera que podemos desayunar con recetas propias de un almuerzo o viceversa, advertimos que las creencias son enunciados eventuales. Pueden cambiar con las actitudes de la sociedad. No son verdades absolutas porque están sujetas a discusión.

Si el trabajo de identificar las creencias fue difícil, el de encontrar los valores del paradigma nos dejó sin aliento. Como los propósitos en la cocina, los de la REPE resultaron ser variados y cambiantes. En un intento por hacer más claras las explicaciones, intentamos definir los valores del derecho y descubrimos otra metáfora: es como tratar de hallar figuras en las nubes. ¿Justicia? ¿Libertad? ¿Felicidad? No pudimos definir con total

certeza cuál de ellos orientaba las normas. Sin embargo, advertimos que la justicia hace parte de la esencia del derecho.

Sobre la misma lógica, y después de varios intentos fallidos tras un concepto de justicia, concluimos con Aristóteles y el profesor Fernando Molina, que el paradigma de la REPE está montado sobre la búsqueda de justicia restaurativa, pero además de la dignidad humana de quienes participan como víctimas en el drama del daño.

Finalmente, cuando comenzamos este viaje buscábamos un edificio sólido y estable, que pudiéramos recorrer con facilidad sin miedo a extraviarnos. Sin embargo, resultó ser un laberinto peligroso, sinuoso, cambiante, con recovecos por doquier, que ofrece la sensación de perplejidad y temor de perderse al intentar cruzarlo (resolverlo). Por eso procuramos dejar algunas luces encendidas en el camino (discusiones pendientes pero inspiradoras), para tratar de recogerlo, mejorarlo y corregirlo si es posible.

2. EL DESPLAZAMIENTO FORZADO COMO ANOMALÍA.

Revisión de las características de un comensal difícil

Los paradigmas se asemejan a las recetas de cocina. Mientras los ingredientes son preparados para ser servidos a determinada hora del día, con algunos propósitos muy concretos, los conceptos se conectan para tejer explicaciones a ciertos fenómenos, con base en unas creencias, y buscando que algunos valores se hagan realidad. La claridad que nos permite la metáfora nos obliga a mantenerla. Es por eso que en los capítulos siguientes intentaremos contestar algunas inquietudes, pero ya no desde la orilla de quien prepara, sino desde la de quien se deleita.

Los apuntes del primer capítulo nos brindaron un panorama del paradigma tradicional de la REPE. Algo así como la receta de cocina con los momentos para servir y los propósitos para preparar. Sin embargo, todavía no hemos pensado en el comensal. ¿Disfrutará la preparación? ¿Se sentirá a gusto en la mesa? Si lo pensamos desde el campo de la responsabilidad, debemos decir que el paradigma que delineamos está pendiente de un examen de realidad: ¿Será suficiente para explicar algunos eventos de nuestra cotidianidad? ¿Nos sentiremos a gusto con sus conceptos, creencias y valores?

Para desenredar mejor esta presentación, intentaremos explicar el propósito de los siguientes capítulos desde nuestra metáfora culinaria, y luego lo haremos en el lenguaje propuesto por el profesor Thomas Kuhn.

En muchas ocasiones no es suficiente preparar los alimentos con éxito, ni servirlos en el momento más apropiado del día o con las mejores intenciones. Puede resultar que quienes van a degustar nuestras delicias culinarias terminen por aborrecerlas, o simplemente ignorarlas.

Ocurre por ejemplo, cuando sentamos a la mesa a un personaje acostumbrado a otras dietas, como un extranjero o un enfermo con prescripciones médicas especiales. Igualmente, con un niño de muy temprana edad que apenas comienza a perfilar su paladar. Cuando se nos presenta un *comensal difícil*, tenemos dos opciones: no servir el plato, dejar al invitado sin alimento y evitar la pena de incomodarlo, o tratar de sorprenderlo haciendo algunos ajustes.

En el lenguaje del profesor Kuhn podemos advertir algo similar. Una matriz disciplinar (compuesta de generalizaciones simbólicas, partes metafísicas y valores) termina siendo insuficiente para explicar algunas realidades. Para el genio de las revoluciones científicas este fenómeno se conoce como *anomalía*. En otras palabras, se trata de aquella situación en la que se presentan realidades que no pueden ser plenamente explicadas con los elementos de un paradigma³³¹.

¿Cómo procedemos ante la anomalía? Como en el caso del *comensal difícil*, podemos evitar el problema, posponiendo su solución para otro momento en el que ésta se facilite por el desarrollo de las condiciones teóricas y empíricas. Pero también es posible intentar explicar los fenómenos con los elementos que nos aportan nuestros paradigmas previos.

Hemos guardado la costumbre de posponer las soluciones a nuestros problemas más difíciles. No es extraño que en todas las áreas del derecho dejemos muchas tareas pendientes: la regulación de la unión marital de hecho, del matrimonio entre parejas del mismo sexo o la adopción por parte de éstas, la despenalización de conductas punibles como el homicidio pietístico, el aborto o el consumo de dosis personal de sustancias psicoactivas, la realización del principio de autonomía territorial. Todas, en algún momento, han sido cuestiones guardadas por años en un “cuarto de San Alejo” jurídico. Sin embargo, en algún momento de nuestra historia la sociedad ha reclamado respuestas.

³³¹ A pesar de la osadía al intentar una metáfora propia, creemos que la propuesta por Kuhn sigue siendo la más apropiada: el paradigma funciona como un rompecabezas. La anomalía se presenta cuando el mundo, ese montón de fichas de rompecabezas, se nos presenta de una manera que no podemos ordenar con facilidad, porque nuestro modelo no las identifica plenamente. Kuhn, Thomas. *Estructura de las revoluciones...*,

El ejemplo más dramático de nuestra manía de dejar lo difícil para otro momento, está en la respuesta tardía que dimos al fenómeno del desplazamiento forzado. Desde 1985 las migraciones rurales fueron forzadas por los actores armados del conflicto, sin que las autoridades se preocuparan mucho por visibilizar y solucionar el problema. Sólo desde hace unos años, la sociedad y la academia han tratado de saldar esta deuda de ignorancia³³².

En últimas, la primera opción de ignorar y posponer el apetito del comensal es apenas temporal, porque en algún momento la incertidumbre se torna insostenible, y la solución urgente. Por eso, debemos asumir el reto de enfrentar estas nuevas realidades con los paradigmas, y si es el caso, estar dispuestos a cambiarlos. No obstante, antes de emprender semejante tarea, es necesario conocer mejor al *comensal difícil* que se sienta a la mesa, es decir, adquirir *consciencia de la anomalía*. Por esta última expresión Kuhn entiende que se trata del hecho de percibir la naturaleza del fenómeno que ha roto nuestras expectativas³³³.

Con ese ánimo emprendemos el segundo capítulo. Trataremos entonces de explorar las aristas del desplazamiento forzado (DEFO) como un fenómeno que puede poner en jaque al paradigma de la REPE. Para ello, proponemos abordarlo a partir de dos perspectivas. Una general, como manifestación histórica de nuestro conflicto armado, en la que se pueden evidenciar sus alcances institucionales. Otra específica, como objeto de estudio, desde la que se evidencia su textura interdisciplinar, con la que es posible señalar algunas *líneas de fuga teóricas* que permitan mejores explicaciones y soluciones.

³³² Se pensaba que reconocer la existencia del fenómeno crearía una imagen desfavorable ante la comunidad internacional. Por fortuna, las organizaciones no gubernamentales se dieron a la tarea de desprestigiar el papel indiferente del Estado colombiano. Vidal, Roberto. *Derecho global y desplazamiento interno. Creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el Derecho contemporáneo*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

³³³ Kuhn, Thomas. *Estructura de las revoluciones...*, p. 119.

2.1. El desplazamiento como manifestación *histórica del conflicto armado. Un flagelo con alcances institucionales*

El desplazamiento forzado (DEFO) es una marca histórica en Colombia que remonta sus orígenes a los primeros días de vida republicana, aunque hunda sus raíces unos cinco siglos atrás. Se trata de un fenómeno difícil de abordar porque sus matices son muy variados y cambian de acuerdo con la época y la geografía.

El DEFO ha tomado paulatinamente un lugar protagónico en las agendas de la política pública estatal. Hoy en día es una de las problemáticas que desvela a las autoridades, aunque no siempre ha sido así. Intentaremos apreciar los alcances institucionales de este fenómeno en dos momentos: antes y después de la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional. Tomamos este referente pues consideramos que se trata de la manifestación más contundente a la hora de visibilizar el problema.

Antes de emprender dicho propósito, no sobra precisar algunas características del comensal. Sólo así comprendemos las razones de su impacto institucional.

2.1.1. Conociendo al comensal. Principales factores de análisis de la singularidad del desplazamiento forzado en Colombia

El fenómeno del DEFO no se puede explicar como en otras experiencias de conflicto similares en el mundo. El contexto colombiano, a diferencia de otros, presenta una singular característica: coexisten en el mismo espacio la guerra y las instituciones democráticas, lo que hace particularmente difícil aislar los problemas y las soluciones. No se puede resolver uno primero que otro, porque las respuestas pueden ser contradictorias o ineficaces³³⁴.

³³⁴ La solución militar del conflicto no garantiza la conquista de la democracia, pero es uno de sus presupuestos. Uprimny, Rodrigo. Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas. En: *Debate a la Constitución*, ILSA-Universidad Nacional de

Según la profesora María Teresa Uribe, existen tres razones que nos obligan a pensar en el DEFO como un problema autóctono pero variopinto: una de ellas, es la continuidad histórica del proceso de desplazamiento; otra, la multipolaridad del conflicto armado y las dinámicas bélicas. Finalmente, la heterogeneidad y ausencia de identidades preexistentes entre las víctimas³³⁵.

2.1.1.1. Continuidad histórica del fenómeno del desplazamiento forzado

El DEFO es una constante histórica en la conformación territorial del país. El proceso de expulsión está íntimamente ligado al del conflicto armado. Aunque juntos comenzaron hace cinco siglos, podemos relacionar algunos factores que permiten explicarlos desde los albores republicanos.

Los teóricos han identificado tres causas generales del conflicto. La primera de ellas, tiene que ver con la inserción subordinada y tardía de nuestra economía a la de mercado internacional. La segunda, con la excesiva concentración de la propiedad privada sobre la tierra. La tercera, con la construcción excluyente de instituciones en una sociedad heterogénea.

En primer lugar, la naciente república de Colombia heredó las estructuras económicas de la sociedad feudal española y le costó varias décadas superarla. Mientras apenas abríamos los primeros escenarios de mercado interno, los países europeos se aprovechaban el pleno auge de la revolución industrial. Nos invadió la urgencia por alcanzar los mismos éxitos de la burguesía europea del siglo XIX, pero nos resistimos a cambiar la esencia de nuestras instituciones, aún coloniales.

Colombia, Bogotá, 2002, pp. 55-72. En el mismo sentido: Lair, Eric. Transformaciones y fluidez de la guerra en Colombia: un enfoque militar. En: *Violencias y estrategias colectivas en la región andina. Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela*, Bogotá, Norma, 2004, p. 107.

³³⁵ Uribe, María Teresa y otros. Desplazamiento Forzado en Antioquia 1985 - 1998 – Volumen 0: aproximaciones teóricas. Bogotá, Secretariado Seccional de Pastoral Social Sección de Movilidad - Universidad de Antioquia, 2001.

Nuestra llegada a la independencia como Estado soberano no contó con un proyecto económico propio, sino con la incorporación de dinámicas burguesas-capitalistas (como la reducción de aranceles a mercancías extranjeras) a través de formas institucionales semif feudales (como la explotación agrícola en haciendas) ³³⁶. De manera que la tierra conservó su protagonismo en Colombia aun en la era de las máquinas europeas³³⁷.

En segundo lugar, el “corazón” de la violencia colombiana fue la constante disputa territorial entre una casta de grandes propietarios y los campesinos desposeídos que huyeron hacia las selvas. Esta tensión *latifundio – colonización* provocó diferentes reacciones: insurgencia, contrainsurgencia y por supuesto, desplazamiento. La soberanía estatal nació frágil frente al poder alternativo de los terratenientes poderosos³³⁸.

En tercer lugar, el desprendimiento de la colonia nos dejó una sociedad dividida en estamentos con obligaciones y privilegios diferentes: criollo-terrateniente, campesino, artesano-comerciante, esclavo (el indígena no aparecía en el imaginario como clase independiente). De manera que la construcción de las primeras instituciones fue obra de los privilegiados que excluyeron a los demás³³⁹. Lo anterior tuvo dos consecuencias importantes: la primera, fue la falta de arraigo social de las normas, por lo que su violación se convirtió en la reacción más frecuente. La segunda, fue la necesidad de utilizar la fuerza para someter a los desobedientes. Ambas, se convirtieron en hábitos históricos³⁴⁰.

³³⁶ Algunas instituciones sociales como “el gamonal”, tuvieron su raíz en la desigual distribución de poder colonial. Mondragón Báez Héctor Hernán. En: *La Organización Campesina en un Ambiente de Terror*. Cuadernos Tierra y Justicia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI). Secretariado Nacional de Pastoral Social. Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional (IDEA). Bogotá, Agosto de 2002. Pág. 11.

³³⁷ Uprimny, Rodrigo. *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Bogotá, 1992.

³³⁸ Reyes, Alejandro. *Guerreros y campesinos*, Norma, Bogotá, 2009.

³³⁹ González Fernán, *Conflicto Violento en Colombia: una perspectiva de largo plazo*. Revista Controversia, N° 181 de Febrero de 2004. En: www.cinep.org.co/revistas/controversia, Visitada el 22 de Junio de 2006.

³⁴⁰ González, F. ¿Una historia violenta? Continuidad y rupturas de la violencia política en las guerras civiles del siglo XIX y la violencia del siglo XX. En J. F. Ocampo, *Historia de las ideas políticas en Colombia. De la independencia hasta nuestros días*, Taurus, Bogotá, pp. 299-344. Sobre el uso del derecho como estrategia de batalla y de la fuerza como garantía de dicha estrategia, el documento del profesor Hernando Valencia Villa

Sobre este trípode se erigió una confrontación larga y desgastante, cuyo resultado ha sido un mapa con varios actores armados que sacrifican a la población civil en la búsqueda de territorio, recursos y aceptación de su autoridad local³⁴¹. El número creciente de población en situación de desplazamiento forzado (PSD) es un trozo del panorama de conflicto que vive el país³⁴².

2.1.1.2. *Multipolaridad del conflicto*

Desde los albores de la república, incluso antes, la violencia fue el método más eficaz para garantizar el poder³⁴³. La pervivencia de nuestro conflicto se explica a partir de la mala lectura de la relación poder-violencia. Hemos creído que al poder se puede llegar a través de la violencia, pero olvidamos que el uso de la fuerza sólo genera reacciones de la misma naturaleza. La respuesta está en los consensos, y éstos no han sido muy frecuentes³⁴⁴.

La tensión armada es frecuente cuando existe una desproporción entre territorio, población e instituciones. Al ser el territorio tan extenso y la población tan distinta, las normas se convierten en un timón diminuto que no alcanza a dar dirección al barco y la tarea de convencer para que acaten las normas no es tan sencilla. Se trata de una situación

es realmente revelador: Valencia Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Panamericana Editorial, Bogotá, 2010.

³⁴¹ Lair, Eric. El Terror, recurso estratégico de los actores armados. En: *Guerra en Colombia: Actores Armados*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales –IEPRI-. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004, pp. 131 – 161.

³⁴² Según el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, durante el período comprendido entre los años de 1989 a 2010, el conflicto armado ha expulsado a 3.486.305 personas, lo que representan 798.018 hogares. [http://www.dps.gov.co/Estadisticas/SI_266_Informacion%20PAG%20WEB%20\(4-08-2010\)%20ver%202.htm](http://www.dps.gov.co/Estadisticas/SI_266_Informacion%20PAG%20WEB%20(4-08-2010)%20ver%202.htm) Visita del 31 de agosto de 2012.

³⁴³ La principal herencia colonial fue la predilección por el uso de la fuerza y no de los argumentos. Trujillo Carlos. *Orígenes de las Guerras Civiles en Colombia*. Ediciones Historia y Sociedad, Bogotá – 1931.

³⁴⁴ Reyes, Alejandro. *Guerreros y campesinos*, Bogotá, Norma, 2009, p, 16.

en la que el poder institucional no logra imponerse de manera absoluta y subsiste junto a una voluntad manifiesta de no someterse por parte de algunos ³⁴⁵.

Antes que una confrontación abierta y permanente, nuestro conflicto se corresponde más con lo que Uribe y Lair denominan *estado de guerra*³⁴⁶ o *conflicto de atrición*³⁴⁷: resistencia prolongada en el tiempo frente al poder del Estado, o de otros actores armados, en la que el uso de las armas es una estrategia de desgaste pero no permite solucionar definitivamente el conflicto.

La pervivencia histórica del conflicto se debe a un proceso de atomización temporal, espacial y estratégica, que ha dado lugar a escenarios de conflicto muy distintos. La presencia de actores armados, su relación con la comunidad y las autoridades, difiere en cada territorio de conflicto. Dicha fragmentación provoca reacciones diferentes hacia la población civil, en algunos casos, será el epicentro de las acciones del grupo armado (guerrillas), en otros, el objetivo de protección (fuerzas estatales), o simplemente parte del enemigo (fuerzas contrainsurgentes) ³⁴⁸.

³⁴⁵ Pizarro, Eduardo. *Elementos para una sociología de la guerrilla colombiana*. En: *Guerra en Colombia: Actores Armados*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales –IEPRI-. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004., pp. 29-75. En el mismo sentido, UPRIMNY, Rodrigo. *¿Existe o no conflicto armado en Colombia?* Disponible en Internet: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=355. Visitada el seis (6) de abril de 2010.

³⁴⁶ Basada en los aportes hechos por Hobbes y Foucault, Uribe concluye que: “(...) Los estados de guerra no son todavía la guerra como acción, lo que los define es el *animus belli*, el mantenimiento de la hostilidad como horizonte de posibilidad para dirimir las tensiones y los conflictos propios del mundo de lo social, y a la violencia, como la estrategia para la solución de las contradicciones de la vida en común, tanto en la esfera privada y del mercado como en la esfera pública de la política y el gobierno”. Uribe, María. *Desplazamiento forzado en Antioquia...*, p. 72.

³⁴⁷ “Se admite por lo general que la estrategia de ‘atrición’ consiste en una enorme concentración de fuego en el tiempo y el espacio, con repetición de los ataques directos, cuyo principal propósito es romper la unidad del enemigo y paralizarlo o agotarlo rápidamente”. Lair, Eric. *Transformaciones y fluidez de la guerra...*, p. 131.

³⁴⁸ Lair, Eric. *El Terror, recurso estratégico de los actores armados...*, p. 118.

La dispersión de estrategias utilizadas por los diferentes actores armados, ha dado lugar al uso de recursos diversos, no necesariamente militares, en los que la población civil es, a un mismo tiempo, medio y objetivo. Para algunos grupos el enemigo está disimulado en el tejido social y la tarea es desenmascararlo. Cualquiera que se niegue a prestar colaboración se convierte entonces en sospechoso y blanco de confrontación.

2.1.1.3. Heterogeneidad y ausencia de identidades preexistentes

No es posible entonces establecer una identidad preexistente a la expulsión. Antes por el contrario, quienes son desplazados se definen por “pertenencias imputadas”, es decir, rasgos atribuidos por los actores armados, que poco tienen que ver con lo que realmente son, y sí mucho con las justificaciones que elaboran para hacerse a una idea del enemigo³⁴⁹.

El elemento de cohesión de estos sectores de la población es el hecho mismo del desplazamiento, es la suerte que comparten. Esto genera confusión y pérdida de sentido de identidad, lo que a su vez permite un clima de estigmatización que dificulta su participación en los procesos institucionales de diseño e implementación de políticas públicas.

2.1.2. Alcances institucionales del desplazamiento antes de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional

La noción de desplazamiento forzado es el resultado de una construcción paulatina que comenzó en la comunidad internacional bajo el rótulo de desplazamiento interno. Intentaremos rastrear el proceso de construcción institucional que llevó el fenómeno hasta la categoría de desplazamiento forzado.

³⁴⁹ Uribe, María. *Desplazamiento Forzado en Antioquia...*, p. 24.

2.1.2.1. *El desplazamiento interno. La respuesta de la comunidad internacional*

El DEFO se explica mejor si tenemos en cuenta su antecedente en la comunidad internacional. Las respuestas ofrecidas por el derecho internacional al problema de los desplazados son una fuente de derecho orientadora de las dinámicas normativas en el contexto nacional.

El desplazamiento de personas no es un fenómeno reciente en la historia de la humanidad. Desde tiempos inmemoriales, cambiamos de un lugar a otro procurando satisfacer necesidades. Después de haber conquistado un modelo de producción que nos permitía el sedentarismo, nos sorprendió la vertiginosa velocidad con que se generaron mayores procesos de movilidad en todo el mundo.

La dinámica económica actual llevó a todos sus agentes a la búsqueda de fronteras cada vez más amplias de intercambio, lo que dio lugar a un discurso que propugnaba por una mayor movilidad de recursos y personas. No obstante, las condiciones de concentración de riqueza en zonas de baja densidad poblacional, y el empobrecimiento de regiones con mayor población (sumado a su inestabilidad política en contextos de conflicto), han roto la coherencia del discurso neoliberal. Mientras se aboga por la mayor movilización de bienes y servicios, más allá de las fronteras de un Estado, no se propone ni se produce lo mismo frente a la de personas³⁵⁰.

En el escenario descrito, los Estados seleccionan las personas que migran a través de sus fronteras: regulan las *migraciones legales*³⁵¹, restringen y persiguen las *ilegales*³⁵². Al lado de estas dos, surge una categoría caracterizada por la involuntariedad que implica el

³⁵⁰ Vidal, Roberto. *Derecho global y desplazamiento interno. Creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el Derecho contemporáneo*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

³⁵¹ Propiciadas por los Estados como parte de su estrategia de desarrollo. Prima la búsqueda de mano de obra calificada para sectores estratégicos, obedece al cálculo utilitario que tiene como eje articulador la voluntad estatal. *Ibidem...*, p. 36.

³⁵² Se trata de movimientos de personas al margen de los sistemas de migración legal, con causas muy diversas, que van desde la pobreza hasta la simple búsqueda de mejores condiciones de vida en otro país. *Ibidem...*, p. 37.

traslado: las *migraciones forzadas*. Tienen lugar en el marco de diversos tipos de persecución –política, étnica, religiosa- al interior de estados políticamente inestables o con altos niveles de conflicto³⁵³.

Por tratarse de personas que pertenecen a los sectores más desprotegidos y menos capacitados de la población cuya inserción productiva resulta difícil y costosa, los Estados receptores ven este tipo de migraciones como peligrosas. La respuesta restrictiva no se hace esperar, y el derecho es una de las principales herramientas.

El derecho de los refugiados constituyó así un instrumento de control global de las migraciones forzadas, que buscó limitar la creciente amenaza que éstas significaban para los estados receptores. Apelando a recursos jurídicos, como una definición restringida del concepto de refugiado, o la exigencia de requisitos de difícil cumplimiento para gozar del derecho de asilo, los estados receptores han construido un sistema de normas que no parece tener dentro de sus objetivos principales la atención y cuidado de los derechos de los refugiados, sino los económico de los Estados que deben administrar los costos del refugio³⁵⁴.

El surgimiento de la noción de *desplazamiento interno*, tuvo lugar después del cambio de paradigma que operó desde mediados de los setentas en la comunidad internacional. La aplicación del derecho de los refugiados para aquellos migrantes forzados que no habían salido de su Estado de origen no era posible, en la medida en que la intervención de un segundo Estado, al brindar protección a los nacionales de otro, constituiría una violación de la soberanía del primero.

En un intento por expandir el derecho de refugiados, la Asamblea General de la ONU autorizó al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR- para atender aquellos casos en los que no se llenaban las condiciones originales de la definición

³⁵³ *Ibidem*..., pp. 38 - 40.

³⁵⁴ *Ibidem*..., p. 49.

de refugiado, contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Fue así como al amparo de “buenos oficios del ACNUR”, se abrió paso al concepto de “*refugiados bajo el cuidado de ACNUR*” (que hacia los setentas cambió a “*desplazados bajo el cuidado del ACNUR*”), para referirse a poblaciones del mismo flujo migratorio de los refugiados, que requerían de la misma atención y no habían cruzado una frontera nacional.

El Consejo Económico y Social de la ONU emitió la Resolución 2011 del 2 de agosto de 1976, en la que extendió las funciones del Alto Comisionado a “refugiados y personas desplazadas, víctimas de desastres producidos por el hombre, requiriendo asistencia humanitaria urgente”, con lo que se permitió el surgimiento de la categoría de *desplazados internos* con un carácter puramente operativo.

El Sistema Internacional de Protección a los Refugiados operó al principio sobre una estrategia curativa: ofrecer refugio temporal a personas que se habían desplazado fuera de su país de origen. Para mediados de la década de los ochentas la perspectiva cambió. Era económicamente difícil sostener dentro de las fronteras del Estado receptor a grandes cantidades de seres humanos que no ostentaban la ciudadanía. Por eso, resultaba mejor controlar los flujos de migración en los Estados de origen para evitar su salida de las fronteras. Fue así como la comunidad internacional echó mano del derecho para contener la migración, a través de marcos normativos destinados a la regulación del fenómeno del desplazamiento interno³⁵⁵.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU solicitó a la Asamblea General la designación de un Representante del Secretario General, para preparar un estudio comprensivo sobre las necesidades de Derechos Humanos relacionadas con desplazados internos. Como resultado del anterior, el Representante Francis Deng elaboró un informe en el que concluyó que la principal causa del DEFO era el conflicto armado y su efecto la violación de los Derechos Humanos de las víctimas.

³⁵⁵ A juicio del profesor Vidal, dichos marcos normativos tuvieron el objetivo central de evitar que el flujo migratorio saliera de las fronteras del Estado de origen. La nueva estrategia entonces fue retener a los potenciales refugiados con programas de atención “adentro”, y endurecer el derecho de refugiados “afuera”. *Ibidem...*, p. 45-59.

El representante indicó además que pese a la responsabilidad primigenia de proteger a las víctimas, los Estados debían apoyarse en la comunidad internacional para suplir sus carencias de capacidad. En ese orden, era necesario trazar un derrotero que permitiera simplificar el disperso panorama de normas sobre protección de los derechos de desplazados internos³⁵⁶. Fue así como gracias al trabajo de un equipo internacional de juristas, el Representante estableció la existencia de un marco normativo de protección a los desplazados, que terminó condensado en un documento final en el que se publicaron los “Principios Rectores sobre Desplazamiento Interno”³⁵⁷.

A diferencia de los tratados internacionales, estos Principios resultaron una amalgama normativa que reunió elementos propios del derecho “duro” y “blando”. El documento no tuvo una pretensión de vinculatoriedad clara³⁵⁸, pues fue el resultado de tres ejercicios: por un lado, de compilación de normas ya existentes que contenían garantías mínimas para las víctimas del desplazamiento. Por el otro, de análisis de reglas generales o particulares susceptibles de aplicación por analogía. Finalmente, de búsqueda de respuestas normativas adecuadas a necesidades de la población que no encontraban soluciones dentro del marco jurídico precedente.

³⁵⁶ DENG, Francis. *Informe Amplio preparado por el Señor Francis M. Deng, Representante del Secretario General sobre las cuestiones de Derechos Humanos relacionadas con los desplazados internos, de conformidad con la Resolución 1992/73 de la Comisión de Derechos Humanos*. UN Doc. E/CN.4/1993/35, 21 de enero de 1993. Disponible en internet en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/105/98/IMG/G9310598.pdf?OpenElement>. Visitada el cuatro (4) de junio de 2010.

³⁵⁷ Dos razones motivaron el uso del mecanismo blando de derecho internacional de compilación y recomendación –sin pretensiones directas de obligatoriedad–: la primera, era la necesidad de disminuir los elevados costos de transacción que generaba la búsqueda de un acuerdo generalizado entre los diferentes Estados en torno al problema. La segunda, tenía que ver con la búsqueda de respuestas desde el derecho internacional, sin que tuviera que crearse un nuevo sujeto de protección especial. Vidal, Roberto. *Derecho global y desplazamiento interno...*, pp. 65 – 74.

³⁵⁸ Las explicaciones que ofrece el propio documento son, además de concisas, bien ilustrativas: “ These Guiding Principles should be disseminated and applied as widely as posible”. DENG, Francis. *Guiding Principles on Internal Displacement*. En: *International Migration Review*, Vol. 33, No. 2 (Summer, 1999), pp. 484-493., The Center for Migration Studies of New York, Inc. Disponible en internet: <http://www.jstor.org/stable/2547706>. Visitada el trece (13) de mayo de 2010.

El “endurecimiento” de sus contenidos, vino de la mano del activismo de la Corte Constitucional colombiana, que en varias sentencias de tutela entendió los principios como incorporados al bloque de constitucionalidad. En la sentencia SU – 1150 de 2000, por ejemplo, la Corte admitió que aunque los Principios Rectores no habían sido aprobados mediante un tratado internacional, recogían gran parte de preceptos ampliamente aceptados en la comunidad internacional y ratificados por el Estado colombiano. Por ello, consideró que debían ser tenidos en cuenta como parámetros para la creación y la interpretación de normas para regular el desplazamiento forzado y atender a sus víctimas.

El punto de si los Principios Deng son o no obligatorios está todavía en disputa. Mientras que para algunos constituyen en su totalidad un parámetro necesario de referencia en el diseño de políticas públicas, cuya inobservancia genera responsabilidad estatal³⁵⁹, para otros solamente son fuente de obligaciones aquellas que recogen normas preexistentes en tratados internacionales suscritos por Colombia³⁶⁰.

2.1.2.2. *El camino desde el desplazamiento interno hacia el desplazamiento forzado*

Según el profesor Vidal López, los ordenamientos jurídicos nacionales han ajustado una batería de normas cuya dinámica se inserta dentro del mismo esquema de contención de migraciones forzadas en el contexto internacional. A continuación, intentaremos un breve recorrido del proceso que llevó al Estado colombiano a concebir el *desplazamiento interno* como *desplazamiento forzado*.

³⁵⁹ BOULEY, Catherine. Evaluación de la implementación de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos por parte del Estado colombiano. En: *Desplazamiento forzado. Dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo*. Agencia de la ONU para los refugiados -ACNUR- Universidad Nacional de Colombia, primera edición, Bogotá, 2004.

³⁶⁰ Ana Carolina Ramírez, por ejemplo, observa que los Estados no solamente deben respetar la letra del tratado internacional que ratifican, sino además su espíritu, que puede aparecer en documentos de compilación que no pueden desconocerse, ni interpretarse en forma tal que desfiguren su sentido original. RAMÍREZ, Ana. *Desplazamiento interno forzado en Colombia. Producción académica y política pública*. Documento disponible en internet en: http://www.udenar.edu.co/viceacademica/CICLOS%20PROPED%20UTICOS/CONVENIO%20ALCALDIA_UDENAR/TALLER%20ASPECTOS%20CURRICULAR/DT%20PROYECTO/desplazamiento%20forzado.pdf Visita el trece (13) de mayo de 2010.

Las ciudades colombianas de la década de los ochentas se vieron inundadas de miles de personas buscando protección de un conflicto que arreciaba. La lucha contra la subversión y el narcotráfico en diferentes zonas del país dejaron su rastro de muerte y desarraigo. Sin embargo, el problema del desplazamiento permaneció oculto en la agenda del gobierno bajo el manto de la ambigua calificación de víctimas de la violencia³⁶¹.

Los primeros en documentar la problemática fueron agentes internacionales que pusieron en evidencia la estrecha relación existente entre el desplazamiento y los sistemas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. La Consulta Permanente sobre Desplazamiento Interno en las Américas – CPDIA-, y el Representante del Secretario de Naciones Unidas para los Desplazados Internos, dieron argumentos suficientes a las ONG para ejercer presión sobre un gobierno nacional que veía con recelo la inclusión del concepto de desplazamiento interno en el contexto nacional³⁶².

La necesidad de mayor legitimidad internacional llevó al gobierno a asumir el liderazgo en la construcción de un discurso de protección de la PSD. Su reconocimiento dejó de ser una amenaza a la soberanía o una derrota frente a los grupos independientes de presión. El uso hábil del discurso de los derechos sirvió para ganar gobernabilidad interna y respeto externo. Fue así como la denominación *desplazamiento interno*, se reinventó

³⁶¹ Las estadísticas del gobierno nacional no tienen registros numéricos del impacto del desplazamiento en la década de los ochentas. Sin embargo, Codhes reportó durante los últimos cinco años (1985-1990) 423.000 casos de expulsión: 27.000 en 1985, 36.000 en 1986, 59.000 en 1987, 119.000 en 1989 y 77.000 en 1990. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES-, *Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisibilizada* CODHES INFORMA. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 79 - Bogotá, Quito, Marzo de 2012, Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/CODHES_Informa_79_Desplazamiento_creciente_y_crisis_humanitaria_invisibilizada_Marzo_2012.pdf?view=1. Visita del 14 de febrero de 2013.

³⁶² DENG, Francis. *Los desplazados internos Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis Deng, presentado en cumplimiento de la resolución 1993/95 de la Comisión de Derechos Humanos Adición Estudio de casos de desplazamiento: Colombia*. Doc. E/CN.4/1995/50/Add.1. de 3 de octubre de 1994. Disponible en internet en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/144/45/PDF/G9414445.pdf?OpenElement>. Visitada el cuatro (4) de junio de 2010.

alrededor de la expresión *desplazamiento forzado*, para referirse al fenómeno de migración involuntaria resultante de perturbaciones graves del orden público³⁶³.

En un intento por endurecer el derecho blando internacional –ya integrado en documentos de política pública- se fijaron legislativamente aquellos preconceptos que hacían del DEFO un hecho temporal y reversible, íntimamente relacionado con la alteración del orden público. En el artículo 1 de la ley 387, por ejemplo, se consignó la misma definición de persona desplazada tomada de la CPDIA y utilizada en el Documento Conpes 2804 de 1995. En el artículo 2 se hizo un inventario de algunos de los principios para su aplicación e interpretación, que recogen en parte los señalados como rectores en el ámbito internacional.

Atendiendo las sugerencias hechas en documento Conpes 2824 de 1997, la ley 387 de 1997 dio abrigo jurídico al Sistema de Atención a la Población Desplazada por la Violencia –SNAIPD-. Se trata de un conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias que tienen la misión de realizar planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la atención integral de la PSD. Además, están encargadas de neutralizar los efectos generados por la violencia e integrar esfuerzos para la prevención y el manejo oportuno y eficiente de los recursos³⁶⁴.

³⁶³ Tomando la definición aportada por la CPDIA, el documento *CONPES 2804 de 1995* entendió por desplazado “(...)toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público (...)”. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Departamento Nacional de Planeación, *Documento CONPES 2804. Ministerio del Interior – Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, DNP: UJS – DEGAI “Programa Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia”* (13 de septiembre de 1995). Disponible en internet: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Biblioteca/Catalogoen1%C3%ADnea/tabid/523/Default.aspx>. Visitada el 4 de junio de 2010., p. 5.

³⁶⁴ Ley 387 de 1997. Artículo 4 y 5.

Sin embargo, desde un comienzo, no fue evidente la preocupación por ver en el desplazado una víctima sui generis del conflicto, ni tampoco por diseñar un aparato institucional que diera respuestas materiales y efectivas a su problemática situación.

Aunque desde muy temprano se comenzó a utilizar la expresión *desplazamiento forzado por la violencia* -documento CONPES 2804 de 1995-, no se hizo con una actitud de clara diferenciación de la población inmersa en el conflicto, por cuanto limitó la definición a una serie de requisitos asociados a eventos de perturbación del orden público.

La atención humanitaria se sujetó a criterios de temporalidad y circunstancialidad³⁶⁵ que terminaron articulando un esquema institucional con los lineamientos básicos del Sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres³⁶⁶. Olvidaron que el DEFO, a diferencia de las catástrofes naturales, constituye un desastre humanitario permanente, fuera de cualquier estimación temporal, que no despierta la misma solidaridad de la sociedad civil³⁶⁷.

Las autoridades ahora tenían la responsabilidad de formular y adoptar la política pública para el DEFO³⁶⁸. Como veremos más adelante, germinó una interpretación de las normas tendiente a exonerar al Estado bajo el argumento de que apenas le bastaba con

³⁶⁵ El documento consideró como población objetivo a aquellas personas que, reuniendo los elementos recogidos en la definición de la CPDIA, hubieran sido desplazadas durante los 12 meses anteriores a la fecha de presentación de su solicitud de ingreso al Programa de Atención y que además, se encontraran ubicados en el nivel 1 y 2 del SISBEN, o en situación de riesgo grave para su vida o su integridad personal. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Departamento Nacional de Planeación, documento CONPES 2804 del 13 de septiembre de 1995, p. 5 – 6.

³⁶⁶ Dentro de la estrategia de atención inmediata, el documento proyectó el diseño de un Programa de Asistencia Especial de Emergencia que sería financiado y ejecutado por las autoridades del Sistema nacional de Prevención y Atención de Desastres. Ídem, p. 9

³⁶⁷ Uribe, María Teresa. Desplazamiento Forzado en Antioquia..., p. 26.

³⁶⁸ **Ley 387 de 1997. Artículo 30. De la Responsabilidad del Estado.** Es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia.

Para efectos del inciso anterior, se tendrán en cuenta los principios de subsidiaridad, complementariedad, descentralización y concurrencia en los cuales se asienta la organización del Estado colombiano.

poner en marcha los programas de prevención y atención, sin que fuera necesario garantizar el goce efectivo de los derechos de la PSD. Éstos quedaron al vaivén del prurito de progresividad en la exigibilidad de los derechos sociales³⁶⁹.

La incertidumbre en torno a los contenidos del derecho blando del DEFO no logró superarse con la expedición de la ley 387. Antes por el contrario, se abrió paso a un nuevo problema jurídico: el de su correcta reglamentación e interpretación. La Corte Constitucional comenzó un proceso paulatino de reconocimiento del fenómeno. Su discurso de derechos fundamentales comenzó con el control de constitucionalidad de algunos tratados internacionales, luego tomó fuerza cuando la exigibilidad de las prestaciones estatales se transfirió al campo judicial por vía de tutela³⁷⁰.

Las fuertes presiones del poder judicial motivaron una respuesta reglamentaria del gobierno nacional orientada hacia la definición de una política pública. La principal respuesta en este sentido se dio con la expedición del Decreto 2569 de 2000, con el que buscaron superar la dispersión de entidades responsables del SNAIPD, la ausencia de sistemas de seguimiento y coordinación, la falta de complementariedad y equidad en el trabajo con entidades territoriales y ONG.

A pesar del esfuerzo, el decreto sujetó la exigibilidad de las prestaciones estatales a límites temporales discutibles. Por un lado, siguiendo los lineamientos del artículo 15 de la ley 387, estableció que la ayuda humanitaria de emergencia sólo se brindaría por un término máximo de tres meses, prorrogables hasta por otros tres (artículos 20 y 21)³⁷¹. Por otro lado, quienes efectuaran la declaración y solicitaran inscripción en el registro

³⁶⁹ Que ha terminado por disculpar a los Estados en general del cumplimiento de sus obligaciones frente a sus ciudadanos, olvidando que los derechos resultan de una mixtura de órdenes de cumplimiento mediato e inmediato. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

³⁷⁰ Rodríguez, César y Rodríguez, Diana. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. En: *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2010, pp. 66 – 90.

³⁷¹ No sobra aclarar que la medida fue declarada inexecutable en la ley por la sentencia C – 278 de 2007 con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla.

único de población desplazada –RUPD- después de un (1) año de haber sido expulsados, no tendrían derecho al acceso a ayuda humanitaria ni a programas de estabilización económica. En ese caso, sólo tendría derecho a los programas de retorno, reasentamiento o reubicación³⁷².

El mismo decreto se ancló a la disponibilidad presupuestal. La norma condicionó el acceso y disfrute de los “beneficios” al hecho de contar con recursos económicos suficientes para garantizarlos a largo plazo. El articulado quedó plagado del enigmático binomio, aspecto que más tarde fue cuestionado por la Corte Constitucional en sentencia T – 025 de 2004 (artículos 16, 17, 18, 21, 22, 25).

Condicionó además los beneficios de la ley 387 a la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada –RUPD- como un instrumento técnico de identificación y seguimiento. Así se amplió la definición institucional de persona desplazada, pues ya no bastaría reunir los elementos descritos en el artículo 1 de la ley 387, sino que además era necesario cumplir con los requerimientos de la declaración y solicitud de registro (artículo 2).

El lenguaje construido a partir de las normas comentadas llevó al profesor Vidal López a afirmar la ambigüedad del discurso estatal frente al DEFO. Mientras por un lado se reconocía formalmente la obligación estatal de prevenir y atender el fenómeno, por el otro, se diseñaban marcos normativos demasiado amplios (que no tenían en cuenta el impacto diferencial del flagelo), o se imponían requisitos de difícil cumplimiento, a veces imposible, para acceder y reclamar el goce de los derechos³⁷³.

El discurso estatal del desplazamiento fue ambiguo. Fueron evidentes los propósitos de atención y prevención, pero también las restricciones para que las víctimas accedieran a

³⁷² La medida fue declarada nula por el Consejo de Estado, sección primera, en sentencia 2002-00036 del 12 de junio del 2008.

³⁷³ Vidal, Roberto. *Derecho global y desplazamiento interno...*, p. 222.

los beneficios estatales. La perplejidad de la PSD se dejó ver en sus reclamos ante los jueces a través de la tutela.

La Corte Constitucional correspondió a la presión ejercida por las víctimas y ONG a través de sus fallos. Comenzó un proceso paulatino de reconocimiento de derechos al considerar que la misión fundamental del Estado era proteger a un sector de la población especialmente vulnerable. Con base en los artículos 2 y 13 de la Constitución, la Corte ordenó medidas como incluir a la PSD en planes de vivienda, inscribirlos en el RUPD, brindarles ayuda humanitaria de emergencia, apoyo para la generación de proyectos productivos y el retorno³⁷⁴.

Por ejemplo en la sentencia SU-1150 del año 2000, la Corte hizo el esfuerzo de reunir en un solo fallo varias órdenes concretas para garantizar derechos a la vivienda y al trabajo de PSD, que reclamaba la inclusión en planes de subsidio de vivienda y de proyectos productivos. En el 2001, en la sentencia T-327, reivindicó el derecho de un hogar en desplazamiento a recibir los beneficios del Sistema de Atención, sin que para ello fuera un impedimento el registro en el RUPD. En ambos casos, las sentencias trataron de corregir la ambigüedad del discurso institucional.

En la SU-1150, por ejemplo, el juez evidenció que el Estado debía asumir la responsabilidad de brindar seguridad a todos sus ciudadanos y en su defecto, la protección de sus derechos fundamentales. Por eso, consideró más importante el gasto público para la política de desplazados que el gasto público social³⁷⁵.

³⁷⁴ Entre 1992 y 2004 la Corte Constitucional profirió 21 fallos de tutela en los que concedió la protección de derechos de la PSD en 42 oportunidades. La jurisprudencia permitió señalar varias cosas: un mapa de los derechos vulnerados de la PSD y de las obligaciones del Estado en materia de política pública. República de Colombia, Observatorio de Justicia Constitucional. *Tres lustros de jurisprudencia constitucional. Primer informe del observatorio de justicia constitucional marzo de 1992-febrero de 2007*, Tomo I, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2009, pp. 230-253.

³⁷⁵ El fallo acumuló tres acciones de tutela. En una de ellas la Defensoría Regional de Antioquia interpuso el amparo para que se evitara el desalojo de un grupo de familias que habían ocupado un lote de terreno de propiedad de CORVIDE entidad municipal de Medellín. En otra, un ciudadano desplazado del Meta, buscó en la tutela la vía para ser incluido en un programa de subsidio de vivienda de interés social en el Valle del Cauca. Finalmente, otra familia recurrió ante el juez ante la falta de gestión de acción social, al no haber procurado la ayuda necesaria para el emprendimiento de un proyecto productivo. Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes.

En la T-327 dismanteló una práctica administrativa que restringía el acceso a beneficios legales por el hecho de no contar con la inscripción en el RUPD. La Corte aseguró que la condición de desplazamiento no era un fenómeno dependiente del registro estatal y por lo mismo debía ser atendido sin ninguna dilación. El fallo extendió el mandato de presunción de buena fe sobre las autoridades del SNAIPD³⁷⁶.

La reacción provocada por la Corte fue la masificación del uso de la acción de tutela que la llevó, a su vez, a un esfuerzo de sistematización por dos medios: la fijación de precedentes y la ampliación de los efectos inter partes de sus fallos. Ambos, se vieron condensados en la sentencia T – 025 de 2004³⁷⁷.

2.1.3. Alcances institucionales del desplazamiento después de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional

Con ponencia de Manuel José Cepeda, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional optó por declarar el estado de cosas inconstitucional (en adelante ECI) al constatar: la grave situación de vulneración de derechos constitucionales de las víctimas del flagelo del DEFO (fundamento jurídico 5.2), su persistencia en el tiempo sin que las autoridades se preocuparan por asumir una solución acatando las órdenes particulares impartidas por la Corte (fundamento 5.3).

³⁷⁶ El fallo tuvo lugar por el reclamo judicial que elevó un ciudadano desplazado del departamento del Chocó, quien no pudo acceder a los programas de atención para la PSD, debido a que Acción Social negó la inscripción en el RUPD por considerar que su versión de los hechos del despojo era contradictoria. Corte Constitucional, Sentencia T – 327 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁷⁷ Rodríguez, César y Rodríguez, Diana. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. En: *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2010, pp. 66 – 90. En el mismo sentido: Rodríguez, César y Rodríguez, Diana. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. En: *Más allá del Desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* – César Rodríguez (coordinador), Ediciones Uniandes – ACNUR - ASDI, Bogotá, 2009, pp. 14 – 35.

Señaló además la responsabilidad que corresponde al Estado por la desprotección a la población afectada³⁷⁸ (fundamento 6) y la significativa contribución estatal al desconocimiento de los derechos fundamentales de la PSD a través de acciones y omisiones en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la política pública de prevención y atención (fundamento jurídico 6.3). Consideró que dichas falencias obedecían a problemas estructurales de insuficiente capacidad institucional (fundamento 6.3.1) y de recursos destinados para su financiación (fundamento 6.3.2) que no eran atribuibles a una sola autoridad (fundamento 7)³⁷⁹.

En concordancia con lo anterior, señaló aquellos deberes constitucionales que no podrían ser soslayados en adelante (fundamento 8) y fijó unos niveles mínimos de satisfacción de los derechos constitucionales de los desplazados para evitar su desconocimiento con el pretexto de la progresividad en su protección (fundamento 9). Finalmente, profirió órdenes con carácter particular para resolver las situaciones concretas de los accionantes, y otras generales encaminadas a superar el ECI, que fueron objeto de seguimiento posterior (fundamento 10).

El fallo ha sido valorado como un esfuerzo sin precedentes por visibilizar la problemática. A pesar de su alto impacto en la opinión pública, y del juicio emitido acerca de la gravedad de la situación, algunos ven en la sentencia caras menos amables.

Para el profesor Óscar Dueñas, la decisión permite plantear algunas inquietudes que merecen observaciones. Dentro de ellas, destaca el hecho de haber pasado por alto, dentro del inventario de mínimos insoslayables, derechos tan importantes como la libertad de

³⁷⁸ “Ahora bien, la grave situación de la población desplazada no es causada por el Estado, sino por el conflicto interno, y en particular, por las acciones de los grupos armados irregulares. Sin embargo, en virtud del artículo 2º de la Carta, el Estado tiene el deber de proteger a la población afectada por este fenómeno, y de esta manera, está obligado a adoptar una respuesta a dicha situación”. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T – 025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda.

³⁷⁹ La Institución del ECI se originó en su jurisprudencia para dar tratamiento a aquellas circunstancias de excesivo uso de la acción de tutela por fallas estructurales en el proceso de políticas públicas, que generaban una violación masiva, prolongada y reiterada de derechos fundamentales, atribuible a varias autoridades. Al respecto: Colombia, Corte Constitucional, sentencias SU-559 de 1997; T-153 de 1998; SU-090 del 2000 y T-025 del 2004, entre otras.

tránsito, dignidad, verdad, de participación en la etapa posterior al fallo, al trabajo, propiedad y posesión³⁸⁰.

Llamó la atención además sobre otros puntos: la poca importancia que le dio la Corte al retorno, la limitación del estudio de constitucionalidad a algunos de los asuntos –no todos– planteados en las solicitudes de tutela, la ausencia de órdenes específicas para el diseño e implementación de mecanismos de seguimiento y evaluación de la implementación de la política y de coordinación entre las entidades, y la despersonalización que operó con el énfasis dado a la declaración del ECI³⁸¹.

Uno de los reparos que llamó poderosamente la atención tuvo que ver con el diseño metodológico del proceso de seguimiento a las órdenes: por *niveles de cumplimiento*. Según Dueñas, cuando la Corte fijó como deber constitucional ineludible el diseño de una política pública transparente, seria y coherente (fundamento 8.3.1.)³⁸², restringió el alcance de su control al simple monitoreo de avances y caracterización de indicadores y convirtió el

³⁸⁰ Dueñas, Óscar. *Desplazamiento Interno Forzado: un estado de cosas inconstitucional que se agudiza. Efectos de la sentencia T – 025 de 2004 de la Corte Constitucional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 32-33.

³⁸¹ “Aquí se aprecia una aparente paradoja: quien confeccionó la sentencia, de una ideología liberal clásica, no fortifica el individualismo sino que se inclina hacia las agrupaciones. La paradoja es aparente porque no lo hace para destacar un derecho colectivo, sino que este acudimiento al desplazado, como algo abstracto tiene por objeto analizar las políticas públicas frente al desplazamiento”. Dueñas, Óscar. *Desplazamiento Interno Forzado...*, p. 26.

³⁸² “(...) De lo anterior se deduce que el carácter progresivo de ciertos derechos y la dimensión prestacional de un derecho exigen de las autoridades racionalidad en el diseño y articulación de las políticas públicas relativas a tales derechos, de tal manera que éstas sean transparentes, serias y coherentes, como expresión de los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta. La transparencia exige que se hagan públicas las prestaciones que serán garantizadas así como los responsables de cumplir lo jurídicamente establecido. La seriedad demanda que cuando una política sea articulada en un instrumento jurídico, como una ley o un decreto, se respete la fuerza normativa, no política ni retórica, de dicho instrumento y por lo tanto se definan los alcances de los derechos reconocidos y se precise el contenido de las correspondientes obligaciones estatales. La coherencia apunta a que exista concordancia entre, de un lado, lo que “promete” el Estado y, de otro lado, los recursos económicos y la capacidad institucional para cumplir lo prometido, máxime si las promesas se han transformado en normas jurídicas. La coherencia exige que si el Estado crea un derecho prestacional específico por vía de una ley, prevea que debe contar con los recursos para garantizar su goce efectivo y con la capacidad institucional para atender la demanda de servicios generada por la creación de ese derecho específico”. Corte Constitucional, Sentencia T – 025 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda. (las subrayas están fuera del texto original).

proceso de seguimiento posterior en un ejercicio de comprobación de pequeños resultados³⁸³.

Lo anterior, sin tener en cuenta los riesgos que pueden degenerar en peores condiciones para la PSD: (i) la incertidumbre acerca de cuándo se supera el ECI, al no haberse determinado el punto al que se quiere llegar; (ii) la posibilidad de que la responsabilidad de las autoridades se diluya con el paso del tiempo y (iii) la desnaturalización de los derechos sociales como fundamentales, al generalizarse la falsa creencia³⁸⁴ de la imposibilidad de su exigibilidad inmediata dados sus contenidos prestacionales³⁸⁵.

Con la declaratoria del ECI, la Corte marcó una ruptura del paradigma tradicional que sujetaba al juez de tutela al reducido universo de las partes en conflicto. La medida no luce ilegítima porque se trata de un ajuste institucional necesario para desbloquear los canales políticos³⁸⁶.

Sin embargo, el examen posterior a la sentencia no puede presentarse en una escala de blanco o negro rotundos, pues existe un juego de luces y sombras que anuncian un panorama de grises, por no decir, que dejan un sabor agridulce.

³⁸³ “La Corte ha venido analizando si sus decisiones han sido **cumplidas**; sin embargo, dentro de sus competencias, no ha profundizado en el hecho protuberante de que han sido **desobedecidas**”. Dueñas, Óscar. *Desplazamiento Interno Forzado...*, p. 24.

³⁸⁴ La calificamos como falsa por dos razones: (i) las categorías *derecho subjetivo* y *derecho social* no son excluyentes, se trata en ambos casos de posiciones jurídicas a las que el ordenamiento confiere la cualidad de exigibilidad; (ii) el contenido de los derechos sociales no es exclusivamente prestacional, como los llamados civiles y políticos, también implica para el Estado restricciones que no pueden desconocerse so pena de su negación absoluta. Frente al primer motivo: Arango, Rodolfo. *El Concepto de los derechos sociales fundamentales*, Legis - Uniandes, Bogotá, 2005. En cuanto al segundo: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

³⁸⁵ Dueñas, Óscar. *Desplazamiento Interno Forzado...*, p. 50.

³⁸⁶ Los escenarios político y judicial ofrecen mecanismos que aseguran la exigibilidad de derechos y se superponen cuando éstos se reclaman en conflictos cuyo impacto trasciende lo puramente individual. Abramovich, Víctor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 2007, 9, (1), pp. 9-33. Chinchilla, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Temis, Bogotá, 2009., pp. 224 y ss.

2.1.3.1. *Las luces del fallo. El dulce sabor del estado de cosas inconstitucional*

Dentro de los resultados más dulces y prometedores se encontraron, entre otros, tres efectos optimistas³⁸⁷: uno *creador*, que tiene que ver con la creación de un verdadero campo sociojurídico de análisis y discusión sobre las soluciones al problema. Otro de *desbloqueo institucional*, un impacto sobre el aparato institucional que llevó a las autoridades del SNAIPD a comprometer esfuerzos en el diseño e implementación de la política pública o a intensificar el que ya se venía haciendo³⁸⁸; y el *deliberativo*, consistente en la democratización parcial del tema que ha dado audiencia a otras voces en la sociedad civil con fortalezas jurídicas para enriquecer el debate y la búsqueda de soluciones³⁸⁹.

Desde la perspectiva gubernamental, se pensó que el fallo fue suficiente para que el Estado iniciara un proceso de recomposición institucional, así pudo implementar con mayor eficacia la política pública³⁹⁰.

En el conjunto de órdenes impartidas el juez afirmó en cabeza de las autoridades (MinHacienda, DNP, CNAIPD), las obligaciones de: (i) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal, (ii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que correspondía a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional, (iii)

³⁸⁷ Rodríguez, César y Rodríguez, Diana. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá, Dejusticia, 2010.

³⁸⁸ Aunque advierten “[el] tipo de efecto de desbloqueo (...) genera sólo una reacción preliminar del aparato estatal (...) el efecto es duradero sólo en la medida en que promueva procesos de políticas públicas de largo plazo a través de decisiones de seguimiento que involucren actores estatales y no estatales”. RODRÍGUEZ, Diana y otro. Óp. Cit., p. 141.

³⁸⁹ “A pesar de que el caso (...) ha ampliado los espacios de participación para esta población [desplazada] (...) ellos han tendido a ser subutilizados. Ante esta situación, la voz de la sociedad civil que más influencia ha tenido en el proceso ha sido la de las organizaciones académicas y de derechos humanos que tienen conocimiento especializado del lenguaje teórico, jurídico y económico que ha pasado a dominar el caso”. Rodríguez, César y Rodríguez, Diana. *Cortes y cambio social...*, p. 188.

³⁹⁰ SNAIPD. *Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004*. 1 de julio de 2010. Recuperado el 20 de febrero de 2011, de [www.acnur.org: http://www.acnur.org/pais/docs/2813.pdf?view=1](http://www.acnur.org/pais/docs/2813.pdf?view=1)

indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (iv) prever un plan de contingencia para el evento de que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no llegaran en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas.

El fallo sumó a las anteriores el compromiso del Ministerio de Hacienda de realizar los esfuerzos necesarios para garantizar la asignación de recursos que permitiera el goce efectivo de los derechos de la PSD, haciendo los ajustes que considerara procedentes. Ante semejante problemática no podía pensarse en el sostenimiento de una política a largo plazo, financiada con recursos ocasionales como los de cooperación internacional.

Los ejercicios de proyección y esfuerzo presupuestal dieron como resultado un aumento significativo del flujo de recursos para la ejecución de la política pública: de 543.109 millones de pesos entre los años 1999 a 2002, a 2,0 billones entre 2002-2006, y 5,3 billones para los años 2007 a 2010³⁹¹.

2.1.3.2. *Las sombras del fallo. El sabor agrio del estado de cosas inconstitucional*

Un poco más escépticos se mostraron quienes estudiaron el *efecto coordinador* del fallo, relativo a la definición de competencias entre las diferentes autoridades del SNAIPD y su coordinación. Para Héctor Riveros, no se cristalizó una distribución clara de competencias entre el poder central y las entidades territoriales, con lo que la gestión de los intereses locales y su coordinación con los nacionales se tornó confusa. Se diluyeron así la responsabilidad de los funcionarios, todo ello en detrimento del acceso a la protección y atención de las víctimas³⁹².

³⁹¹ SNAIPD. *Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional...*, p. 79.

³⁹² Riveros, Héctor. “La eficacia de los derechos de la población en situación de desplazamiento: un desafío para la aplicación de los principios constitucionales de organización territorial”. En: Rodríguez, César (coordinador). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá, ediciones Uniandes – ACNUR – ASDI, 2010, pp. 261 a 291.

En cuanto a la coordinación entre entidades, Betty Pedraza y Darío Restrepo evidenciaron una profunda deformación del modelo de Estado unitario con autonomía de sus entidades. Mientras que la falta de capacidad financiera e institucional para diseñar una política regional generó aptitudes escasas de interlocución, por una parte, por la otra, la inexistencia de espacios y mecanismos formales para la definición participativa de la política terminó reduciendo a las entidades territoriales a instrumentos del poder central, desconociendo su condición de autoridades políticas y administrativas³⁹³.

Para Pedraza y Restrepo, el esquema de implementación de la política de atención al DEFO “sectorializó” la acción estatal pero no la “territorializó”. Con el uso de las expresiones se refirieron a un ejercicio de implementación vertical de política pública (de abajo hacia arriba), en el que las autoridades del orden nacional se especializaron en algunas actividades específicas y las aplicaron sin tener en cuenta la dimensión territorial del problema³⁹⁴. Lo anterior, conllevó al desincentivo de la iniciativa local y la consecuente insatisfacción de los derechos de la población desplazada³⁹⁵.

Otros vieron con preocupación que la Corte no hubiera hecho un análisis muy serio sobre los efectos correlativos de la implementación de políticas públicas de seguridad y defensa. Johanna Cortés, por ejemplo, encontró que entre la política de seguridad democrática y la de prevención y atención al DEFO, existió una relación estrecha

³⁹³ Pedraza, Betty. Restrepo, Darío. *Las entidades territoriales en la realización de los derechos de la población desplazada. Limitaciones y posibilidades de los entes territoriales frente al estado de cosas inconstitucional*. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento -CODHES-, Bogotá, 2009.

³⁹⁴ La tendencia general de los procesos de política pública del país ha sido la “sectorialidad”. Ignoramos que la mejor forma de gobernar a Colombia está en dosificar las lógicas sectoriales, para abrirle paso a otras territoriales, más horizontales y participativas (*gubernancia del territorio*). Jolly, Jean. Territorialidad y sectorialidad de las políticas públicas. Aspectos analíticos y utilidades normativas de un esquema de análisis de las políticas públicas en el territorio. En: *Ensayos sobre políticas públicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 289-349.

³⁹⁵ “La articulación territorial no se refiere a la coordinación con las autoridades político-administrativas que dirigen el rumbo de departamentos y municipios; parece entenderse como la forma en que cada sector aterriza sus acciones en el territorio (espacio territorial), y la articulación territorial se convierte en lo que ellos, como sector, realizan en los departamentos y municipios. De esa manera no solo se refuerza un esquema sectorial que escapa al ejercicio de la autoridad político-administrativa, connatural de gobernadores y alcaldes, sino que adicionalmente se desdibujan las responsabilidades y se abre un amplio escenario para el paralelismo institucional”. Pedraza, Betty. Restrepo, Darío. *Las entidades territoriales ...*, pp. 11 – 12.

determinada por el aspecto presupuestal: la robusta financiación de la primera fue un pretexto para el estancamiento de la segunda, en detrimento de los derechos fundamentales de la población desplazada³⁹⁶.

Diana Rojas y Adolfo Atehortúa por su parte, encontraron que la política de Consolidación de la Seguridad Democrática careció de la suficiente flexibilidad para responder a los constantes cambios en las condiciones del conflicto. Tampoco tuvo procesos de evaluación objetiva y por ello fue difícil satisfacer plenamente las exigencias de una problemática social estructural como el DEFO³⁹⁷.

Finalmente, la sentencia dejó pendientes las soluciones al sinsabor del subregistro y caracterización de la PSD. A juicio de Juan Carlos Guataquí, la declaración del ECI no resolvió del todo su causa estructural: un esquema institucional en el que una misma autoridad registra y brinda asistencia (Acción Social), incentiva la exclusión de la población del RUPD. El que registra para ofrecer y ofrece, tiende a no registrar para ofrecer menos³⁹⁸.

La declaratoria del ECI no solucionó el problema del DEFO pero impactó la red institucional del Estado. Con esta última manifestación judicial, quedó en evidencia el

³⁹⁶ “(...) los datos obtenidos de la comparación realizada entre el presupuesto de atención a la población desplazada y el presupuesto de defensa, y entre los recursos que en promedio se asignan a un hogar desplazado y a un hogar resinsertado, desvirtúan el argumento del Gobierno sobre la insuficiencia de recursos para lograr la atención integral de esta población”. Cortés, Johanna. *Análisis de la atención a la población desplazada por la violencia desde el punto de vista presupuestal*. Universidad del Rosario, Tesis de grado para optar por el título de Abogado, Bogotá, 2005, p. 144.

³⁹⁷ Atehortúa, Adolfo y Rojas, Diana. “La política de consolidación de la seguridad democrática: balance 2006 – 2008”. En: *Revista Análisis Político*, Número 66, mayo - agosto de 2009. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – IEPRI- Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009., pp. 59 – 80.

³⁹⁸ Guataquí, Juan. “La dimensión del desplazamiento en Colombia: la problemática del sistema de registro y caracterización de la población desplazada”. En: *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* (César Rodríguez coordinador), Ediciones Uniandes – ACNUR - ASDI, Bogotá, 2009, p. 59. Frente a los problemas de la discrecionalidad de las autoridades en la valoración de las declaraciones de la población: Ibáñez, Ana María. *El impacto del desplazamiento forzado en Colombia: condiciones socioeconómicas de la población desplazada, vinculación a los mercados laborales y políticas públicas. Serie Políticas Sociales*. Comisión Económica para América Latina –CEPAL-, Bogotá, 2008.

profundo alcance del desplazamiento sobre las dinámicas históricas, políticas y administrativas del país.

Hemos hecho ya una revisión general del DEFO como fenómeno histórico. Nos queda ahora pendiente un ejercicio similar desde la perspectiva académica: el desplazamiento como objeto de estudio. Como veremos, se trata de una parcela de la realidad muy compleja, que no admite explicaciones aisladas de su textura interdisciplinar.

2.2. El desplazamiento como objeto de estudio. Una urdimbre de enfoques multicolor

El interés de la academia por una lectura más clara y rigurosa del desplazamiento forzado (en adelante DF) se ha ido acentuando paulatinamente desde 1995. La mirada de los analistas, universidades, centros de investigación, organizaciones no gubernamentales, gubernamentales e internacionales, se ha concentrado alrededor de ejercicios descriptivos e interpretativos del fenómeno.

No obstante, tal y como lo anotan María Teresa Uribe y Ana Carolina Ramírez, la prolífica elaboración de explicaciones y metodologías no se ha visto del todo reflejada en acciones políticas ni ciudadanas contundentes que permitan dar un parte satisfactorio de su repercusión sobre las reales dimensiones del problema³⁹⁹.

La asimetría encontrada, entre producción teórica y su impacto, es de por sí un problema que debe sumarse a la interminable lista de los que afligen a PSD. Según Ramírez, su origen está en el desgaste que sufren los argumentos al ser utilizados en un sinnúmero de oportunidades para explicar las causas o posibles soluciones al DEFO. La

³⁹⁹ Uribe, María Teresa y otros. *Desplazamiento Forzado en Antioquia...*, Ramírez, Ana. *Desplazamiento interno forzado en Colombia. Producción académica y política pública*. Documento disponible en internet en: http://www.udenar.edu.co/viceacademica/CICLOS%20PROPED%C9UTICOS/CONVENIO%20ALCALDIA_UDENAR/TALLER%20ASPECTOS%20CURRICULAR/DT%20PROYECTO/desplazamiento%20forzado.pdf Visita del trece (13) de mayo de 2010.

reacción estatal ante tal saturación, ha sido la infravaloración de las razones que ofrece la academia.

El mapa del DEFO ya se ha recorrido tantas veces que sus caminos ya se tornan repetitivos. Necesitamos lecturas diferentes que nos conduzcan hacia regiones más fértiles del conocimiento. Por lo anterior, Ramírez plantea un nuevo reto: buscar “líneas de fuga teórica” para comprender mejor el fenómeno y encontrarle soluciones novedosas y viables.

El desplazamiento forzado (DEFO) en Colombia es un fenómeno complejo. Comprenderlo demanda un esfuerzo por tratar de observarlo desde diferentes perspectivas, porque su heterogeneidad histórica y territorial dificulta cualquier aproximación. Se parece a una madeja con hilos de diferentes colores, que deben ser extendidos con paciencia para construir una urdimbre. El propósito de esta segunda parte es identificar algunos hilos, para luego tejerlos en el siguiente capítulo, de manera que podamos ver en la confección algunas *líneas de fuga teórica*.

Por tratarse de un fenómeno con múltiples aristas, es evidente que su estudio constituye aún uno de los retos más importantes para las ciencias sociales. En un intento por sistematizar los esfuerzos, Uribe y Ramírez han encontrado que los trabajos realizados conforman una visión con varias perspectivas, determinadas por los métodos y contenidos.

Nos parece acertado un acercamiento a ese panorama más general dentro del que se han identificado seis grandes tendencias que trataremos de esbozar a continuación: de orientación cuantitativa (2.1.); con enfoques cualitativos (2.2.); estructurales (2.3.); de impacto existencial y psicológico (2.4.); con enfoques de análisis diferencial (2.5.); los de énfasis jurídico político (2.6.).

La presentación de tales tendencias, por una parte, tiene una pretensión puramente práctica de ubicación, porque está visto que cada estudio constituye una urdimbre de enfoques en donde unos son más visibles que otros, pero casi todos están presentes. Por

otra parte, en el próximo capítulo nos concentraremos en aquellos trabajos con perspectiva preponderantemente jurídica.

2.2.1. *Trabajos con orientación cuantitativa*

Se trata de esfuerzos que buscan la medición de las principales variables del DEFO y el diseño de metodologías que permitan mayor confiabilidad de los datos obtenidos. Algunos aspectos permiten mostrar las tendencias generales del fenómeno: su incremento y expansión territorial, número de desplazamientos individuales y colectivos, periodicidad de las migraciones, territorios de expulsión y recepción, eventos generadores, entre otros. Resultan de gran utilidad a la hora de identificar posibles causas, eventuales impactos, autores responsables, perfiles de las víctimas y principales lugares de refugio⁴⁰⁰.

Pese a la importancia que reviste este tipo de estudios, no puede ignorarse la dificultad que entraña la medición. No siempre ha sido posible un acuerdo en torno a las cifras de población desplazada, pues la metodología utilizada para la recolección de datos, las fuentes de información consultadas, la misma concepción de desplazado o la intencionalidad que se esconde detrás de los números han generado diferencias abismales entre los datos oficiales y los ofrecidos por organizaciones no gubernamentales. Se despiertan así dudas en torno a la confiabilidad de la información⁴⁰¹

Nadie tiene la última palabra sobre las cifras del DEFO. Por ejemplo, para el Departamento Administrativo para la Prosperidad Democrática, el número de PSD a

⁴⁰⁰ Los estudios de Ana María Ibáñez son el mejor ejemplo de este tipo de enfoques. Al respecto: Ibáñez, Ana María. *El impacto del desplazamiento forzoso en Colombia: condiciones socioeconómicas de la población desplazada, vinculación a los mercados laborales y políticas públicas. Serie Políticas Sociales*. Bogotá, Comisión Económica para América Latina –CEPAL–, 2008. Ibáñez, Ana María. *El desplazamiento forzoso en Colombia. Un camino sin retorno hacia la pobreza*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2009.

⁴⁰¹ Guataquí, Juan. “La dimensión del desplazamiento en Colombia: la problemática del sistema de registro y caracterización de la población desplazada”. En: *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* (César Rodríguez coordinador), Ediciones Uniandes – ACNUR - ASDI, Bogotá, 2009, pp. 39 – 71.

diciembre de 2010 era de 3'486.305 (no han publicado datos posteriores)⁴⁰². Pero según CODHES, la cifra ascendía a 5'186.260 en el mismo año⁴⁰³. Sin embargo, para finales de 2011, ACNUR reportó 3.888.309⁴⁰⁴.

Si bien no se puede prescindir de un enfoque cuantitativo en el abordaje del fenómeno, tampoco deben entenderse las cifras como su único elemento explicativo, pues son otras las variables que le dan el tinte de gravedad que ostenta hoy.

2.2.2. Enfoques cualitativos

Desde esta perspectiva se recoge directamente la memoria de las víctimas a partir del relato de historias de vida, tradiciones orales y testimonios. Su valor es incuestionable, en cuanto permiten la reconstrucción del universo cotidiano del desplazado, así como su lectura del fenómeno. Sin embargo, si no se sistematizan los relatos, existe el riesgo de que ese gran cúmulo de material se quede en una simple relación anecdótica de experiencias. El trabajo podría formar parte de una denuncia del fenómeno pero no de su conocimiento⁴⁰⁵.

Algunos han guardado la precaución atrás anotada y se han empeñado en extraer del relato elementos para una interpretación más clara de las condiciones del DEFO. Nos referimos, a manera de ejemplo, al interesante trabajo de la profesora Donny Meertens sobre las viudas y campesinas desplazadas en el departamento de Córdoba. A partir de la

⁴⁰² Las cifras están disponibles en: <http://www.dps.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=295&conID=556&pagID=838>

⁴⁰³ Según el Boletín No. 79, la PSD para diciembre de 2011 era de 5.445.406. Si descontamos los eventos de desplazamiento registrados en ese mismo año (259.146) tenemos entonces los dígitos para diciembre de 2010. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES-, *Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisibilizada*, CODHES INFORMA. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 79 - Bogotá, Quito, Marzo de 2012, Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/CODHES_Informa_79_Desplazamiento_creciente_y_crisis_humanitaria_invisibilizada_Marzo_2012.pdf?view=1. Visita del 14 de febrero de 2013.

⁴⁰⁴ <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas/tablas/?L=csuxwvemen> Visita del 14 de febrero de 2013.

⁴⁰⁵ Uribe, María Teresa y otros. *Desplazamiento Forzado en Antioquia...*, p. 52.

narración de sus historias, llegó a la conclusión de que las experiencias organizativas previas determinan mejores posibilidades de reconstrucción del proyecto de vida y de las redes sociales perdidas con el desplazamiento⁴⁰⁶.

2.2.3. Enfoques estructurales

Intentan explicar el DEFO como un derivado natural del conflicto armado. Comparten la preocupación por averiguar las causas del fenómeno y coinciden al identificar la guerra como la “gran causa⁴⁰⁷” (primaria, genérica, original, suficiente). Al respecto, se han identificado dos grandes vertientes. La primera, aboga por una explicación del desplazamiento como consecuencia directa de la dinámica del conflicto. La segunda, conserva como referente general a la guerra, pero ofrece otras explicaciones al éxodo.

Desde la primera vertiente, las personas migran porque huyen del alcance militar de los actores armados. Subyace, en estos trabajos, la premisa del DEFO y el terrorismo como elemento estratégico crucial que permite el control territorial y el ataque al enemigo desde sus bases civiles de apoyo⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ “A pesar de los traumas, la pobreza, la falta de espacio para vivir el duelo, aún para las viudas se han presentado algunas nuevas posibilidades de desarrollo personal. Estas posibilidades han surgido con mucha más fuerza en el caso de aquellas mujeres campesinas que ya tenían una historia de liderazgo. Sin embargo, su nuevo papel de liderazgo (...) ha tenido algunos costos. En lo público (...) las han puesto cada vez más en la mira de los actores armados (...) en lo personal (...) la dificultad de encontrar un hombre que tolere una mujer líder a su lado y comparta la vida con ella”. Meertens, Donny. Entre la vulnerabilidad y la reconstrucción: mujeres desplazadas en la costa Caribe colombiana. En: *Violencias y estrategias colectivas en la región andina. Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela*, Bogotá, Norma, 2004, p. 625.

⁴⁰⁷ Uribe, María. *Desplazamiento Forzado en Antioquia...*, p. 44.

⁴⁰⁸ A título de ejemplo, porque la lista es interminable, algunos de los que encuentran que el DEFO es la consecuencia inevitable de la degradación de la guerra: Lair, Eric. El Terror, recurso estratégico de los actores armados. En: *Guerra en Colombia: Actores Armados*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales –IEPRI-. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004, pp. 131 – 161.; Reyes, Alejandro. *Guerreros y campesinos*, Bogotá, Norma, 2009; Zuluaga, Jaime. La guerra interna y el desplazamiento forzado. En: Bello, Martha y otros. *Desplazamiento forzado. Dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo*. Bogotá, Agencia de la ONU para los refugiados –ACNUR- Universidad Nacional de Colombia, primera edición, 2004, pp. 31 – 47.

En la segunda vertiente el éxodo tiene lugar por razones de tipo socioeconómico, como la presión por la tierra, expansión del latifundio, construcción de obras de infraestructura o localización estratégica de megaproyectos estatales. El conflicto resulta ser un instrumento para lograr cometidos lucrativos⁴⁰⁹.

Aunque se muestra pertinente, el enfoque estructural puede llevarnos a algunas imprecisiones. Por un lado, no se puede establecer una relación *guerra – desplazamiento* tan simple como la pretendida en la primera vertiente. El vínculo se torna complejo si se miran de cerca las texturas heterogéneas de cada uno de estos fenómenos pues dejan de ser equivalentes: los movimientos más dramáticos de población no siempre se dan en los territorios más golpeados por el conflicto⁴¹⁰. Por otro lado, la simple enunciación de intereses sociales o económicos como causas del fenómeno puede proyectar una imagen fraccionada del mismo, que podría dar lugar al ocultamiento de responsabilidades de actores institucionales⁴¹¹.

2.2.4. Trabajos de impacto existencial y psicológico

Ponen de presente el drama que la migración forzada significa para sus protagonistas. Resaltan los traumas e impactos de orden síquico a que están abocados. Se centran en el estudio de los sentimientos de soledad y tristeza que genera el desplazamiento, sumado a la pérdida de identidad y cohesión familiar.

⁴⁰⁹ Bello, Martha. El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación de capital y exclusión social. En: Bello, Martha y otros. *Desplazamiento forzado. Dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo*. Bogotá, Agencia de la ONU para los refugiados –ACNUR- Universidad Nacional de Colombia, primera edición, 2004, pp. 19 – 30.

⁴¹⁰ “(...) conflictos particularmente agudos no tienen un equivalente inmediato en la magnitud del desplazamiento, en su carácter permanente o transitorio; masivo o aluvial y por el contrario, zonas donde el conflicto es más moderado o eventual, pueden presentar éxodos masivos y huidas definitivas”. Uribe, María. *Desplazamiento forzado en Antioquia...*, p. 44.

⁴¹¹ “(...) la relación entre actores armados y desarmados; causas políticas y económicas, también puede quedar opacada cuando se asume un menú tan amplio y tan desagregado de posibles causas que se enmascare el sentido de los éxodos forzados así como la posibilidad de prevenirlos o de darles soluciones realistas”. *Ibidem...*, p. 46.

Aunque se reconoce el aporte significativo en la construcción de un panorama integral del fenómeno, algunos encuentran que estos trabajos pueden contribuir, sin proponérselo, a proyectar una imagen del desplazado como un ser derrotado, necesitado de asistencia y dirección, incapaz de tomar decisiones por sí solo, dada su confusión mental⁴¹².

Para evitar una imagen opaca del desplazado, sugieren reorientar el análisis hacia los potenciales psicológicos y espirituales que poseen los afectados para reconstruir su vida en medio de las dificultades. Atendiendo la observación, algunos estudios han verificado el potencial existente en el acompañamiento psicosocial como elemento dinamizador de una nueva actoría social del desplazado.

Por solo citar un ejemplo, traemos a colación el estudio emprendido por la profesora Claudia Tovar, frente a las posibilidades que abre el acompañamiento psicosocial para la potenciación del desplazado como sujeto político. En líneas muy gruesas, dicho acompañamiento constituye un catalizador en el proceso de reconfiguración de la subjetividad que enfrenta la víctima del DEFO. Permite reorientar la consciencia del sometimiento (que se construye previo el desplazamiento) hacia la autonomía individual y la búsqueda de participación en espacios de encuentro y acción comunitaria⁴¹³.

2.2.5. *Enfoques con análisis diferencial*

⁴¹² Ibídem..., p. 47 – 48.

⁴¹³Tovar, Claudia. *Desplazamiento forzado y acompañamiento psicosocial: a propósito de la emergencia de nuevos actores políticos*. Publicado en: Revista Sparta No. 5 enero – abril de 2006, pp. 147 – 162., Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en internet en: http://sparta.javeriana.edu.co/psicologia/publicaciones/actualizarrevista/archivos/V5N111desplazamiento_forzado_.pdf. Visitada el quince (15) de diciembre de 2009.

Analizan los impactos del DEFO teniendo en cuenta ciertos rasgos de la población. Parten de una premisa común: el desplazamiento no es el mismo para todas sus víctimas, pues existen circunstancias que determinan un impacto diferente. La importancia de este enfoque radica en la orientación que brindan en el diseño de políticas públicas pertinentes. Se destacan tres centros de atención: género, edad y etnia.

Algunos sitúan el *género* como categoría de análisis que permite comprender mejor los diferentes impactos del DEFO sobre hombres y mujeres. En su gran mayoría, afirman la importancia del rol femenino en el escenario del éxodo, y rescatan su potencial como eje central en la construcción de una identidad posterior al mismo, trascendiendo la visión del desplazado derrotado⁴¹⁴. Dada su especial condición de víctima, pues se trata de seres humanos con mayor propensión a sufrir los efectos del conflicto a largo plazo⁴¹⁵, se coincide en el reclamo al Estado de mayores esfuerzos para el restablecimiento de sus derechos⁴¹⁶.

⁴¹⁴ “(...) para algunas mujeres campesinas, el desplazamiento forzado fue un desencadenante que les permitió (u obligó, como estrategia de sobrevivencia) hacer rupturas y recomposiciones profundas no sólo en sus modelos y estilos de vida; también tuvieron que transformar sus relaciones, el papel, rol y función social que antes cumplían como mujeres, como esposas y como madres”. Restrepo, Ofelia. *Elementos para el análisis del desplazamiento forzado en Colombia*, p. 39. Disponible en internet en: http://www.migracionesforzadas.org/pdf/RMF12/RMF12_38.pdf. Visitada el dieciocho (18) de mayo de 2010.

⁴¹⁵ Están expuestas al uso de la violencia sexual como práctica de control territorial, además de la intrafamiliar que se exacerba con el desarraigo, sumado a la mayor propensión al despojo debido a la relación indirecta e informal que sostienen frente a la propiedad rural. MEERTENS, Donny. La tierra, el despojo y la reparación: justicia de género para mujeres víctimas en Colombia. En: *¿Justicia Desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*, Bogotá, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer –UNIFEM–, 2009, pp. 197 - 225. Disponible en internet en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=738. Visitada el seis (6) de abril de 2010.

⁴¹⁶ “La grave situación de derechos a la que se ven enfrentadas las personas víctimas de desplazamiento forzado interno y, en particular, las mujeres en el reconocimiento y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, hacen necesario que la sociedad, la familia y principalmente el Estado, asuman su responsabilidad en la garantía de este grupo de derechos. El desplazamiento es un delito que obliga al Estado colombiano al restablecimiento de los derechos de las víctimas, pues se hace recaer en ellas la responsabilidad del sostenimiento económico y afectivo de la familia” HURTADO, María. El análisis de género del desplazamiento forzado. En: *¿Justicia Desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*, Bogotá, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer –UNIFEM–, 2009, p. 266. Disponible en internet en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=738. Visitada el seis (6) de abril de 2010.

Otros estudios, destacan la importancia de una *mirada generacional* del DEFO. Se considera que el impacto que éste tiene varía de acuerdo con la edad de sus víctimas, pues constituye una condición determinante a la hora de enfrentar las vicisitudes del éxodo. Los niños, por ejemplo, resultan ser los más propensos a sufrir las inclemencias del mercado laboral, pues la circunstancia de vida los lleva a abandonar la escuela para asumir roles de adulto en condiciones de debilidad económica⁴¹⁷.

La pertenencia a una etnia o minoría también representa un factor importante de diferenciación que en la mayoría de los casos agrava los efectos del desplazamiento. Por ejemplo, el impacto del DEFO es más fuerte en las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello amerita un diseño de políticas públicas que tenga en cuenta el carácter colectivo y las formas tradicionales de uso del territorio.

En el caso particular de los indígenas y afrodescendientes obran circunstancias históricas, económicas y políticas diferentes, frente al universo de víctimas del DEFO: (i) la exclusión estructural, que los coloca en una situación de mayor vulnerabilidad, (ii) la existencia de procesos mineros y agrícolas, que favorecen el despojo de territorios ancestrales y (iii) la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos, estimulan la presencia de actores armados que conminan al abandono y desdibujan la identidad colectiva⁴¹⁸.

⁴¹⁷Ramírez, Ana. Ramírez, Ana. *Desplazamiento interno forzado en Colombia...*, p. 24.

⁴¹⁸ Rodríguez, César. Alfonso, Tatiana. Cavelier, Isabel. *El desplazamiento afro. Tierra, violencia y derechos de las comunidades negras en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2009. Rodríguez, César. Orduz, Natalia. Rubiano, Sebastián. Boada, Sebastián. Arias, Felipe. *Pueblos indígenas y desplazamiento forzado. Evaluación del cumplimiento del Gobierno colombiano del auto 004 de la Corte Constitucional colombiana*, Universidad de Los Andes, 2010. Disponible en: <http://www.justiciaglobal.info/docs/fa2.pdf> Visita del 01 de marzo de 2013.

Corresponde al campo dentro del cual pretendemos desarrollar nuestro estudio. Desde esta perspectiva, el DEFO se define y clasifica a partir de categorías jurídico legales. Éstas permiten identificar las violaciones sistemáticas de derechos humanos y las condiciones de exigibilidad de los mismos en el marco del éxodo.

Los trabajos explican el fenómeno haciendo uso de metodologías que van desde la presentación y divulgación de panoramas jurídicos generales, hasta la discusión y debate de textos normativos. Dentro de este segundo uso se encuentran estudios relacionados con la evaluación de la política pública y aquellos que intentan establecer vacíos jurídicos, responsabilidades y obligaciones⁴¹⁹. El principal reparo frente a este conjunto de estudios es que tienden a generalizar sus conclusiones, y olvidan la naturaleza regional e histórica del problema⁴²⁰.

2.3. A manera de recapitulación y conclusión

Comenzamos este capítulo con la promesa de conocer mejor al comensal de nuestra mesa. En aras de ser fieles a la palabra, abordamos el DEFO desde dos perspectivas, una histórica-institucional y otra académica. Al final del ejercicio podemos afirmar que se trata de un convidado a la mesa extraño y difícil de satisfacer. Extraño, ya que siempre estará sentado esperando en los manteles, difícil, porque no se puede saciar con una sola receta. ¿No es acaso molesto un comensal insufrible que nunca se quiera levantar de la mesa?

El DEFO es un comensal extraño. Tiene un alto impacto sobre las instituciones del Estado y ello se debe a que es un flagelo enquistado en la sociedad desde sus orígenes. En

⁴¹⁹ Un buen ejemplo del primer estilo metodológico se puede encontrar en el trabajo de Óscar Álvarez, quien aborda el fenómeno desde categorías generales como el Estado Social de Derecho: Álvarez, Óscar. *Estado social de derecho, Corte Constitucional y desplazamiento forzado en Colombia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008. Los documentos de la Comisión de Seguimiento al proceso de política pública resultan bien ilustrativos de la segunda metodología.

⁴²⁰ Uribe, María. *Desplazamiento forzado en Antioquia...*, p. 45.

otras palabras, siempre hará parte de la agenda de problemas por resolver por su textura histórica y territorial. Depende de dinámicas tan complejas como el conflicto armado o la desigual distribución de la tierra y la riqueza. Los ejes del tiempo y del espacio lo convierten en una constante histórica.

El DEFO es un comensal difícil. Se trata de una realidad compleja que debe ser estudiada con algo más que dos ojos abiertos. Como objeto de estudio, admite soluciones que respondan a su naturaleza: interdisciplinarias. Es imposible resolverlo desde una sola arista. Como se dijo atrás, la sobreabundancia de argumentos y explicaciones puestas sobre la mesa ha redundado en una especie de desvalorización de los mismos, en detrimento de su impacto sobre el diseño de políticas públicas.

Ahora que conocemos un poco mejor al comensal, nos animamos a continuar el camino. Sabemos que no se levantará de la mesa, por insatisfecho que esté, y que tampoco se contentará con cualquier receta. Es decir, se trata de una problemática compleja que no se resuelve ignorándola, ni con herramientas conceptuales tradicionales. Por eso, hemos encontrado los mejores motivos para iniciar un nuevo viaje hacia la exploración de la receta tradicional de la REPE.

Nuestro propósito es averiguar si las herramientas conceptuales del paradigma tradicional de la REPE funcionan frente al DEFO. Es por eso que en el próximo capítulo intentaremos poner a prueba la receta haciendo uso de la urdimbre que delineamos atrás. Su construcción no puede quedarse colgada en las bibliotecas. Se necesita todavía un esfuerzo mayor para llevarla a las calles y cubrir con ella las angustias de la PSD. Tenemos el reto de identificar *líneas de fuga teórica* que permitan pensar en soluciones más adecuadas al desplazamiento.

3. PRIMERA EXPLORACIÓN CONCEPTUAL DEL PARADIGMA: LAS LÍNEAS DE FUGA TEÓRICA.

Las preferencias del comensal

Iniciamos esta aventura averiguando la receta original de la responsabilidad estatal. Luego, pensamos en el comensal y quisimos explorarlo mejor para saber si nos correspondía dejarlo sin merienda o tratar de complacerlo. Encontramos entonces que por su naturaleza, era mejor lo segundo que lo primero. Debemos ahora intentar ajustar la fórmula culinaria para que no se quede corta ante semejante paladar.

Al identificar los elementos del paradigma de la REPE nos asaltó la duda, ¿resultaban suficientes para explicar y resolver una realidad tan compleja como la del desplazamiento? Ante la sospecha de que se trataba de una *anomalía*, decidimos revisar con algún detenimiento el fenómeno y llegamos a dos conclusiones: la primera, que no podíamos posponer las soluciones, la segunda, que era necesario intentar asumir el reto con los elementos brindados por el paradigma tradicional.

Si se nos permite la traducción al lenguaje de Tomás Kuhn, hemos llegado a tomar *consciencia de la anomalía*, pero aún estamos lejos de un *cambio de paradigma*. Para que ello ocurra, es necesario que la “sospecha” de anomalía se convierta en una “convicción”. Debemos cerciorarnos del corto alcance que tiene el paradigma de la REPE ante el desplazamiento forzado. En otras palabras, todavía persiste la pregunta: ¿estamos frente a una *anomalía*? ¿Es suficiente el andamiaje de conceptos, creencias y valores de la REPE para explicar y resolver la realidad del DEFO?

Contestar la pregunta implica un ejercicio de *exploración conceptual*. Para Kuhn, se trata de reconocer gradualmente la anomalía al contrastar los conceptos del paradigma (generalizaciones simbólicas de la REPE), con las exigencias de la realidad concreta que se pretende resolver (desplazamiento forzado), para luego evidenciar el contraste en los *ejemplares*⁴²¹.

Para continuar, debemos aclarar dos puntos. El primero es que los ejemplares son aquellas soluciones a problemas de la realidad, que terminan siendo aplicaciones concretas del paradigma⁴²². El segundo, es que las exigencias de la realidad concreta abren *líneas de fuga teórica*, que son en últimas pistas para pensar en soluciones más adecuadas al problema. Por eso creemos que las exigencias se ven representadas en estas *líneas*, y esa será la denominación que tendrán en el capítulo⁴²³.

Si volvemos a la imagen culinaria, la *exploración* sería como poner sobre la mesa los ingredientes y preguntar al comensal acerca de sus preferencias por alguno de ellos. Servirlos luego en el plato, ofrecérselos y esperar su reacción después del primer bocado.

En este punto, el profesor Kuhn nos susurra al oído la metodología para cumplir la tarea que nos hemos propuesto. Con la precisión inicial de conceptos del paradigma tradicional de la REPE (daño, imputación, reparación), buscaremos dentro de la urdimbre teórica del capítulo segundo aquellas exigencias de la realidad del desplazamiento (*líneas de fuga teórica*), para luego evidenciar si se tuvieron en cuenta en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado.

⁴²¹ Kuhn, Thomas. *Estructura de las revoluciones...*, p. 118.

⁴²² Kuhn, Thomas. *Segundos pensamientos sobre paradigmas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pp. 23 - 45; Kuhn, Thomas. *Estructura de las revoluciones...*, p. 162.

⁴²³ La expresión ejemplar se la debemos al profesor Kuhn, pero la expresión líneas de fuga teórica, al profesor Habermas. Ramírez, Ana. *Desplazamiento interno forzado en Colombia. Producción académica y política pública*. Documento disponible en internet en: http://www.udenar.edu.co/viceacademica/CICLOS%20PROPED%C9UTICOS/CONVENIO%20ALCALDIA_UDENAR/TALLER%20ASPECTOS%20CURRICULAR/DT%20PROYECTO/desplazamiento%20forzado.pdf. Visitada el trece (13) de mayo de 2010.

Concretamente, cuatro fallos proferidos entre 2007 y 2010, en los que se definió la responsabilidad del Estado por daños ocasionados por el desplazamiento forzado.

La exploración de las líneas de fuga será nuestro objetivo en este capítulo. Nos ocuparemos en el próximo de la revisión de los ejemplares ofrecidos por el Consejo de Estado.

Antes de continuar, debemos hacer dos precisiones metodológicas. La primera es que la tarea de *exploración* se hace con los conceptos del paradigma, no con las creencias ni los valores, por dos razones: por una parte, porque son los elementos más precisos y menos discutidos de la matriz disciplinar. Por la otra, porque se trata de los parámetros más visibles que permiten hacer contraste con la realidad y verificar el poder explicativo del paradigma.

La segunda precisión tiene que ver con los ejemplares escogidos para contrastar. La jurisprudencia juega un rol importante en la exploración de la anomalía, porque es la manifestación más completa y concreta del paradigma. En los casos judiciales se ponen en acción todas las redes conceptuales, creencias y valores de la matriz disciplinar. Además, constituyen escenarios con límites personales, temporales y espaciales suficientes para evidenciar el grado de realización de los objetivos del paradigma⁴²⁴.

3.1. Exploración conceptual del daño. Un concepto incompleto a la luz de una teoría tridimensional de la justicia

Para presentar las *líneas de fuga teórica* (exigencias) de la urdimbre de enfoques, es necesario tomar distancia del paradigma y elevarnos a las alturas de la justicia. En esta

⁴²⁴ Lo que no necesariamente ocurre con los escenarios de reparación administrativa en los que se prescinde de algunos conceptos como el de la imputación (se puede conceder reparación sin necesidad de imputar el daño), o se pasan por alto diferencias importantes a la hora de definir el alcance de la reparación, como la edad, género o identidad étnica de las víctimas.

sección haremos un viaje de regreso a los valores, para luego aterrizar en nuevas perspectivas del daño, que posteriormente buscaremos en las sentencias del Consejo de Estado.

El desplazamiento nos plantea preguntas difíciles, que a veces se tornan repetitivas: ¿Qué es la justicia? ¿Para quién es la justicia? ¿Quién está obligado a ella? Buena parte de las teorías sociales se han construido para responderlas, pero no ha sido posible una sola respuesta. Para poder identificar las líneas de fuga teórica de la academia debemos rompernos la cabeza con este asunto nuevamente.

En el primer capítulo pensamos en la justicia como uno de los valores del paradigma tradicional de la REPE. En aquella oportunidad, vimos en tan preciado valor un mandato de distribución de cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad, de acuerdo con su participación en la construcción del bien común, o en la generación de un daño que distorsione el primer reparto⁴²⁵. Sin embargo, esta vez debemos volver a intentar ver otros rostros en la nube.

Algunos intentos para definir la justicia la han conectado con la palabra “redistribución”. Como si se tratara de un asunto de raigambre económica, aseguran que el problema de la injusticia radica en el desigual reparto de recursos entre los integrantes de una sociedad. A esta última la conciben fragmentada por clases de acuerdo con una división del trabajo establecida por quienes la dominan. El propósito entonces debe ser cambiar dichas estructuras económicas desiguales a través de la destrucción de las diferencias⁴²⁶.

Otros, se han preocupado más por la arista cultural. Han propuesto a la justicia como un asunto de “reconocimiento”. Existe injusticia cuando las sociedades crean imágenes de

⁴²⁵ Molina, Fernando. Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad). En: *La responsabilidad en el Derecho*. Pantaleón, Fernando (coordinador). Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000), Universidad Autónoma e Madrid, Madrid, 2001, pp. 57-137.

⁴²⁶ Las tesis del marxismo y del utilitarismo son dignas representantes de esta perspectiva de la justicia como redistribución. Sen, Amartya. *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*. Lamprea, Everaldo (Traductor). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. Fraser, Nancy. La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento, participación. En: *Estudios Ocasionales CIJUS. Cátedra Ciro Angarita Barón*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pp. 9-29.

sí mismas en las que no caben algunas colectividades como los indígenas o los homosexuales. El desconocimiento de la identidad de algunos miembros de la sociedad, obliga a quienes buscan la justicia a rescatar las diferencias en lugar de destruirlas⁴²⁷.

Las anteriores posturas retratan una imagen de la justicia en primera dimensión. La clase obrera y la comunidad étnica u homosexual se muestran como los principales ejemplos de cada una. Sin embargo, tanto en la una como en la otra las injusticias alcanzan niveles complejos. La clase obrera padece de la falta de reconocimiento por parte del burgués que la desprecia, y las minorías étnicas y sexuales se ven enfrentadas a graves carencias de recursos vitales como el territorio o el trabajo.

Por estas razones, la profesora Nancy Fraser planteó, en principio, la necesidad de pensar la justicia como un asunto de redistribución y reconocimiento. Una teoría en dos dimensiones, que equilibrara lo económico con lo cultural: existe justicia cuando es posible formar acuerdos en una sociedad en la que todos sus miembros interactúen unos con otros, como seres realmente iguales. Para que tal *paridad de participación* sea posible, es necesario que la comunidad cuente con los recursos materiales suficientes para tener una voz independiente (*condición objetiva previa*), y con patrones culturales que aseguren el respeto a todos los participantes, el derecho a construir su propia identidad en condiciones de igualdad de oportunidades (*condición previa intersubjetiva*). Bajo esta perspectiva bidimensional, la justicia es un asunto de distribución pero también de reconocimiento⁴²⁸.

Para la profesora Nancy Fraser, es posible una definición de la justicia en tercera dimensión, como un asunto de *distribución, reconocimiento y representación*⁴²⁹. Es difícil imaginar que los acuerdos se den en un plano de igualdad, si no tenemos claro *quiénes* ni *cómo* pueden intervenir en la discusión. Los esfuerzos de redistribución y reconocimiento

⁴²⁷ Las luchas de comunidades étnicas y LGBT se enmarcan dentro de esta segunda perspectiva. Fraser, Nancy. La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento, participación...,

⁴²⁸ Fraser, Nancy. La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento, participación..., En el mismo sentido: Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo (traductoras), Siglo del Hombre, Bogotá, 1997, pp. 3-53.

⁴²⁹ Fraser, Nancy. *Escalas de justicia*. Antoni Martínez Rui (traductor), Herder, Barcelona, 2008, p. 15-64.

pueden ser estériles si negamos a algunos la posibilidad de participar en igualdad de condiciones. Es por eso necesaria la tercera dimensión de la justicia: la *representación*.

En estos términos, existe injusticia cuando las reglas de la sociedad niegan a algunas colectividades la voz para intervenir, en igualdad de condiciones, en la construcción de los acuerdos. Es por eso necesario diseñar reglas que incluyan a todos los miembros de la sociedad y permitan una discusión transparente. La pregunta ahora es ¿Quiénes son los llamados a discusión? Y la respuesta que ofrece la profesora Fraser es, todos aquellos que se puedan ver afectados en sus vidas con las instituciones, reglas o prácticas que constituyan la fuente de la injusticia, sin importar que sean o no nacionales de un Estado concreto⁴³⁰.

En resumen, la propuesta de la justicia tridimensional de Nancy Fraser recoge buena parte de los aportes previos hechos a la teoría de la justicia desde la economía, la cultura y la política. Nos sirve para ampliar el horizonte, porque ahora podemos explicar las injusticias como un fenómeno más complejo que la mera distribución desigual de recursos.

Una vez revisadas las caras de la justicia, podemos pensar en la población en situación de desplazamiento (PSD) como víctima de una injusticia tridimensional. Si tenemos en cuenta las características que acompañan al desarraigo que enfrentan, no resulta difícil imaginar que se trata de una colectividad golpeada por la mala distribución de recursos materiales, la falta de reconocimiento y de representación.

En primer lugar, para nadie es un misterio que el desplazamiento forzado deja una secuela económica trascendental para sus víctimas. Activos como la tierra y la vivienda, constituyen mermas importantes para un hogar desplazado que difícilmente se recuperan⁴³¹. Se trata entonces de una colectividad económicamente muy vulnerable antes

⁴³⁰ El vínculo con un territorio ya no puede ser el criterio definitivo para impartir justicia. Si así fuera, millones de seres humanos desarraigados de sus estados quedarían condenados a soportar las inclemencias de los conflictos o de los imperios económicos transnacionales. El criterio de justicia, en un escenario “postwesfaliano”, debe ser el de vinculación con las fuentes de la injusticia (*coimbricación*). Fraser, Nancy. *Escalas de justicia*. Antoni Martínez Rui (traductor), Herder, Barcelona, 2008, p. 60-64.

⁴³¹ “la pérdida de activos físicos, sin contabilizar tierras, es alrededor de \$9,6 millones de pesos (cerca de US\$ 5.000) por hogar desplazado, y la recuperación de activos es mínima, alrededor de los \$100 mil pesos (cerca de US\$ 50) por hogar. Las pérdidas (...) son significativas y dada la naturaleza del desplazamiento, la recuperación del estatus económico que tenían antes del desplazamiento es difícil”. IBÁÑEZ, Ana María. *El impacto del desplazamiento forzoso en Colombia: condiciones socioeconómicas de la población desplazada, vinculación*

y después del despojo. A lo anterior debe sumarse la poca disposición que tienen las autoridades para asignar recursos que la fortalezcan⁴³².

En segundo lugar, la falta de reconocimiento se evidenció en el tratamiento que dieron a las víctimas del DEFO con las primeras medidas de política pública. No se trataba de los desposeídos del conflicto, sino de un grupo de ciudadanos afectados por una catástrofe temporal y pasajera, que no merecía un trato diferente al de los damnificados por desastres naturales. Las normas que abrieron paso a programas de atención humanitaria se sujetaron a los criterios del Sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres. Olvidaron que el DEFO, a diferencia de las catástrofes naturales, constituye una de carácter humanitario y permanente, que no despierta la misma solidaridad de la sociedad civil⁴³³. A lo anterior debe sumarse que antes de la declaratoria del ECI fueron escasos los esfuerzos por construir soluciones con enfoque diferencial.

Finalmente, la falta de representación es un problema que persiste. A pesar de que algunas sentencias despertaron el diálogo entre las instituciones encargadas de la política

a los mercados laborales y políticas públicas. Serie Políticas Sociales. Bogotá, Comisión Económica para América Latina –CEPAL–, 2008, p. 19.

⁴³² Por solo poner un ejemplo, observemos rápidamente los cálculos operados en el CONPES para definir el costo total de la política de reparación de víctimas del conflicto: 54,9 billones de pesos (para ejecutar gasto durante los 10 años siguientes a la expedición de la ley 1448 de 2011). Ahora veamos el cálculo hecho por la Comisión de Seguimiento para determinar el costo total de los daños patrimoniales de las víctimas del DF: 79,7 billones (para el año 2011). No es difícil concluir que la primera cifra es irrisoria, producto de una cuenta presurosa, que deja ver más preocupación por la sostenibilidad fiscal de la reparación que por su impacto mismo sobre la realidad económica de las víctimas. Al respecto, pueden consultarse los procedimientos de cada uno de los cálculos en: República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, *Documento CONPES 3712: Plan de Financiación para la sostenibilidad de la ley 1448*, Bogotá, 1 de diciembre de 2011, Disponible en: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=tbxvV6M0DGg%3D&tabid=1080> Visita del 31 de agosto de 2012. Comisión de Seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reconocer y resarcir debidamente los daños y perjuicios*, volumen 10, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado –CODHES–, Bogotá, 2011, pp. 111-168.

⁴³³ Dentro de la estrategia de atención inmediata, el gobierno nacional proyectó el diseño de un Programa de Asistencia Especial de Emergencia que sería financiado y ejecutado por las autoridades del Sistema nacional de Prevención y Atención de Desastres. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Departamento Nacional de Planeación, *Documento CONPES 2804. Ministerio del Interior – Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, DNP: UJS – DEGAI “Programa Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia”* (13 de septiembre de 1995). Disponible en internet: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Biblioteca/Catalogoenl%C3%ADnea/tabid/523/Default.aspx>. Visitada el 4 de junio de 2010.

pública, las víctimas del desplazamiento han tenido un papel secundario en aquellas discusiones. Las dificultades logísticas para convocar a una población tan fragmentada, el lenguaje excesivamente técnico o las amenazas impunes de los victimarios, son algunas de las razones por las que la voz del desplazado tiene poco eco en el concierto institucional⁴³⁴.

Es necesario buscar en el derecho de la REPE una respuesta más amplia que permita conjurar esta injusticia tridimensional. Por eso, para los profesores Esteban Restrepo y David Suárez, el daño debe ser visto desde una perspectiva más amplia. Según Restrepo, el derecho de daños actual opera conforme a una visión recortada del desplazado, pues ignora que la verdadera naturaleza de la lesión infligida es de orden político, y que sus dimensiones económica, síquica y social –sobre las que se hace énfasis actualmente– son derivaciones de ésta. El daño para la PSD es un evento con bastantes aristas, ello amerita un esfuerzo creativo de los jueces por alcanzar una reparación integral de las víctimas⁴³⁵.

Para el profesor David Suárez, la definición jurídica del daño moral le hace poco honor a su nombre. A su juicio, se trata de un término ideado para señalar aquellos perjuicios que recaen sobre intereses distintos a los que tienen representación económica (lo extrapatrimonial). Se ignora que las víctimas del desplazamiento se enfrentan a la destrucción de aquellos sistemas de valores construidos en colectividades pequeñas como el barrio, la escuela o el pueblo. Y que son torturados “éticamente” al imponerles sistemas de valores en los que no participan, destruyendo así su proyecto de vida. Esta

⁴³⁴ Las medidas adoptadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-025, por ejemplo, no han facilitado mucho la deliberación democrática con las víctimas, sino que la han reemplazado. Ahora, son los expertos quienes se pronuncian, y apenas vuelven sus ojos sobre este grupo de colombianos para comprobar sus tesis o reforzar sugerencias. Rodríguez, César. Rodríguez, Diana. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2010, pp. 171-188.

⁴³⁵ Para el profesor Restrepo ya comienzan a soplar mejores vientos en este sentido. En el caso de las condenas impartidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se destaca, entre otras cosas, su carácter contextual, la precaución del desarrollo gradual de los esquemas de reparación, el intento de reparar y simultáneamente reconstruir el tejido social, además de la apuesta por métodos de reparación que fortalecen la democracia y la participación ciudadana. De las proferidas por el Consejo de Estado, rescata la preocupación por construir paulatinamente los contenidos esenciales del daño por alteración grave de las condiciones de existencia, y la búsqueda de indemnizaciones que trascienden lo meramente patrimonial. Restrepo, Esteban. ¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia. En: *Más allá del Desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* – César Rodríguez (coordinador), Ediciones Uniandes – ACNUR – ASDI, Bogotá, 2009, pp. 293 – 430.

reinterpretación del daño moral, obligaría a pensar en la necesidad de plantear esquemas de reparación que faciliten la reconstrucción axiológica de la población⁴³⁶.

Nos queda rondando en el ambiente una pregunta: *¿podemos hablar de un daño, para quienes han sido desplazados, que deje ver la textura cultural y política de la lesión sufrida por las víctimas?*

Algunos escépticos, Édgar Cortés y María Moreno, lo consideran inconveniente por dos razones. La primera de ellas, es que la Corte Suprema ha sido constante en su postura de indemnizar el daño moral -como comprensivo de todo daño extrapatrimonial-, y es muy probable que dicha orientación no cambie⁴³⁷. La segunda, es que no se considera necesaria la creación de una categoría especial de víctima -*desplazado por la violencia*- pues se atentaría contra el principio de igualdad ante la ley y las autoridades⁴³⁸.

Alrededor del primer planteamiento, se tiene entonces que pese a la tendencia hacia la “despatrimonialización” que afronta el derecho de daños, no parece viable admitir una categoría especial de extrapatrimoniales, pues la resistencia operada por la Corte Suprema de Justicia, para la que sólo es dable reparar el perjuicio moral, no se haría esperar, tornando nugatorio todo intento de llevar a la praxis dicho aporte teórico.

Sobre el segundo planteamiento, consideran que una categoría especial del daño daría lugar a un tratamiento diferente e injustificado por parte de las autoridades. El ordenamiento establece un régimen especial de indemnización de víctimas que combina

⁴³⁶ La reconstrucción axiológica de la comunidad desplazada implica afianzar las relaciones de “membresía” más pequeñas y significativas de cada víctima: antes que reanudar a la víctima con colectividades como el Estado, debería pensarse en los grupos más pequeños con los que interactúa a diario: el barrio o la escuela por ejemplo. Suárez, David. Las consecuencias morales del desplazamiento: una demanda por la reconstrucción del <<proyecto de vida>>. En: *Desplazamiento en Colombia. Prevenir, asistir, transformar. Cooperación internacional e iniciativas locales*. Dony Meertens, Cristina Churuca (compiladoras). La Carreta Editores, Medellín, 2010, pp. 277-304.

⁴³⁷ Así lo anota también Felipe Navia: Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real? Óp. Cit., pp. 66 y ss.

⁴³⁸ Cortés, Edgar y Moreno, María. *Daño no patrimonial y desplazamiento forzado en Colombia. El papel de la responsabilidad civil*. En: *Cátedra UNESCO. Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El Desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia – primera edición, Bogotá, 2007., pp. 251 – 273.

instituciones de responsabilidad civil y de seguridad social, y ampara a la población desplazada. Además, ampliar el horizonte del perjuicio no se muestra conveniente en una sociedad en la que, como la colombiana, “ni siquiera las necesidades básicas de la población se ven satisfechas”⁴³⁹.

Para Esteban Restrepo en cambio, sí es posible, y además necesario, ampliar el espectro de daños en materia de DEFO. Contrario a lo expuesto por Cortés y Moreno, encuentra que dicha ampliación no daría lugar a un tratamiento diferente injustificado por parte de las autoridades, pues el desplazado es una víctima *sui generis* del conflicto. Requiere sistemas de indemnización que permitan resolver las injusticias históricas que se han cometido⁴⁴⁰.

Contrario a lo afirmado por Cortés y Moreno acerca del régimen especial de indemnización -mezcla elementos de seguridad social y responsabilidad civil-, encuentra que éste no consulta el principio de igualdad, pues al condicionar la entrega de indemnizaciones a la pertenencia a un “núcleo familiar”, desconoce abiertamente el impacto individual del DEFO. Además, al no hacer mención expresa de la naturaleza indemnizatoria del auxilio, brinda al desplazado el tratamiento de “pobre” y no de “víctima”⁴⁴¹.

Sobre el argumento de autoridad planteado por Cortés y Moreno, preferimos esperar a que sea el tiempo el que termine restándole fuerza. Ya corren vientos de cambio en este sentido. Pero no sobra advertir que nos encontramos en un escenario judicial distinto, en el que el juez competente siempre se ha mostrado dispuesto a ampliar el horizonte conceptual del daño extrapatrimonial.

⁴³⁹ Ídem, p. 266.

⁴⁴⁰ Restrepo, Esteban. ¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria...

⁴⁴¹ Se refiere al regulado por el Decreto 1290 de 2008, que reconoce, según su artículo 5º una “indemnización solidaria”, de hasta 27 salarios mínimos, para aquellas víctimas del DEFO que acrediten los requisitos exigidos por la norma, y será entregada “por núcleo familiar” para acceder a vivienda nueva o usada. Óp. Cit., p. 419.

En cuanto al apunte de escasez de recursos que anotan los profesores (¿cómo reparar un daño *sui generis*, si nuestros recursos ni siquiera permiten satisfacer las necesidades básicas de toda la población?) tenemos que decir que una reevaluación del concepto del daño y sus alcances, arrojaría tipologías que no necesariamente cuentan con una textura económica. Como lo veremos, algunos daños *sui generis*, como el cultural o el político, no siempre se reparan con dinero.

En resumen, la *línea de fuga teórica* (exigencia) que podemos identificar en este punto, frente al concepto del daño, se puede resumir en que es necesario ampliar su alcance, porque resulta una categoría incompleta a la luz de una teoría tridimensional de la justicia. Un perjuicio definido en términos de afectación a objetos dentro o fuera del patrimonio de la víctima, no deja ver que el desplazamiento –y su ignorancia por parte de las autoridades– es un desprendimiento forzado del tejido social del ciudadano y deja secuelas de orden político y ético.

Es por eso que proponemos algunas *líneas de fuga teórica* como pautas para identificar nuevos alcances del daño. Desde la perspectiva de la *justicia como distribución*, el desplazamiento significaría una alteración en el reparto de recursos materiales que existía antes del despojo. La falta de atención por parte de las autoridades representa la prolongación de esta distribución distorsionada. A esta circunstancia la denominaremos *daño económico*.

Desde la *justicia como reconocimiento*, podríamos evidenciar un *daño cultural* en tres variables: desconocimiento y estigma institucional, desconocimiento y estigma social e imposición de una identidad relacionada con el enemigo. Las dos primeras, tendrían que ver con la forma despectiva y excluyente en que las autoridades y los demás ciudadanos tratan a las víctimas del desplazamiento: como damnificados de desastres naturales u oportunistas. La tercera, con la reputación creada por los victimarios, que ven en el desplazado a un colaborador del bando enemigo.

Finalmente, desde la *justicia como representación*, tendríamos un *daño político* representado en dos variables: pérdida de la capacidad de interlocución con las autoridades

y pérdida de la capacidad de organización y asociación para superar la tragedia humanitaria. La primera de ellas, implicaría un deterioro grave de los canales de participación ciudadana: quien se ve obligado a migrar pierde las oportunidades y los escenarios para utilizar algunos mecanismos como el voto, o ser protagonista de procesos como la consulta popular, por ejemplo. La segunda, estaría relacionada con la destrucción de las relaciones comunitarias que permitían la subsistencia de las víctimas: escuela, juntas de acción comunal, asociaciones de vecinos, acueductos veredales, por ejemplo.

Tabla 4: Líneas de fuga teórica para ampliar el alcance del daño

<i>Dimensión de la Justicia</i>	<i>Modalidad e indicadores de daño</i>
Distribución	<p><i>Daño económico.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Alteración del reparto de recursos materiales al momento de la expulsión. 2. Prolongación de la distribución distorsionada de recursos con la falta de atención por parte de las autoridades.
Reconocimiento	<p><i>Daño cultural.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Desconocimiento y estigma institucional de la tragedia humanitaria y de la condición de víctima. 2. Desconocimiento y estigma social de la tragedia humanitaria y de la condición de víctima. 3. Imposición de una identidad relacionada con el enemigo.
Representación	<p><i>Daño político.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Pérdida de capacidad de interlocución con las autoridades. 2. Pérdida de la capacidad de organización y asociación para superar la tragedia humanitaria.

3.2. Exploración conceptual de la imputación. Un esfuerzo inconcluso por superar la barrera de lo imposible

La atribución de los daños al Estado es la columna vertebral del campo de la responsabilidad patrimonial. De hecho, sin ella podríamos pensar en otras formas de atender la tragedia, como las reparaciones administrativas o la asistencia humanitaria de emergencia, pero no en la REPE.

Frente al DEFO, la imputación de daños resulta una tarea compleja porque las fórmulas tradicionales se quedan cortas frente a la tragedia. Para que el Estado pueda ser obligado a reparar, desde los cánones del paradigma, tendríamos que evidenciar su participación directa en el despojo y expulsión de la PSD. De otra manera, la tragedia sería un asunto atribuible a los terceros que forzaron la migración, y las autoridades serían apenas espectadoras impotentes ante la tragedia. Pero, en el contexto histórico de nuestro conflicto ¿podemos pensar que el Estado resulte ser un simple convidado de piedra? ¿No tiene alguna participación, aunque sea indirecta, en esta orgía de sangre y dolor?

La fe ciega en nuestras estructuras de imputación tradicionales puede llevar al Estado a una actitud indiferente frente a las víctimas. Podríamos cultivar un sentimiento de irresponsabilidad: como no soy el directo responsable, mi obligación de reparar no es tan imperiosa. Cualquier gesto de atención al daño debería entenderse entonces como una muestra de solidaridad, pero nunca de responsabilidad.

La exploración conceptual que proponemos, empieza por indicar las carencias del ingrediente “imputación”, para seguir con un esbozo de pautas que permitan repensar la

receta. En el próximo capítulo terminaremos “sentando al comensal en la mesa”, a través de las sentencias del Consejo de Estado.

Los alcances de la imputación pueden ser muy cortos o bastante amplios, dependiendo del hecho que se considere como detonante de la obligación de reparar. No es lo mismo atribuir los daños a las autoridades por la expulsión y despojo de tierras, que por la falta de atención posterior al éxodo de las víctimas. Es por eso que debemos tener en cuenta los distintos momentos en que se produce el daño, porque estos determinan la forma en que operan los elementos de la responsabilidad⁴⁴².

Tenemos entonces que los daños generados con el desplazamiento forzado pueden tener su origen en dos hechos distintos: el éxodo y el día después del éxodo. Con el primero, nos referimos a la cadena de eventos que tiene lugar antes y durante el momento en que las víctimas emprenden la migración forzada. Con el segundo, a aquella que se desata después, y tiene que ver con la atención posterior, o desatención, que brindan las autoridades a la PSD. En ambos casos indicaremos las carencias que evidencian los títulos jurídicos de imputación a la hora de justificar la obligación de reparar el daño.

3.2.1. Los títulos jurídicos de imputación para “el éxodo”

El derecho de REPE ofrece un obstáculo difícil de franquear: ¿cómo justificar, jurídicamente, que el Estado debe reparar los daños que en principio generan terceros? Los argumentos tradicionales apenas alcanzan para endilgar responsabilidad cuando las autoridades participan en el evento del desplazamiento, aun indirectamente, pero no cuando se mantienen totalmente al margen⁴⁴³.

⁴⁴² Para Tatiana Rincón la reparación se convierte en un remedio eficaz contra la violación de los derechos humanos cuando se tiene claridad del momento en que se produce. No podemos olvidar que la atención posterior a las víctimas se convierte muchas veces en una nueva violación a sus derechos. Consideramos pertinente tener en cuenta esta observación para referirnos a la imputación. Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 154-159.

⁴⁴³ En este punto es necesario hacer una advertencia. De ninguna manera queremos afirmar que el Estado deba ser declarado siempre responsable ante cualquier evento de desplazamiento forzado, aún sin la intervención de sus autoridades. Pero tampoco podemos aceptar que sea exonerado en una circunstancia en

José Sepúlveda, por ejemplo, encuentra una dificultad en el manejo del daño especial como título jurídico de imputación. A su juicio, es ilógico sostener que el Estado deba cargar la obligación de reparar en un escenario en el que sus conductas hayan sido ajustadas al ordenamiento y los perjuicios sean el resultado de actuaciones de terceros. En los términos de este título jurídico, cabría responsabilidad solo en aquellos casos de expulsión deliberada de ciudadanos, por parte de integrantes de la fuerza pública, con fines legítimos de protección. No en aquellos eventos típicos de expulsión operada por actores armados ilegales⁴⁴⁴.

Pero ¿qué hay de la participación estatal en un conflicto armado de raigambre histórica y política? ¿Y de su incapacidad para establecer el monopolio de la fuerza y dar soluciones expeditas al conflicto armado? ¿No puede ser un motivo de responsabilidad? Para Sepúlveda, el discurso tradicional ha indicado que son fuentes de responsabilidad política, pero no jurídica. La contracara jurídica se ha visto ahogada, a su juicio, por una lectura arbitraria del *subversivo político* como *terrorista*, lo que ha facilitado el uso del argumento del hecho exclusivo de tercero como eximente⁴⁴⁵.

Para Wilson Ruiz, el desplazamiento forzado puede desembocar en la responsabilidad del Estado a título de riesgo excepcional. Considera que es la reacción frente a los actos terroristas que usan los actores armados como estrategia de guerra. Cuando éstos se dirigen contra un elemento representativo del Estado (edificaciones, o personalidades

la que históricamente tiene tanto que ver. Una cosa es separar al Estado de la responsabilidad de reparar el daño que genera una conducta como la violencia intrafamiliar o el suicidio, por ejemplo, y otra muy distinta es eximirlo de cualquier obligación ante un hecho como el desplazamiento de ciudadanos. Su drama, es la secuela de un conflicto armado en el que ha participado con vehemencia e invertido ingentes recursos físicos y humanos. Cuando identifiquemos las pautas para acoplar el paradigma a las exigencias de la realidad del desplazamiento, volveremos sobre este punto.

⁴⁴⁴ Sepúlveda, José. *Responsabilidad del Estado por el desplazamiento forzado*, Tesis de grado para optar por el título de Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002.

⁴⁴⁵ *Ibidem*...

públicas) desencadenan un riesgo creado por las autoridades al ubicar un blanco militar cerca de la comunidad⁴⁴⁶.

Aunque el intento es audaz, apenas permite cubrir la imputación del daño en algunos casos, los menos frecuentes. Por una parte, solo permite pensar en aquellos éxodos que se presentan como reacción a ciertas agresiones militares, quedando por fuera aquellos escenarios en los que la población se desplaza para evitar dichos ataques (torturas, masacres, operaciones militares). Por otra parte, impide resolver el problema cuando la intervención armada se presenta en contra de sitios o personas que “no” representan directamente al Estado. ¿Podemos pensar en la creación de un riesgo excepcional cuando el éxodo nace de la quema de viviendas?

Hasta el momento, los títulos de imputación objetivos exhiben algunas dificultades. Nos queda la falla del servicio, predilecta en las discusiones del juez. Buena parte de los escenarios de responsabilidad estudiados muestran que el éxodo se produce a la sombra de la actividad administrativa, es decir, bajo la omisión de la fuerza pública en la protección de la comunidad afectada. En ese orden, la falla del servicio resultaría ser el título que aporta las razones más fuertes de responsabilidad en estos eventos.

Bajo el entendido de que la falla se presenta cuando se omite una actividad jurídica o material, dejando de cumplir un deber jurídico de actuar, siendo posible su realización⁴⁴⁷, pasamos entonces a revisarla en el evento del desplazamiento forzado. Ante el éxodo, el Estado sería declarado responsable al omitir las medidas de cuidado y protección de la población civil, siendo su deber constitucional brindarle dicha seguridad frente a los actores armados del conflicto. Lo anterior, si asumimos que fuera posible, física y jurídicamente.

Para que las autoridades sean responsables, es necesario verificar que habían podido evitar el desplazamiento. De no ser así, estaríamos obligando al Estado a cumplir

⁴⁴⁶Ruiz, Wilson, “Responsabilidad del Estado frente al desplazamiento forzado”, en: *Responsabilidad del Estado frente a: Estado legislador, medios de comunicación, responsabilidad fiscal, desplazamiento forzado, actos terroristas*, 1ª e., Ecoe Ediciones, Bogotá, 2008, pp. 145-182.

⁴⁴⁷ Gómez, Marcos, *La inactividad de la administración*, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000, p. 58.

lo imposible. Es decir, solo aquel éxodo que resulte ser un hecho previsible y resistible podría dar lugar a una declaración de responsabilidad.

Se entiende que el éxodo es previsible cuando se puede inferir del comportamiento de la víctima o de las circunstancias exteriores previas a la ocurrencia de la acción dañina. El factor relevante para determinar si el daño es resistible es la disponibilidad de recursos estatales para conjurar los efectos de la acción violenta. El problema aparece cuando se advierte que, en principio, las víctimas deben probar dichas circunstancias. Como requisito tradicional, la falla del servicio debe ser verificada por quien alega la responsabilidad bajo este título⁴⁴⁸.

En los eventos de DEFO: ¿Se puede advertir a las autoridades de una migración forzosa que ocurre después de un ataque repentino a la población civil? Desde la orilla del despojo ¿Pueden las víctimas verificar si el Estado contaba con los recursos suficientes para evitarlo?

Es claro que las víctimas sí pueden advertir a las autoridades de una amenaza de desplazamiento. De hecho, en todos los casos que estudiamos como ejemplares la PSD advirtió el DEFO ante funcionarios públicos, organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación. Sumado a lo anterior, la ley 387 de 1997 y su decreto reglamentario 2569 de 2000 crearon Comités municipales, distritales y departamentales para la prevención del desplazamiento y la atención integral a la PSD. A través de dichos órganos, las autoridades deben diseñar y poner en marcha sistemas de alerta temprana para prevenir eventos como éste⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Peláez, Juan. “Los límites del derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia de desplazamiento forzado”. En: *Cátedra UNESCO. Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El Desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia – primera edición, Bogotá, 2007, pp. 277 – 302.

⁴⁴⁹ **Decreto 2569 de 2000. Artículo 32. Funciones de los Comités en Prevención del Desplazamiento Forzado.** Son funciones preventivas de los Comités en materia de desplazamiento forzado, entre otras, las siguientes:... 3. Promover e impulsar sistemas de alerta temprana, en coordinación con instituciones gubernamentales y no gubernamentales. (las subrayas son propias).

Frente a la segunda pregunta, podemos afirmar que la disponibilidad de recursos para controlar el DEFO es un asunto que compete en principio a las autoridades estatales. Desde la condición de víctima resulta en extremo difícil acceder a la información suficiente para probar que el daño era resistible.

En últimas, el DEFO puede ser un evento altamente previsible y resistible. Sin embargo, probar dichas circunstancias resulta más fácil para las autoridades que para las víctimas. Por eso, como lo veremos, una línea de fuga debe orientarse en el sentido de facilitarles el ejercicio probatorio.

Reconocidas las dificultades existentes para responsabilizar al Estado por el hecho del desplazamiento mismo, otros prefieren ver como evento dañino el diseño e implementación de la política pública de atención a sus víctimas.

3.2.2. Los títulos jurídicos de imputación para “el día después del éxodo”

Un primer trabajo en este sentido fue elaborado por Miguel Flórez en el año 2004 antes de ser conocida la Sentencia de Tutela T-025. Señaló la importancia de identificar claramente el hecho generador de los perjuicios, y consideró que estaba en el diseño e implementación de la política de prevención y atención al desplazamiento. Indicó además que a pesar de los esfuerzos estatales por diseñar la política, no se correspondían con aquellos encaminados a su implementación plena y eficaz, prolongando así las pérdidas sufridas por la población desplazada⁴⁵⁰. Ruiz, por su parte, reconoció la posibilidad de declarar responsable al Estado por incumplimiento de sus obligaciones frente a la PSD, que conminan al Estado al diseño e implementación de políticas públicas que permitan su protección⁴⁵¹.

⁴⁵⁰Flórez, Miguel, *La responsabilidad estatal y el desplazamiento forzado*, tesis de grado Especialización en Instituciones Jurídico-Políticas y Derecho Público, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.

⁴⁵¹ Ruiz, Wilson. “Responsabilidad...”, op. cit., p. 183.

Los estudios revisados apuntan a la falla del servicio como el título de imputación que mejor se ajusta al escenario. Se trata de omisiones graves en el proceso de la política pública, que pueden ir desde un diseño defectuoso y excluyente hasta una evaluación tendenciosa, pasando por su implementación incompleta. Concentraremos el esfuerzo en este punto para ilustrar las razones por las que consideramos que el argumento de la falla está aún a medio camino.

El profesor Marcos Gómez nos permitió dilucidar el concepto de falla del servicio como el resultado de la omisión en el cumplimiento de un deber jurídico, dentro de la posibilidad real de acatarlo. Frente al proceso de diseño e implementación de la política pública de atención a PSD, el título es insuficiente porque encierra a las víctimas en una trampa de irresponsabilidad que tiene dos partes. Trataremos de simplificarlo con un ejemplo, que más parece un experimento mental⁴⁵².

Para ilustrar mejor la sin salida, comenzaremos formulando una pregunta: *¿podemos considerar al Estado como patrimonialmente responsable, por los daños que se ocasionan a la PSD con la defectuosa formulación, implementación y evaluación de la política pública?* Para darle respuesta, debemos considerar dos etapas de dicho proceso: antes de la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI), y después del ECI.

Si en el primer momento pensamos en las obligaciones de la política pública (de diseño, formulación, implementación y evaluación) como de medio o proceso, entonces bastaría con que las autoridades mostraran algún esfuerzo para que se consideraran cumplidas, sin que fuera necesario evidenciar algún resultado exitoso. Si en el segundo escenario pensamos que dichas obligaciones se tornan en exigencias de resultados concretos, entonces tampoco podríamos endilgar responsabilidad patrimonial, porque los

⁴⁵² El ejemplo fue desarrollado en un documento previo. Nos preguntamos por la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados a la PSD con la deficiente política pública formulada, implementada y evaluada. Al no encontrar un caso concreto en el que se haya reclamado dicha responsabilidad, decidimos simular dos escenarios en los que se demandara la reparación de perjuicios por esta causa. López, Miguel, "Examen general de los alcances de la responsabilidad patrimonial del Estado en la política pública de desplazamiento forzado", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 451-487.

resultados exigidos, en este caso por la Corte Constitucional, serían imposibles de alcanzar⁴⁵³.

3.2.2.1. *Primer escenario: el día después del éxodo, pero antes del ECI*

Como pudimos indicarlo en el capítulo segundo, la preocupación de las autoridades por el desplazamiento y sus secuelas fue tardía. Solo después de diez años de tragedia se vieron las primeras medidas de política pública, en algunos documentos como el Conpes 2804 del 13 de septiembre 1995 y la ley 387 de 1997. Según el artículo 3º de esta última, el Estado es responsable de la formulación de políticas y medidas encaminadas a prevenir y atender el desplazamiento forzado⁴⁵⁴.

Una lectura cuidadosa nos permite formular cuatro observaciones. En primer lugar, las tareas se dejaron en manos de un sujeto difuso –el Estado– sin precisar a cuál de sus órganos correspondían. En segundo lugar, se responsabilizó por la formulación e implementación de la política pública, pero nada se dijo sobre su seguimiento y evaluación. En tercer lugar, no se hizo extensiva a todos los frentes del problema, porque quedaron por fuera de las medidas por adoptar otras importantes como el registro y la reparación de perjuicios. Por último, el alcance de la norma se redujo al cumplimiento de deberes jurídicos de actividad o medio, pero por ningún lado se advierte un mandato claro de garantizar el pleno goce de los derechos de la PSD.

⁴⁵³ Según su contenido, los deberes jurídicos pueden agruparse en dos categorías: de actividad o *medio* y de objetivo o *resultado*. Por los primeros, es imperativa la simple realización de actividades para que se entiendan cumplidos; mientras que por los segundos, el acatamiento deviene siempre que se alcance un resultado concreto. La importancia de lo anterior en el campo de la REPE radica en el alcance que cada uno tiene a la hora de configurar omisiones que denoten inactividad administrativa. Mientras que, para el caso de los primeros, cualquier abstención puede dar lugar a la inactividad; para los segundos, incluso actividades concretas podrían generarla si con ellas no se logra el resultado. Gómez, *La inactividad...*, pp. 102-111.

⁴⁵⁴ **Ley 387 de 1997, “Artículo 3º. De la responsabilidad del Estado.** Es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia. (...) Para efectos del inciso anterior, se tendrán en cuenta los principios de subsidiaridad, complementariedad, descentralización y concurrencia en los cuales se asienta la organización del Estado colombiano”. (Las subrayas son propias)

Lo anterior permite germinar una interpretación de las normas tendiente a exonerar al Estado. Bajo el mandato del artículo 3 de la 387 ¿Ha dejado el Estado de cumplir algún deber frente a la PSD? La historia normativa del Sistema Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada –SNAIPD- nos obligaría a contestar que no se encuentran omisiones a la vista que den lugar a pensar en la configuración de la falla. Veamos.

Documentos, como el Plan Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, plasmaron la voluntad gubernamental de superar problemas como la dispersión de entidades responsables del SNAIPD, ausencia de sistemas de seguimiento y coordinación, falta de complementariedad en el trabajo con entidades territoriales y de equidad en la distribución de recursos entre las regiones⁴⁵⁵.

Con el Decreto 2569 del 2000, se logró cristalizar el esfuerzo más importante de reglamentación. Además de sujetar la exigibilidad de las prestaciones estatales a límites temporales⁴⁵⁶ y a la “disponibilidad presupuestal”⁴⁵⁷, y concentrar la mayoría de funciones

⁴⁵⁵ En el decreto 173 de 1998 se reglamentó el artículo 9 de la ley 387 que impuso la obligación de diseñar e implementar un Plan Nacional para la atención integral a la PSD. El Plan contiene una serie de objetivos y estrategias encaminadas a garantizar la prevención del DEFO, la asistencia humanitaria de emergencia de sus víctimas, la estabilización socioeconómica y el retorno.

⁴⁵⁶ Siguiendo los lineamientos del artículo 15 de la Ley 387, el Decreto establecía que en caso de recibir ayuda humanitaria de emergencia, esta tendría un límite temporal de tres meses prorrogables hasta por otros tres (arts. 20 y 21). No sobra aclarar que la medida fue declarada inexecutable en la ley por la Sentencia C-278 del 2007, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla. Por otra parte, el artículo 18 restringía el acceso a las prestaciones de ayuda humanitaria y estabilización económica a aquellas personas que efectuaran la declaración y solicitaran inscripción en el registro un (1) año después de acaecidos los hechos que dieron origen a la condición de desplazamiento. La persona solicitante solo tendría derecho, en ese caso, a los programas que con ocasión a la condición de desplazado prestara el Estado en materia de retorno, reasentamiento o reubicación. La medida fue declarada nula por el Consejo de Estado, sección primera, en sentencia 2002-00036 del 12 de junio del 2008.

⁴⁵⁷ Condicionó el acceso y disfrute de los “beneficios” a la disponibilidad presupuestal; la norma está plagada del enigmático binomio (arts. 16, 17, 18, 21, 22, 25). Por ejemplo, en el artículo 17 se lee: **Artículo 17. Atención humanitaria de emergencia.** Realizada la inscripción, la persona tendrá derecho a que se le otorgue atención humanitaria de emergencia por el término establecido en el parágrafo del artículo 15 de la Ley 387 de 1997, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal y acceso a los programas de ayuda, que con ocasión a la condición de desplazado adelante el Estado, sin perjuicio de que el interesado tenga acceso a los programas sociales de retorno, reasentamiento o reubicación y otros que preste el Estado. (las subrayas son propias).

en la Red de Solidaridad⁴⁵⁸, dio cabida al Registro Único de Población Desplazada (RUPD) como un instrumento técnico de identificación y seguimiento, que terminó condicionando a la población para el acceso a los beneficios legales⁴⁵⁹.

Como se ve, en ningún momento se dejaron de tomar medidas de carácter normativo orientadas hacia la formulación e implementación de la política pública. En estricto sentido, se dio cumplimiento al deber de medio establecido en la Ley. En esa medida, no se configuró omisión que diera lugar a inactividad administrativa. Sin embargo, ninguna medida dio respuestas contundentes al problema. Como lo evidenció después la Corte Constitucional, ni siquiera impactaron el presupuesto destinado a prevenir o atender a las víctimas. Por una parte la cantidad de recursos destinada para financiar la atención de la PSD fue insuficiente: mientras que en el año 2002 se destinaron 103.491 millones de pesos, en el 2003 el dígito se redujo a 70.783 millones (Sentencia T-025/2004, fundamento 6.3.2.)⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Que terminó siendo el ente coordinador por excelencia de todas las autoridades que integran el SNAIPD, por cuanto quedó investida de competencias para el diseño e implementación de la política pública de atención (art. 1º).

⁴⁵⁹ El decreto condicionaba el acceso a los beneficios de la ley 387 a la inscripción en el RUPD. **Decreto 2569 de 2000. Artículo 14. Exclusión del Registro Unico de Población Desplazada.** La exclusión del Registro Unico de Población Desplazada, y en consecuencia, la pérdida de los beneficios establecidos en la Ley 387 de 1997, a favor de la población desplazada, procede cuando: 1. Se establezca que los hechos declarados por quien alega la condición de desplazado no son ciertos, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. 2. Cuando a juicio de la entidad en la que se haya delegado la inscripción, de acuerdo con el parágrafo del artículo 18 de la Ley 387 de 1997, se demuestre la falta de cooperación o la reiterada renuencia del desplazado para participar en los programas y acciones que con ocasión del mejoramiento, restablecimiento, consolidación y estabilización de su situación, desarrolle el Estado. 3. Cese la condición de desplazado. **Parágrafo.** La exclusión del Registro Unico de Población Desplazada, se realizará a través de acto motivado e implica la revocatoria de la decisión tomada en el acto anterior mediante el cual se decidió la inclusión en el Registro. Esta decisión se notificará al afectado, y es susceptible de los recursos de Ley. La decisión de los recursos agota la vía gubernativa. (las subrayas son propias).

⁴⁶⁰ Johanna Cortés, por ejemplo, encontró que entre la política de seguridad democrática y la de prevención y atención al DEFO existió una relación estrecha determinada por el aspecto presupuestal: la robusta financiación de la primera constituyó un pretexto para el incumplimiento de esta última, de paso, de obligaciones internacionales de garantía de contenidos mínimos prestacionales de los derechos fundamentales de la población desplazada. Cortés, Johanna, *Análisis de la atención a la población desplazada por la violencia desde el punto de vista presupuestal*, Tesis de grado para optar por el título de Abogado, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005. En el mismo sentido, Aterhortúa, Adolfo & Rojas, Diana, “La política de consolidación de la seguridad democrática: balance 2006-2008”, *Revista Análisis Político*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI) - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, mayo-agosto de 2009, 6), pp. 59-80.

En el primer escenario no resulta conceptualmente posible atribuir al Estado la obligación de reparar por falla del servicio en el desarrollo de la política pública. Haremos un segundo intento a partir de la declaratoria del ECI en la memorable sentencia T-025 de 2004.

3.2.2.2. Segundo escenario: el día después del ECI

Con el fallo en comento, la Corte identificó una omisión reiterada de las autoridades en la protección y atención a la PSD: los esfuerzos institucionales y presupuestales eran insuficientes para garantizar una vida digna a las víctimas. Por eso, vio la necesidad de ajustar el proceso de la política pública a través de órdenes generales.

Los deberes contenidos en la Sentencia, se resumían en la realización de una serie de actividades necesarias para el ajuste de la política pública. Aunque el propósito principal del ECI era la garantía de los derechos de la población afectada, todas las órdenes orbitaron alrededor de los medios conducentes a su realización. Esta búsqueda indirecta marcó el proceso de seguimiento al punto de restringir el alcance de su control al simple monitoreo de avances y caracterización de indicadores⁴⁶¹, que sumió a la Corte en un ejercicio metodológico de comprobación de pequeños resultados, por demás poco fructíferos⁴⁶².

⁴⁶¹ Después de establecer niveles de cumplimiento –Auto 185 del 2004– y de verificar la insuficiencia de las medidas adoptadas por las autoridades en los diferentes frentes de la política –autos 176, 178 del 2005; y 218 del 2006–, la Corte procedió a la adopción de una batería de indicadores –Auto 109 del 2007– cuyo funcionamiento no resolvió definitivamente el problema. A juicio de la Corte, el Gobierno Nacional se encontraba en mora de brindar soluciones duraderas a problemas como: el goce efectivo y sostenible de derechos, corrección de fallas estructurales en materia de disponibilidad de recursos y capacidad institucional, introducción de un enfoque diferencial en el proceso de formulación e implementación, falta de participación de la comunidad desplazada en la adopción de las decisiones estatales y contribución suficiente de las entidades territoriales. Corte Constitucional, Auto 8 del 2009.

⁴⁶² “La Corte ha venido analizando si sus decisiones han sido **cumplidas**; sin embargo, dentro de sus competencias, no ha profundizado en el hecho protuberante de que han sido **desobedecidas**”. Dueñas, *Desplazamiento interno...*, p. 24.

Lo anterior, dio lugar a una triple incertidumbre. Una sobre la superación del ECI, pues no se sabía cuándo se entendía superado, otra acerca de la responsabilidad de las autoridades, que parecía diluirse con el paso del tiempo y otra más en cuanto a la naturaleza de los derechos sociales, ya que se generalizó la creencia en la imposibilidad de exigirlos inmediatamente⁴⁶³. La Corte vio entonces la necesidad de transformar la naturaleza de los deberes contenidos inicialmente en sus órdenes. De nada servían tantos avances parciales si no se traducían en el goce efectivo de los derechos de la PSD.

A partir de 2010 hubo un giro copernicano. Para la Corte, el ECI se mantendría hasta que no se verificara el goce efectivo de los derechos de la PSD. Mientras tanto, cualquier esfuerzo institucional y presupuestal sería insuficiente. En ese orden, las exigencias de medio se convirtieron en requerimientos objetivos o de resultado⁴⁶⁴.

En estos momentos, aquellas actividades que no conduzcan a la realización del resultado podrán considerarse omisiones. Sin embargo, aún no podemos hablar de una falla del servicio. Alcanzar el goce efectivo de los derechos fundamentales de la PSD es una tarea que supera las fuerzas económicas e institucionales del Estado, al menos en el

⁴⁶³ Dueñas, Dueñas, *Desplazamiento interno...*, p. 24-50.

⁴⁶⁴ “No obstante, la Corte admite que el criterio rector de evaluación de superación del ECI es el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población, pues no bastaría la simple demostración de ajustes presupuestales o institucionales que no redundaran en la consecución de mejores resultados para los desplazados (...). Un elemento importante para la comprensión de cómo operan estos criterios es el hecho de que deben ser entendidos e interpretados en función del criterio principal: la garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales. Es por esta razón que la mera demostración de ajustes presupuestales, la expedición de normas o el diseño y ejecución parcial de políticas públicas, no constituye en modo alguno un motivo o una razón concluyente para dar por superado el estado de cosas inconstitucional. Estos hechos pueden ser relevantes en cuanto se traduzcan en un mejoramiento significativo en el goce efectivo de los derechos, pero no son *per se* un criterio para dar por terminado el proceso judicial. Si la Corte se limitase a hacer una evaluación de este tipo, no solo estaría invadiendo la órbita de las competencias de las demás funciones del Estado, sino que además estaría quebrantando el ordenamiento constitucional, al dar por concluido un proceso de esta magnitud, sin haber garantizado el contenido de los derechos constitucionales amenazados y violados en el presente caso”. Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 del 2004 y sus autos de cumplimiento, Auto 385 del 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas.

corto y mediano plazo. En últimas, no podríamos responsabilizarlo por fallas, en principio, imposibles de evitar⁴⁶⁵.

Las anteriores acotaciones nos llevan a pensar en el corto alcance de la institución de la falla del servicio. En los escenarios del “éxodo” y del “día después”, las víctimas pueden quedar atrapadas en una trampa de irresponsabilidad. Ya por la imposibilidad de probar que el desplazamiento era previsible y evitable, ya por el hecho de que las autoridades se enfrentan a obligaciones que se consideran satisfechas con los mínimos esfuerzos, o imposibles de cumplir. En ambos casos, parece tratarse de una especie de *barrera de lo imposible*, que impide ir más allá del daño.

Aparecen en el panorama dos líneas de fuga teóricas claras. Una que reclama condiciones que faciliten a las víctimas el ejercicio de justificar la responsabilidad del Estado cuando participa en los eventos del éxodo. Otra, que tiene que ver con la imposibilidad de satisfacer a toda la PSD en el goce de sus derechos: no podemos seguir disculpando a las autoridades y aplazando a las víctimas mostrándoles los bolsillos vacíos.

Si dejáramos el debate en este punto, nos quedaríamos a mitad de camino y el paradigma (la receta) se quedaría obsoleto ante un fenómeno tan complejo como el desplazamiento (comensal). Es por eso que sugerimos dos pautas para ampliar los alcances del concepto de imputación, de manera que puedan satisfacer en algo las exigencias hechas por una realidad tan dramática y desdibujar en parte la barrera de lo imposible.

La primera de ellas, consiste en recurrir a una herramienta para aligerar el peso de la carga procesal de la víctima: la presunción de falla del servicio en aquellos eventos de éxodo. La segunda, en considerar la omisión en la búsqueda de recursos (humanos,

⁴⁶⁵ La situación es crítica en sectores como el derecho de vivienda: “En efecto, si se destinara la totalidad del presupuesto destinado a atender el conjunto de necesidades de la población desplazada aprobado para el 2010 (1,5 billones) a la solución de la problemática de vivienda, se requeriría un plazo de diez años, bajo el supuesto de que el fenómeno se interrumpiera a partir del 2011”. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, *Líneamientos para la formulación de la política pública de vivienda para la población desplazada*, Bogotá, enero de 2010, en <http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52> consultado del 4 de enero del 2011, p. 25.

económicos e institucionales) para la política pública de atención a la PSD, como un caso de inactividad administrativa que dé lugar a la falla del servicio, que también debería presumirse.

Presumir la falla del servicio implica invertir las cargas de la prueba para aliviar a quienes tienen menores posibilidades de probar. De atender la sugerencia, ya no serían las víctimas las encargadas de verificar la participación del Estado en el éxodo, sino que se tendría por cierta hasta que las autoridades demostraran lo contrario. Aunque la medida se muestra en principio desventajosa, se trata de un desequilibrio en favor de los menos aventajados en el debate procesal⁴⁶⁶.

Existen cuatro razones que sustentan nuestra sugerencia. Las dos primeras se incrustan en el derecho internacional. La tercera en la textura histórica y heterogénea de nuestro conflicto armado. La última, en la legislación que pretende proteger y reparar a las víctimas de este flagelo.

En el contexto internacional, en primer lugar, el hecho de que los daños provengan de la conducta de un tercero, ajeno al Estado, no puede ser una talanquera para que éste proceda a su reparación. La obligación de reparar a la víctima subsiste aun cuando no se haya identificado con claridad al autor de la conducta violatoria de sus derechos. Admitir lo contrario implicaría posponer la protección de sus derechos al incierto momento de la investigación y juzgamiento de quien perpetró el daño. No en vano se admite la posibilidad de que los Estados puedan repetir en contra de los autores directos⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ La jurisprudencia del Consejo de Estado utiliza la expresión “indicio de falla” para referirse a este título jurídico. Con ello pretende aclarar que la presunción de la falla en la prestación del servicio surge en la mente del juez (indicio) y no del legislador (presunción). Sin embargo, en el marco de nuestro estudio las asumiremos como sinónimas. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 28/may/2012, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: Noelia Ospina y otros.

⁴⁶⁷ La Asamblea General de las Naciones Unidas ha ONU ha compilado una serie de principios y deberes de los Estados frente a las víctimas de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que deben considerarse. Organización de las Naciones Unidas –ONU–, Asamblea General, *Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 21 de marzo de 2006. Disponible en: http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/downloads/2012/03/Principios_y_directrices_basicos_sobre_reparacion.pdf Visita del 5 de febrero de 2013.

En segundo lugar, existe en cabeza de los Estados la obligación de conceder recursos eficaces y equitativos para una reparación adecuada que permita remover las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. El Estado debe permitir a las víctimas el acceso a recursos judiciales eficaces en condiciones equitativas. La inversión de la carga de la prueba garantizaría un tratamiento en condiciones de equidad, pues tendría en cuenta la particular desventaja probatoria que ostenta la PSD a la hora de reclamar la reparación⁴⁶⁸.

En tercer lugar, de un lado la circunstancia del desarraigo puede impedir discernir con claridad la identidad de quienes lo ocasionaron. Del otro, las fuerzas armadas estatales participan en un conflicto con raíces históricas y políticas que de alguna manera las

V. Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario.

9. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

IX. Reparación de los daños sufridos

15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima. (Las subrayas son propias).

⁴⁶⁸ *Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.*

I. Obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario

2. Si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente:

b) Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;

II. Alcance de la obligación

3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: ...

c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación. (Las subrayas son propias)

involucran en las estrategias del enemigo. Como perseguidas o persecutoras, no son totalmente ajenas a la tragedia del conflicto armado.

Finalmente, la medida pondría en sintonía al paradigma de la REPE con el andamiaje jurídico dispuesto para la transición del conflicto, que presume la buena fe de las víctimas en su petición de reparación. Ya en la ley 1448 de 2011 se admitió la posibilidad de invertir la carga de la prueba en aquellos pleitos de restitución de tierras⁴⁶⁹.

Considerar la omisión en la búsqueda de recursos para la política pública de atención a la PSD, como un caso de inactividad administrativa que dé lugar a la falla del servicio, sería una forma de presionar al Estado para que dentro de sus planes de política económica el desplazado no se torne en aplazado. Exonerar por el hecho de no contar con los recursos suficientes desestimula la búsqueda de los medios que permitan superar el ECI. El trabajo de Johanna Cortés y el Conpes 3712 de 2011 nos muestran que las víctimas del conflicto no están siempre dentro de las prioridades de gasto⁴⁷⁰.

En este punto, podemos echar mano de dos argumentos arraigados en el derecho internacional de los Derechos Humanos. El primero de ellos en la Resolución 60/147 del 21 de marzo de 2006 de la Asamblea General de la ONU; el segundo, en la prohibición de regreso que pesa sobre los Estados a la hora de respetar y proteger los derechos de sus ciudadanos.

En primer lugar, la obligación de respetar y proteger el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y del DIH, tiene el alcance de

⁴⁶⁹ **Ley 1448 de 2011. Artículo 78. Inversión de la carga de la prueba.** Bastará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio.

La medida se inspiró en las lúcidas sugerencias del profesor Alejandro Reyes, para quien la condición de víctima significa una atrofia política que impide incluso la reclamación de los propios derechos. Reyes, Alejandro. *Guerreros y campesinos*, Bogotá, Norma, 2009.

⁴⁷⁰ Cortés, Johanna. *Análisis de la atención a la población desplazada por la violencia desde el punto de vista presupuestal ...*,

comprometer al Estado para que disponga de los recursos suficientes y eficaces para asegurar la recuperación integral de las víctimas. Si no fuera así, el enunciado de la norma internacional quedaría atrapado en las mismas trampas de imposibilidad de cumplimiento del mandato de reparación⁴⁷¹.

En segundo lugar, la búsqueda y gestión de recursos (humanos, financieros e institucionales) es un deber del Estado frente a la PSD, que habita el terreno de lo posible. Una manera de asegurar que no se convierta en otra barrera de lo imposible (“tratamos por todos los medios de obtener recursos, pero no fue posible, luego no somos responsables”) sería reconocer el mandato de progresividad en la protección de los derechos, que pesa sobre el Estado colombiano.

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) generó para los Estados la obligación de buscar el logro progresivo de los derechos allí reconocidos. El mandato de progresividad tiene un triple compromiso: de gradualidad, de progreso y de no regreso⁴⁷².

⁴⁷¹ *Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.*

I. Obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario

2. Si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente:

c) Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación;

d) Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

II. Alcance de la obligación

1. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante. (Las subrayas son propias).

⁴⁷² **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968). **Artículo 2.** 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos... (las subrayas son propias).

En primer lugar, implica que los Estados deben satisfacer los DESC de manera paulatina (con cierta *gradualidad*), en la medida en que sus recursos disponibles lo permitan. En segundo lugar, que se comprometen a *progresar*, es decir, a mejorar constantemente las condiciones de goce y ejercicio de los derechos. Finalmente, el mandato de progresividad conlleva la prohibición de adoptar medidas legislativas, políticas públicas o prácticas institucionales que empeoren la situación de los DESC. De otra manera, los derechos se quedarían en meras promesas con poca vocación de cumplirse⁴⁷³.

Aunque en principio el mandato de progresividad se profirió para la protección de los DESC, nada impide que podamos pensar en su eficacia frente a otros derechos que no aparecen en el Pacto pero sí en la Constitución y el bloque de constitucionalidad⁴⁷⁴. En el caso de la reparación de las víctimas del DEFO, podríamos pensar que las autoridades tienen a cargo el compromiso de tomar las medidas para progresar en su garantía.

A la luz del concepto de *inactividad administrativa*, los jueces ya tendrían suficientes elementos para valorar la falla del servicio por la omisión en la búsqueda y consecución de recursos para la política de reparación: un mandato jurídico incrustado en normas del bloque de constitucionalidad, una conducta omisiva en su cumplimiento y la posibilidad real de acatarlo. Los dos últimos tendrían que ser evaluados en el caso concreto.

No podemos cerrar esta puerta hacia la línea de fuga sin advertir que resulta más fácil para las autoridades probar la diligencia en el cumplimiento del *deber de progresar*, que para las víctimas verificar una omisión en este sentido. La condición de vulnerabilidad que vive la víctima la pone en una situación de difícil acceso a toda la información necesaria para configurar los elementos de la inactividad administrativa. Es por esto que proponemos que también se deje en manos del Estado la carga probatoria.

⁴⁷³ Abramovich, Víctor. Curtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 92-116.

⁴⁷⁴ *Ibidem...*, p. 114.

Tabla 5: Líneas de fuga teórica para ampliar el alcance de la imputación

<i>Evento dañino</i>	<i>Ajustes en la imputación</i>
Éxodo	Presunción de falla del servicio
Día después del éxodo	Considerar la omisión en la búsqueda de recursos (humanos, económicos e institucionales) para la política pública de atención a la PSD, como un caso de inactividad administrativa que dé lugar a la falla del servicio, que también debería presumirse.

Fuente: Elaboración propia

3.3. Exploración conceptual de la reparación. La transición de un concepto en un contexto de transición

La reparación es tal vez el ingrediente más visible de la receta de la REPE. Allí radica la dificultad que implica tratar de explorarlo. Aunque lo vemos fácilmente en el plato fuerte, también puede aparecer en la entrada o en el postre. En términos paradigmáticos esto significa que reparar no es un ejercicio propio de la responsabilidad estatal, sino que aparece como un fenómeno necesario en otros paradigmas como el de la justicia transicional.

Al ser parte de varias recetas la reparación engendra algunas inquietudes: ¿Se trata del mismo ingrediente en todos los platos? ¿Su sabor es el mismo? ¿Cómo explicar que sea parte esencial de la REPE y al mismo tiempo aparezca en otros paradigmas? La sorpresa no debe ser tan grande, dirán algunos, el daño presenta una dificultad similar porque también es parte del paradigma de la justicia transicional y de la responsabilidad internacional del Estado, por ejemplo. Sin embargo, con la reparación ocurre algo

particular: tiene sabores distintos en cada plato. El alcance del concepto no es el mismo en cada paradigma.

Esta es precisamente la inquietud que nos lleva a plantear la necesidad de revisar el concepto tradicional a la luz de la urdimbre de enfoques, para luego saltar a los ejemplares.

El concepto de reparación es el producto de una constante metamorfosis. Uno es el que aparece en los textos clásicos de la responsabilidad civil y otro el que despliega sus alas en contextos de conflicto armado o regímenes dictatoriales. Los cambios de paradigma más importantes dejan su marca en el alcance y contenido de este ingrediente.

Si un representante del paradigma clásico de la responsabilidad indagara hoy por su contenido, se quedaría perplejo al evidenciar que las nociones de reparación in natura e indemnización quedaron atrás en las bibliotecas. La gama de remedios frente al daño es mucho más amplia, pues incorpora experiencias internacionales que reclaman un sentido simbólico y colectivo de la reparación.

Pero si un representante de este criterio amplio pisara tierra colombiana, también quedaría pasmado al observar un contexto en el que es necesario pensar la reparación como un ejercicio simultáneo de justicia correctiva y distributiva, en el que deben armonizar las reclamaciones de las víctimas con la escasez de recursos.

La reparación es el concepto que más varía en el paradigma. En dos párrafos hemos esbozado ya tres estados diferentes: el *clásico*, el *internacional* y el *transformador*. Nuestro propósito es presentar estos cambios para luego sumarnos a las inquietudes de un grupo de académicos que reclaman puertas abiertas para emprender las líneas de fuga teórica.

3.3.1. Del estado clásico al internacional de la reparación.

Cuando estudiamos la reparación en el paradigma clásico concluimos con el profesor Adriano De Cupis que se trataba de un ejercicio que podía tener dos modalidades: restitución e indemnización. Por la primera, quien causaba el daño se obligaba a dar el bien

arrebatado, reconstruir lo destruido o dejar de causar las molestias. Por la segunda, tendría que entregar una suma de dinero equivalente a aquel interés lesionado⁴⁷⁵.

El alcance clásico de la reparación se quedó corto frente a contextos de daños masivos, representados en violaciones graves de los derechos humanos, pues resultaba imposible arreglar completamente la situación del perjudicado. Por un lado, porque no se podía devolverle a su situación material previa, por el otro, porque con el dinero tampoco se lograban remediar las profundas heridas que dejaban los atentados a sus derechos fundamentales.

En un contexto de violaciones masivas de los derechos humanos, la comunidad internacional comenzó a cuestionarse el concepto. El que aparecía en el paradigma hasta ese momento no servía para arreglar integralmente a los perjudicados. Fue así como bajo la misma palabra “reparación” comenzó a tejerse una solución más compleja y nació la expresión “víctima” para representar mejor al perjudicado. El propósito en adelante sería recuperar la dignidad de las víctimas, no solo retornar al perjudicado a las condiciones previas al daño⁴⁷⁶.

Trataremos de explicar esta transición del estadio clásico de la reparación hacia su versión internacional en dos partes. En la primera abordaremos someramente el proceso que dio lugar a la construcción de un estándar internacional de reparación. En la segunda, trataremos de revisar su inserción en el contexto nacional.

3.3.1.1. *Confección del estándar internacional de reparación*

El concepto clásico de reparación tuvo eco en las primeras normas del derecho de la guerra contemporáneo. En la Convención sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, firmada en La Haya en 1907, se utilizó el término “indemnización” para referirse

⁴⁷⁵ Mientras con la restitución se hace un esfuerzo por recuperar la situación material que disfrutaría el perjudicado de no haber ocurrido el daño, con la indemnización se busca generar una situación económica similar a la que tendría sin perjuicio. De Cupis, Adriano. *El daño...*, pp. 747-841.

⁴⁷⁶ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD-. *Desplazamiento forzado, tierras y territorios. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación*, PNUD, Bogotá, 2011, pp. 121-122.

al compromiso de responsabilidad que tendrían los Estados si llegaban a desconocer dicho reglamento. En el imaginario jurídico del siglo XIX europeo, reparar se reducía al ejercicio de indemnizar⁴⁷⁷.

En Colombia, las primeras manifestaciones de responsabilidad estatal ofrecieron la indemnización como el remedio por antonomasia ante la ocurrencia de un daño. Salvo algunas excepciones, los jueces intentaron siempre encontrar un equivalente monetario del perjuicio y se preocuparon poco por identificar otras medidas de orden material. Las órdenes judiciales de actos conmemorativos, o prestaciones de asistencia médico – sanitaria (prótesis o cuidados de personal médico) son relativamente recientes⁴⁷⁸.

En el paradigma clásico, la reparación se condensaba en dos ejercicios: restitución (o reparación *in natura*) e indemnización. El cambio en el contenido del concepto comenzó después de la segunda guerra mundial con el fortalecimiento de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Se concibió la necesidad de garantizar al ciudadano un recurso para reclamar sus derechos ante violaciones perpetradas por los Estados: ¿de qué servirían tantos derechos si sus titulares no contaban con medios para protegerlos y reclamarlos?

El esfuerzo de la comunidad por darle forma a una carta internacional de derechos se vio fortalecido con la idea de un recurso para reclamarlos. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2), hasta la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 25), pasando por la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles e inhumanos (artículo 14),

⁴⁷⁷ **Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV). Art. 3.** La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada. (Las subrayas son propias) **La Haya, 18 de octubre de 1907.** Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm> Visita del 3 de abril de 2013.

⁴⁷⁸ Son memorables algunas excepciones: en el caso Villaveces, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ordenó la construcción de un monumento fúnebre para reparar el daño moral del reclamante por la exhumación voluntariosa de los restos humanos de su difunta esposa. Navia, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico...*, pp. 26-29. Sin embargo, las manifestaciones extraordinarias, como la reparación *in natura*, fueron aisladas y no formaron parte de la disciplina decisoria de los jueces. Dangond, Jorge. *Responsabilidad extracontractual del Estado...*, pp. 481-524.

entre otros, se pensó en el derecho de las personas a reclamar la protección de sus derechos ante cualquier tipo de violación.

Después de la proliferación de normas, la Asamblea General de las Naciones Unidas vio la necesidad de sistematizarlas alrededor de dos conceptos: el de reparación y el de impunidad. El primero, como manifestación del derecho a reclamar, el segundo, como circunstancia indeseable de ausencia de juzgamiento y sanción hacia quienes violaban los derechos humanos⁴⁷⁹.

Fue por eso que se encargó a la Comisión de Derechos Humanos la misión de ordenar el panorama jurídico internacional. Lo logró en dos documentos: el de *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”* (principios y directrices⁴⁸⁰) y el *“Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad”* (principios contra la impunidad⁴⁸¹).

Los documentos mencionados fueron ejercicios de recopilación, por lo que no generaron nuevas obligaciones para los Estados, sino que reafirmaron aquellas existentes en normas internacionales de DDHH y DIH. En ambas oportunidades se reconoció que al hacer valer el derecho de las víctimas a un recurso contra las violaciones de sus derechos y la impunidad, se ratificaban los principios del Estado de derecho, justicia y responsabilidad.

⁴⁷⁹ López, Carlos. *La acción de grupo: mecanismo adecuado y efectivo para reparar graves violaciones a los derechos humanos*, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 136-163.

⁴⁸⁰ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 60/147. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 21 de marzo de 2006, Disponible en: http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/downloads/2012/03/Principios_y_directrices_basicos_sobre_reparacion.pdf Visita del 5 de febrero de 2013.

⁴⁸¹ Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Documento E/CN.4/2005/102*, 18 de febrero de 2005, Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>, Visita del 5 de marzo de 2013.

El esfuerzo de sistematización permitió confeccionar un concepto más amplio de reparación. En adelante fue concebida como una obligación, a cargo del Estado, de reparar integralmente aquellos daños causados con la violación de obligaciones internacionales.

En primer lugar, al afirmar que se trata de una obligación del Estado se ratifica el papel protagónico que cumple en la protección de los derechos. Éste tiene la misión de garantizar los derechos de sus ciudadanos y mecanismos adecuados para que puedan reclamarlos en caso de ser vulnerados. Si llegan a ser vulnerados, se activa el mandato de reparación sin importar que dicha violación de derechos se origine en la conducta de un tercero. El Estado podrá reclamarle posteriormente, pero siempre será el principal responsable⁴⁸².

En segundo lugar, se trata de una garantía de reparación integral. Es decir, deben atenderse todos los perjuicios sufridos con la vulneración de los derechos humanos, en proporción adecuada a la naturaleza y gravedad de las violaciones. Por esta razón, fue necesario pensar en una gama amplia de remedios que superara el binomio restitución-indemnización. Se propuso entonces un concepto más amplio alrededor de cinco modalidades que intentan abarcar la complejidad del daño cuando se vulneran derechos humanos: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición⁴⁸³.

Trataremos de presentar brevemente cada modalidad aludiendo a su propósito y a las medidas concretas en que se ven representadas. Además, mostraremos sus posibles conexiones con la teoría tridimensional de la justicia, propuesta por Nancy Fraser, porque consideramos que alrededor del *estándar internacional* de la reparación se pueden alcanzar interesantes puntos de conexión entre el derecho y la teoría social.

La *restitución* comprende todas aquellas medidas encaminadas a regresar a la víctima a la situación material en que vivía antes de la violación de sus derechos. Implica la generación de las condiciones necesarias para que vuelva a disfrutarlos: entrega material

⁴⁸² *Principios y directrices...*, No. IX-15. Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación...*, pp. 15-25.

⁴⁸³ *Principios y directrices...*, No. IX-15 a 23. Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación...*, pp. 15-25.

de bienes despojados, reintegración laboral, retorno al lugar de residencia, devolución de libertades de circulación, de expresión, entre otras⁴⁸⁴.

Si lo miramos desde la dimensión tridimensional de la justicia de Fraser, podríamos decir que conjuga las tres aristas: distributiva, de reconocimiento y de representación. Se trata del ejercicio más completo de reparación por cuanto busca corregir las distorsiones generadas con el daño sobre el reparto de derechos, la identidad de la víctima y su capacidad de acción política⁴⁸⁵.

Con la *indemnización* se pretende retornar a la víctima a su condición económica previa a la vulneración de derechos. Se manifiesta en el pago de sumas de dinero para recuperar daños de orden físico y moral, así como los gastos en que debe incurrir para cubrir la asistencia médica y jurídica, la pérdida de ingresos laborales y de oportunidades económicas previas⁴⁸⁶. A la luz de la teoría de Fraser, se trata de un ejercicio para ajustar la distribución desigual de recursos que se genera con el daño⁴⁸⁷.

Se pensó en la *rehabilitación* como una medida para devolver a la víctima sus capacidades para asumir el proyecto de vida. Figuran como medidas específicas las de asistencia médica, psicológica y jurídica⁴⁸⁸. Por la connotación que tiene la expresión “rehabilitar”, consideramos que se trata de un remedio destinado a obrar justicia de representación, por cuanto intenta recuperar las condiciones objetivas mínimas para alcanzar la paridad participativa: los recursos materiales suficientes para tener voz política⁴⁸⁹.

La *satisfacción* se concibió como un conjunto de medidas orientadas a recuperar la identidad de las víctimas, su memoria y su dignidad como seres humanos. Se evidencia en

⁴⁸⁴ *Principios y directrices...*, No. IX-19.

⁴⁸⁵ Fraser, Nancy. *Escalas de justicia...*, pp. 15-64.

⁴⁸⁶ *Principios y directrices...*, No. IX-20.

⁴⁸⁷ Fraser, Nancy. La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento, participación..., pp. 9-29.

⁴⁸⁸ *Principios y directrices...*, No. IX-21.

⁴⁸⁹ Fraser, Nancy. La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento, participación..., En el mismo sentido: Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*. Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo (traductor), Siglo del Hombre, Bogotá, 1997, pp. 3-53.

un entramado de acciones como el reconocimiento público de responsabilidad por parte de los responsables, actos públicos de disculpas conmemoración y memoria, monumentos, creación de fondos y becas de apoyo con el nombre de las víctimas, búsqueda de desaparecidos, descubrimiento de la verdad acerca de las violaciones, entre otros⁴⁹⁰.

Una lectura desprevenida de las medidas que materializan la satisfacción deja ver la profunda conexión que existe entre este remedio y la justicia de reconocimiento. Satisfacer a las víctimas implicaría deshacer la imagen de “paria” y acogerlos en la sociedad sin prejuicios que limitaran el ejercicio de sus derechos⁴⁹¹.

El objetivo de aplicar *garantías de no repetición* es evitar que las víctimas vuelvan a sufrir una violación de sus derechos. Es por eso que se representan en acciones judiciales, administrativas y legales como: control de las fuerzas armadas del Estado por parte de autoridades civiles, fortalecimiento de la independencia de los jueces, protección de personal médico y de la información, educación en derechos humanos y DIH a las autoridades encargadas de velar por la protección de las víctimas, revisión y reforma de normas que pugnen contra los estándares internacionales de DDHH y DIH, entre otras⁴⁹².

Por la vocación de las acciones que implica la no repetición podemos afirmar que su vocación de justicia es la representación. Cuando se piensa en evitar nuevas violaciones de derechos se piensa también en la posibilidad de incluir a las víctimas en el escenario político, en igualdad de condiciones frente a quienes no han sufrido daños⁴⁹³.

En la siguiente tabla resumen podemos hacer una mirada general de los remedios propuestos en el ámbito internacional, a la luz de la teoría tridimensional de la justicia propuesta por la profesora Nancy Fraser.

⁴⁹⁰ *Principios y directrices...*, No. IX-22.

⁴⁹¹ Restrepo, Esteban. ¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia..., pp. 405 – 413.

⁴⁹² *Principios y directrices...*, No. IX-23.

⁴⁹³ Fraser, Nancy. *Escalas de justicia...*, pp. 15-64.

Tabla 6. Contenido del estándar internacional del derecho a la reparación a la luz de la teoría tridimensional de la justicia

<i>Modalidad del remedio</i>	<i>Dimensión de la Justicia</i>	<i>Propósito</i>	<i>Prestaciones</i>
Restitución	<i>Distributiva De reconocimiento De representación</i>	Regresar a la víctima a la situación material en que vivía antes de la violación de sus derechos.	Entrega material de bienes despojados, reintegración laboral, retorno al lugar de residencia, devolución de libertades de circulación, de expresión.
Indemnización	<i>Distributiva</i>	Retornar a la víctima a su condición económica previa a la vulneración de derechos.	Pago de sumas de dinero para recuperar daños de orden físico y moral, así como los gastos en que debe incurrir para cubrir la asistencia médica y jurídica, la pérdida de ingresos laborales y de oportunidades económicas previas.
Rehabilitación	<i>De representación</i>	Devolver a la víctima sus capacidades para asumir el proyecto de vida.	Medidas específicas de asistencia médica, psicológica y jurídica.
Satisfacción	<i>De reconocimiento</i>	Recuperar la identidad de las víctimas, su memoria y su dignidad como seres humanos.	Reconocimiento público de responsabilidad por parte de los responsables, actos públicos de disculpas conmemoración y memoria, monumentos, creación de fondos y becas de apoyo con el nombre de las víctimas, búsqueda de desaparecidos, descubrimiento de la verdad acerca de las violaciones, entre otros.
Garantías de no repetición	<i>De representación</i>	Evitar que las víctimas vuelvan a sufrir una violación de sus derechos.	Control de las fuerzas armadas del Estado por parte de autoridades civiles, fortalecimiento de la independencia de los jueces, protección de personal médico y de la información, educación en derechos humanos y DIH a las autoridades encargadas de velar por la protección de las víctimas, revisión y reforma de normas que pugnen contra los estándares internacionales de DDHH y DIH, entre otras.

Fuente: elaboración propia. Basado en: *Principios y directrices...*, No. IX-19 a 23; Fraser, Nancy. *La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento, participación...*, Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta...*, Fraser, Nancy. *Escalas de justicia...*,

La confección del estándar internacional de la reparación como un derecho humano tuvo lugar en el seno de la comunidad internacional. Compartió el mismo origen de otros derechos reconocidos en la carta internacional de derechos humanos. Sin embargo, algunas experiencias nacionales han demostrado que dichos contenidos pueden variar en contextos de conflicto armado o dictadura. Los procesos de transición hacia la paz o la democracia le han dado cierta autonomía a la reparación, sin que por ello pierda su carácter obligatorio. En últimas, es el resultado de una nutritiva relación de esfuerzos en la construcción de normas generales y su adaptación en ámbitos nacionales de justicia transicional⁴⁹⁴.

3.3.1.2. *Recepción del estándar internacional en el contexto nacional*

En el contexto colombiano el estándar internacional ha tenido una acogida paulatina. El proceso ha sido distinto en el ámbito legal-reglamentario y judicial. En el primer escenario, las medidas legales y administrativas que trataron de desprenderse del concepto tradicional reconocieron el estándar en el papel pero lo olvidaron en la práctica. En el segundo, los jueces fueron poco a poco ajustando los criterios de reparación al punto de homologar algunos de sus argumentos con los ofrecidos en el ámbito de protección internacional.

3.3.1.2.1. *El estándar en la ley y el decreto: un reconocimiento de papel.*

El reconocimiento legal y reglamentario del DEFO no trajo consigo la aplicación inmediata del estándar internacional de reparación. Las primeras medidas incluso ignoraron el concepto al punto de reconocer a las víctimas algunos beneficios bajo rótulos distintos. La ley 387 de 1997, por ejemplo, comprometió a las autoridades con la asistencia humanitaria de emergencia, la estabilización socioeconómica y el retorno de la PSD. Aunque las últimas dos medidas podrían haber sido un gesto de acogida del nuevo

⁴⁹⁴ Los contenidos iniciales del derecho a la reparación se han complementado con las experiencias nacionales que aportan nuevas ideas sobre la forma en que debe ser implementado cada remedio del estándar. Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación...*, pp. 15-24.

concepto, en la práctica se quedaron como promesas sujetas a la disponibilidad de recursos económicos e institucionales⁴⁹⁵.

En el imaginario de la época reparar implicaba reconocer la responsabilidad del Estado ante el DEFO. La única que se admitió fue sobre el diseño e implementación de políticas públicas⁴⁹⁶. Así se pudo ver en el decreto reglamentario 2569 de 2000 que hizo algunos ajustes institucionales. Parecieron más un límite que una garantía de reparación, porque sujetaron el acceso a los beneficios legales a la disponibilidad de recursos o a requisitos como la inscripción en el RUPD⁴⁹⁷. En últimas, las medidas que parecían ser parte de algún remedio ofrecido en el estándar internacional, como el retorno o la estabilización socioeconómica, se quedaron en manifestaciones de solidaridad con la tragedia de las víctimas, porque nunca se ofrecieron a título de reparación⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ Aunque el articulado de la ley no indica expresamente la necesidad de contar con recursos económicos para brindar los beneficios, su decreto reglamentario sí lo hace. El 2569 de 2000 está plagado de la expresión: “de acuerdo con la disponibilidad presupuestal”, y se usa para fijar límites al alcance de la ayuda inmediata (artículo 16), asistencia humanitaria de emergencia (artículo 17), retorno (artículo 18) y estabilización socioeconómica (artículo 25).

⁴⁹⁶ **Ley 387 de 1997. ARTICULO 30. De la responsabilidad del estado.** Es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia.

Para efectos del inciso anterior, se tendrán en cuenta los principios de subsidiaridad, complementariedad, descentralización y concurrencia en los cuales se asienta la organización del Estado colombiano.

⁴⁹⁷ **Decreto 2569 de 2000. Artículo 14. Exclusión del Registro Unico de Población Desplazada.** La exclusión del Registro Unico de Población Desplazada, y en consecuencia, la pérdida de los beneficios establecidos en la Ley 387 de 1997, a favor de la población desplazada, procede cuando... (las subrayas son propias)

⁴⁹⁸ Un discurso similar se propuso para atender a las demás víctimas del conflicto armado colombiano. En la ley 418 de 1997, cuya vigencia ha sido constantemente ampliada (ley 1106 de 2006), se reconoció la asistencia humanitaria como una medida de atención provisional inspirada en el principio de solidaridad social (artículo 16):

Ley 418 de 1997. Artículo 16. Modificado por la Ley 782 de 2002, artículo 7°. En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas, estas recibirán asistencia humanitaria, entendida por tal la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos esenciales, a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por los actos enunciados en el artículo 15. Esta ayuda humanitaria será prestada por las entidades públicas así: Por la Red de Solidaridad Social, en desarrollo de su objeto legal y de acuerdo con las directrices que para el efecto señale su Consejo Directivo, y por las demás entidades públicas señaladas en la presente ley, dentro del marco de sus competencias, siempre que la solicitud se eleve dentro del año siguiente a la ocurrencia del hecho... (las subrayas son propias)

Con la ley 975 de 2005 algunos recuperaron el optimismo. En su artículo 6 se indicaron como derechos de las víctimas la verdad, la justicia y la reparación. En el artículo 8 se enlistaron los componentes de reparación que conforman el estándar internacional. Sin embargo, el esfuerzo se quedó en una promesa incumplida a largo plazo. En el campo formal, el país entero presenció una “elusión constitucional”⁴⁹⁹. En el material, la inoperancia de la norma.

Después de la sanción de la norma se expidió una constelación de decretos que marcaron un retroceso sistemático en el cumplimiento de sus objetivos. En primer lugar, el proceso de desmovilización colectiva de los paramilitares se tornó en un cúmulo de arreglos individuales⁵⁰⁰. En segundo lugar, el estándar internacional de reparación se fue diluyendo entre medidas que reconocían algunos remedios pero a título de solidaridad, no de responsabilidad. El Estado fue dejando a las víctimas en medio de un esquema de subsidios en el que ya era imposible distinguir entre medidas de reparación y de asistencia social.

El mejor ejemplo de la elusión en este sentido es el decreto 1290 de 2008 que incorporó la expresión “indemnización solidaria”, para referirse a la prestación económica que brindaría en adelante el Estado a las víctimas de algunas violaciones de derechos (artículo 4). No sobra advertir que el monto máximo reconocido, por delitos como homicidio o desaparición forzada, fue notoriamente inferior al máximo reconocido por el Consejo de Estado para el pago de perjuicios morales: 40 salarios frente a 100, respectivamente. El monto máximo reconocido a las víctimas de desplazamiento fue de 27 salarios (artículo 5). Además, el artículo 12 de la misma norma aumentó la confusión al

⁴⁹⁹ El término fue acuñado por el profesor Manuel Quinche, para quien se trata de un fenómeno en el que el Gobierno busca evitar el control de constitucionalidad sobre las leyes, a través de la expedición de decretos reglamentarios en los que se desarrollan materias sujetas a reserva legal. Dicha práctica opera con la motivación de que el Consejo de Estado no ofrece controles estrictos sobre las actuaciones del presidente. Quinche, Manuel. *Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 306.

⁵⁰⁰ Algunos decretos como el 1059 de 2008 y el 614 de 2009 resultaron escandalosos. Brindaron aval jurídico a desmovilizaciones individuales (acuerdos humanitarios individuales) e incluso favorecieron a infractores posteriores a la vigencia de la ley 975. *Ibidem...*, pp. 320-323.

ordenar descontar de las reparaciones reconocidas por vía judicial aquellas otorgadas por la vía administrativa⁵⁰¹.

En términos materiales, la ley quedó enterrada en medio de la reproducción del fenómeno paramilitar y la ineficiencia administrativa. De un lado, el proceso de desmovilización se vio alterado con el surgimiento de bandas criminales, integradas por excombatientes dedicados al negocio del narcotráfico, y la extradición de los principales jefes a los Estados Unidos⁵⁰².

De otro lado, el papel de las autoridades encargadas de brindar atención y reparación a las víctimas ha sido ineficiente. Para el año 2009 la Fiscalía General registró apenas dos eventos de restitución de tierras, sin ninguna sentencia que declarara la responsabilidad penal de los desmovilizados. Por su parte, Acción Social registró 42 actas de recepción de bienes inmuebles de desmovilizados sin condiciones suficientes para emprender su explotación agraria⁵⁰³.

En la ley 1448 de 2011 se plasmó otro intento de incorporar el estándar internacional. Los remedios de reparación fueron tomados en lo esencial sin ninguna modificación en el articulado⁵⁰⁴. A diferencia de la ley 975, esta medida se orientó hacia la protección de los derechos de las víctimas del conflicto. Sin embargo, a pesar de la amplitud de herramientas que ofrece, ha resultado ser una ley incoherente en términos de responsabilidad.

⁵⁰¹ **Decreto 1290 de 2008. Artículo 12. Deducciones.** En caso que el Estado ingrese en la secuencia de reparación en un papel subsidiario o residual para dar cobertura a los derechos de las víctimas, el Fondo para la Reparación de las Víctimas deducirá del valor decretado judicialmente, llevado a su valor actual, la reparación que hubiere otorgado en virtud del presente programa y que fuere susceptible de valoración económica... (las subrayas son propias).

⁵⁰² Quinche, Manuel. *Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz...*, p. 305-328.

⁵⁰³ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En: *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*/Miembros de la mesa de expertos Leonardo Villa Arcila... [et. Al.]; Coordinadora de mesa de expertos Santiago Martínez Castillo –Editora académica Catalina Díaz Gómez, Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ– Bogotá, 2010, pp. 211-212.

⁵⁰⁴ **Ley 1448 de 2011. Artículo 69. Medidas de reparación.** Las víctimas de que trata esta ley, tienen derecho a obtener las medidas de reparación que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.

Para configurar el estándar internacional, los Estados tienen en cuenta que uno de los principios que sustentan la reparación es el de reconocimiento de su propia responsabilidad. En otras palabras, se asume la tarea de reparar porque se entiende que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos de sus ciudadanos, aun cuando los particulares sean quienes directamente causen las violaciones. La responsabilidad se fundamenta en la negligencia para evitar el perjuicio y hacer respetar la dignidad de las víctimas, no en el hecho mismo del daño⁵⁰⁵.

En este orden de ideas, lo más lógico es que los Estados diseñen programas de reparación sobre el reconocimiento de su responsabilidad en la garantía de los derechos de las víctimas. Pero no fue lo que ocurrió con la ley 1448. En varias proposiciones de la norma circula una advertencia de irresponsabilidad: el reconocimiento de los beneficios aquí contenidos no puede entenderse como un acto de reconocimiento de responsabilidad, ni como prueba alguna en este sentido⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC. Respuesta al Oficio UPT-A-460/2010. Corte Constitucional. Accionantes: Saín Aguilar. Accionados: Acción Social, Bogotá, 2010. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&litigio=36, visita del trece (13) de diciembre de 2011.

⁵⁰⁶ **Ley 1448 de 2011. Artículo 9°. Carácter de las medidas transicionales.** El Estado reconoce que todo individuo que sea considerado víctima en los términos en la presente ley, tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente ley, no se vuelvan a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos.

Las medidas de atención, asistencia y reparación adoptadas por el Estado, tendrán la finalidad de contribuir a que las víctimas sobrelleven su sufrimiento y, en la medida de lo posible, al restablecimiento de los derechos que les han sido vulnerados. Estas medidas se entenderán como herramientas transicionales para responder y superar las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley.

Por lo tanto, las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, así como todas aquellas que han sido o que serán implementadas por el Estado con el objetivo de reconocer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, no implican reconocimiento ni podrán presumirse o interpretarse como reconocimiento de la responsabilidad del Estado, derivada del daño antijurídico imputable a este en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, como tampoco ningún otro tipo de responsabilidad para el Estado o sus agentes.

El hecho que el Estado reconozca la calidad de víctima en los términos de la presente ley, no podrá ser tenido en cuenta por ninguna autoridad judicial o disciplinaria como prueba de la responsabilidad del Estado o de sus agentes. Tal reconocimiento no revivirá los términos de caducidad de la acción de reparación directa.

En el marco de la justicia transicional las autoridades judiciales y administrativas competentes deberán ajustar sus actuaciones al objetivo primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable. Para estos efectos se deberá tener en cuenta la sostenibilidad fiscal, la magnitud de las consecuencias de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley, y la naturaleza de las mismas.

En los eventos en que las víctimas acudan a la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de reparación directa, al momento de tasar el monto de la reparación, la autoridad judicial deberá valorar y tener en cuenta

Para aumentar la confusión, el legislador incorporó un mandato que prohíbe la doble reparación y ordena la compensación entre medidas de reparación judicial y administrativa. Es decir, que si la víctima reclama su derecho ante un juez, después de recibir los beneficios legales, éste deberá descontar todas aquellas ayudas brindadas al reclamante por los mecanismos administrativos contenidos en la ley⁵⁰⁷.

He aquí el sinsentido de la norma. En contra de los principios que orientan el derecho internacional, el Estado advierte su irresponsabilidad pero al mismo tiempo le confiere alcance de reparación, compensable con la judicial, a los beneficios reconocidos en la ley⁵⁰⁸. En otras palabras, asegura que pagará los platos rotos sin que deba pensarse que realmente los rompió. Pero al mismo tiempo, advierte que si los cobran de nuevo ante un juez deberá reconocerse el pago ya hecho, como si en verdad los hubiera roto⁵⁰⁹.

3.3.1.2.2. *El estándar en manos de los jueces: el largo trecho del papel a las sentencias*

Hemos hecho una lectura general del proceso de recepción del estándar internacional en la dinámica legal y administrativa del Estado colombiano. Muchos detalles se nos han quedado por el camino, seguramente, pero debemos continuar hacia el frente judicial, clave a la hora de incorporar los criterios de reparación. Por eso, iniciaremos una ruta que

el monto de la reparación que en favor de las víctimas se haya adoptado por el Estado, en aras de que sea contemplado el carácter transicional de las medidas que serán implementadas en virtud de la presente ley. (las subrayas son propias).

⁵⁰⁷ **Ley 1448 de 2011. Artículo 20. Principio de prohibición de doble reparación y de compensación.** La indemnización recibida por vía administrativa se descontará a la reparación que se defina por vía judicial. Nadie podrá recibir doble reparación por el mismo concepto.

⁵⁰⁸ Para algunos jóvenes académicos, la ley se ha convertido en una herramienta retórica que se formula para ganar legitimidad política ante las víctimas, no para reparar su tragedia. Un botón de muestra más de la eficacia simbólica del derecho. López, David. ¿Reparar o sostener? Eficacia simbólica del derecho en la ley de víctimas. En: *Revista Escenarios Sociojurídicos*, No. 6, año 2012. Disponible en: <http://www.redsociojuridica.org/escenarios/edicion-6/REPARAR%20O%20SOSTENER%20EFICACIA-SIMBOLICA-DEL-DERECHO-EN-LA-LE-%20DE-VICTIMAS.pdf> Visita del 28 de mayo de 2013.

⁵⁰⁹ **Ley 1448 de 2011. Artículo 133. Indemnización judicial, restitución e indemnización administrativa.** En los eventos en que la víctima no acepte de forma expresa y voluntaria, que la entrega y recepción de la indemnización administrativa se entienda realizada en el marco de un contrato de transacción en los términos del artículo anterior, y el Estado sea condenado judicialmente a repararla, se descontarán de dicha condena la suma de dinero que la víctima haya recibido de cualquier entidad del Estado y que constituyan reparación. De igual forma, de la condena judicial se descontará el valor monetario de los predios que sean restituidos, de conformidad con la tasación monetaria que se realice de los mismos. (las subrayas son propias).

comienza en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), continúa en la Corte Constitucional y llega hasta el Consejo de Estado.

Para comenzar, el proceso de incorporación del estándar internacional en el ámbito judicial nacional tuvo lugar gracias al activo papel de la CIDH. Como juez de la responsabilidad internacional del Estado, se propuso aplicar los componentes del concepto internacional de reparación en dos facetas simultáneas: una de medidas para la cesación de las violaciones de DDHH, y otra para la reparación de las consecuencias de la acción⁵¹⁰.

En la primera faceta, la CIDH buscó modificar el accionar estatal para que cesaran las causas permanentes del daño. Fue así como las garantías de no repetición aparecieron en forma de órdenes dirigidas a los Estados, encaminadas a tomar medidas legislativas, judiciales y administrativas. Dentro de las primeras, armonizar su legislación interna con los mandatos de la Convención Interamericana. Como muestra de las segundas, evitar la impunidad, investigar, juzgar y sancionar a los autores directos de las violaciones. Entre las terceras, enmendar prácticas administrativas que generaran la vulneración de los derechos de las víctimas⁵¹¹.

En la segunda faceta, la Corte buscó controlar las consecuencias del daño. Asimiló los componentes de la restitución y la rehabilitación bajo el rótulo de *medidas de restauración*. Los de la satisfacción e indemnización fueron incorporados en los mismos términos que usó la Asamblea General de Naciones Unidas en la Declaración de Principios y Directrices. De esta manera, quedaron cubiertas las dimensiones material, simbólica y patrimonial de la reparación⁵¹².

Como juez de la responsabilidad internacional del Estado, la CIDH aprovechó sus sentencias para retener la memoria de las víctimas y reconstruir la historia del paramilitarismo en Colombia. Además, ratificó la obligación de aplicar los estándares

⁵¹⁰ Quinche, Manuel. *Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz...*, 106-115.

⁵¹¹ *Ibidem...*, p. 106-108.

⁵¹² *Ibidem...*, p. 109. Como lo veremos más adelante, el rótulo de medidas de restauración dio lugar a otro al interior del Consejo de Estado: medidas de *justicia restaurativa*.

internacionales de justicia y reparación en los fallos del ámbito nacional. Fue enfática en afirmar que las reclamaciones de las víctimas no pueden enfrentar dilaciones ni cargas procesales excesivas⁵¹³.

A diferencia de la CIDH, el papel de la Corte Constitucional Colombiana no fue tan contundente al principio. El silencio de la ley 387 frente al derecho de reparación de las víctimas del DEFO se reflejó en la sentencia T-025. Ninguna consideración hizo alusión directa al estándar internacional⁵¹⁴.

Cuando declaró el ECI hizo un inventario de los derechos fundamentales que se consideraban vulnerados con el desplazamiento, pero dentro de éste no apareció la reparación⁵¹⁵. Algunos componentes del estándar internacional aparecieron dispersos en el capítulo de niveles mínimos de satisfacción de derechos, pero como garantías independientes. Es el caso del derecho de protección frente a prácticas no discriminatorias y el de retorno y restablecimiento en el lugar de origen (fundamento 9).

La Corte Constitucional recibió el estándar de manos del legislador y de la jurisprudencia de la CIDH. Cuando aparecieron los cinco elementos de la reparación en la ley 975 (artículo 8), la Corte justificó su existencia con el siguiente argumento: la norma prescribe los componentes de un derecho de las víctimas reconocido en un tratado internacional (Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 63.1)⁵¹⁶. Su alcance, será el que fije el mismo tratado o en su defecto, el tribunal encargado de

⁵¹³ *Ibídem...*, p. 115-128.

⁵¹⁴ Dueñas, Óscar. *Desplazamiento Interno Forzado: un estado de cosas inconstitucional que se agudiza...*, pp. 32-33.

⁵¹⁵ Es curioso que aparezcan otros derechos como el de la paz, sobre el que no se ha resuelto su condición de fundamental (T-025/2004, fundamento 5.2. No. 15), pero que la reparación ni siquiera se mencione. Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004. M.P.: Manuel José Cepeda, Fundamento Jurídico 5.2.

⁵¹⁶ **Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 63.** 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. (las subrayas son propias).

interpretarlo. Es por esto que la jurisprudencia de la CIDH constituye una pauta hermenéutica relevante⁵¹⁷.

A pesar de la aceptación expresa del estándar ofrecido por la CIDH (medidas de cesación de las violaciones, de restauración, satisfacción e indemnización) la Corte asimiló los cinco remedios contenidos en la Declaración de Principios y Directrices (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición). En sentencias posteriores, como la C-715 de 2012 y C-099 de 2013, ratificó su obligatoriedad en los procesos de reparación de la ley 1448⁵¹⁸.

Finalmente el Consejo de Estado asimiló el estándar internacional con mayor fidelidad a la CIDH que la Corte Constitucional. Tuvo en cuenta su jurisprudencia para mover la balanza desde el extremo de la reparación integral al de las *medidas de justicia restaurativa*. Con ésta denominación se refirió al conjunto de medidas que buscan brindar a la víctima soluciones al daño que integren las dimensiones patrimonial, simbólica, individual y colectiva de la reparación⁵¹⁹.

La confección del concepto de *medidas de justicia restaurativa* se debe, entre otras, a dos razones. En primer lugar, a la recepción de la idea de restauración, sugerida en la

⁵¹⁷ ...“4.6. La Corte destaca con particular énfasis, que las anteriores conclusiones provienen de Sentencias de un Tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 superior prescribe que los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ahora bien, si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno. Por ello, esta Corporación ha reconocido relevancia jurídica a la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” (las subrayas son propias). Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

⁵¹⁸ En la sentencia C-715 de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas, fundamentos 4.2. y 4.3, la Corte ratificó el estándar internacional al analizar la constitucionalidad de algunas proposiciones de la ley 1448 que limitaban el acceso a los programas de restitución de las víctimas que abandonaban los predios, sin tener que ser despojadas por la fuerza. En la C-099 de 2013. M.P.: María Victoria Calle, fundamento 6.1., se dispuso a evaluar la constitucionalidad del artículo 132 que establecía la posibilidad de evitar el acceso de las víctimas a la jurisdicción. Recuperó los argumentos de la C-715/2012 para concluir que la medida contrariaba en algunos casos los componentes mínimos de una reparación.

⁵¹⁹ Peña, Carlos. *Reparación integral. Consideraciones críticas. Una aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediciones Veramar, Bogotá, 2011, pp. 27-62.

jurisprudencia de la CIDH y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR). En segundo lugar, a una lectura renovada de la frontera entre responsabilidad internacional del Estado (RIE) y responsabilidad patrimonial del Estado (REPE).

En primer lugar, el concepto de *medidas de justicia restaurativa* se inspiró en una serie de recomendaciones que hizo la CNRR para que fuera implementada la ley 975. Con el propósito de diseñar un programa administrativo de reparaciones, la Comisión desarrolló un estudio en el que evidenció la necesidad de brindar reparación integral a las víctimas del conflicto⁵²⁰.

A diferencia de otros contextos, como el chileno o argentino, la transición hacia la paz no podía significar la impunidad ni la irresponsabilidad de los victimarios. La propuesta giró en torno a la búsqueda de una restauración de la dignidad de los afectados alrededor de los cinco componentes del estándar internacional.

Con base en dicho estudio y en el concepto de *medidas de restauración*, propuesto por la CIDH, el Consejo de Estado comenzó a tomar decisiones que fueron más allá de una orden de indemnización. Para el juez contencioso, las violaciones de derechos humanos no podían quedarse con la acostumbrada respuesta, sino que merecían una más completa que aplicara las medidas del derecho internacional sobre reparación. Las víctimas tuvieron acceso a remedios simbólicos y colectivos⁵²¹.

⁵²⁰ La CNRR pensó en un esquema de justicia restaurativa alrededor de cuatro criterios: 1) de acceso a la justicia, para esclarecer la verdad; 2) de identificación de los distintos daños sufridos por las víctimas, para adoptar medidas de reparación integral; 3) de prueba de dichos daños y de las pretensiones de reparación realizadas por las víctimas, con el fin de brindar restauración proporcional a su impacto; 4) de vínculo entre daños sufridos y medidas de reparación, tendientes a equilibrar las medidas de reparación judicial y las de orden administrativo. *Acnur, Comunicado de prensa: Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa, 7 de mayo de 2007*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/recursos/informacion-sobre-pais-de-origen/detalle-documento-coi/recomendacion-de-criterios-de-reparacion-y-de-proporcionalidad-restaurativa/> Visita del 22 de abril de 2013.

⁵²¹ Bajo el rótulo de *medidas de justicia restaurativa* el Consejo de Estado ordenó a la Policía Nacional adoptar tres medidas no pecuniarias, para reparar el daño causado a las víctimas con la omisión en el cuidado de los retenidos Omar y Henry Castañeda Carmona y Horacio Londoño Zapata: 1. Presentar excusas públicas ante los familiares de las víctimas, 2. Diseño e implementación de un programa de capacitación a la comunidad en la protección de los derechos humanos, 3. Publicación de la sentencia en un lugar visible de las instalaciones de la entidad responsable. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 20/feb/2008, Radicación. No. 16996, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: María Delfa Castañeda y otros.

En segundo lugar, el proceso de inserción del estándar se facilitó gracias a un acercamiento entre dos paradigmas de responsabilidad, tradicionalmente distintos. El Consejo de Estado homologó sus argumentos de reparación con algunos ofrecidos por la CIDH. Pero, ¿acaso no se trata de razones propias del paradigma de la responsabilidad internacional del Estado (RIE), distante del de la REPE? La respuesta en este caso es afirmativa. ¿Por qué entonces se tuvieron en cuenta?

Para empezar, digamos que la RIE es una institución del derecho internacional pensada para sancionar los hechos internacionalmente ilícitos de un Estado. Se entiende por tal aquella conducta atribuible a cualquier autoridad estatal que desconoce abiertamente una obligación internacional del Estado⁵²². Implica, de un lado, la violación de una obligación internacional, sin importar su origen o naturaleza –elemento objetivo⁵²³. Del otro, la atribución a actuaciones u omisiones de cualquiera de sus órganos (legislativo, ejecutivo, judicial o de otra índole), sin importar su posición en la organización del Estado –elemento subjetivo⁵²⁴.

El paradigma de la RIE acoge dos creencias. Una de ellas, es que solamente puede ser reclamada por otro Estado que busca proteger a sus respectivos nacionales. Ello explica la posibilidad de que un hecho ilícito pueda ser admitido para contrarrestar otro⁵²⁵. La otra,

⁵²² **Resolución 56/83 Documento: A/56/PV.85 12 dic. 2001. Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado.** Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Organización De Las Naciones Unidas. Asamblea General, *Resolución 56/83 Documento: A/56/PV.85 12 dic. 2001 sin votación*. Disponible en internet en: http://www.un.org/Depts/dhl/spanish/resdecls/res56_1s.htm. Visitada el cuatro (4) de noviembre de 2010.

⁵²³ **Resolución 56/83 Documento: A/56/PV.85 12 dic. 2001. Artículo 12. Existencia de violación de una obligación internacional.** Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

⁵²⁴ Se entiende que la conducta es atribuible al Estado aún en aquellos casos en los que un particular la desarrolla en representación del Estado, bajo su autorización. **Resolución 56/83 Documento: A/56/PV.85 12 dic. 2001, artículo 11. Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio.** El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

⁵²⁵ **Resolución 56/83 Documento: A/56/PV.85 12 dic. 2001, Artículo 22. Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito.** La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte. En el

es que el daño no se considera parte del elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, por cuanto el desconocimiento de una obligación internacional no necesariamente deriva en perjuicio de otro sujeto del derecho internacional⁵²⁶.

La CIDH ha propuesto salidas a las barreras que engendran estas creencias, con lo que el paradigma de la RIE se acerca más al de la REPE. De un lado, admite que los seres humanos deben ser considerados como sujetos del derecho internacional, por lo que bastan los elementos objetivo y subjetivo para que pueda hablarse de RIE, sin que deba pensarse que solo terceros estados pueden reclamarla⁵²⁷.

Del otro, el concepto de RIE dio un giro importante cuando la Corte lo aplicó a asuntos de desacato de las obligaciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos. En sus artículos 1 y 2 figuran mandatos de respeto y garantía de derechos, que obligan al Estado a abstenerse de vulnerarlos y a desplegar medidas para que puedan ejercerlos plenamente⁵²⁸. Para la Corte, dichas normas ubican al Estado en posición de garante frente a sus ciudadanos. Cualquier violación genera responsabilidad

mismo sentido: Quintana, Juan. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2001., pp. 267 – 280. Gaviria, Enrique. *Derecho Internacional Público*, quinta edición, Bogotá, TEMIS, 1998, pp. 249 – 257.

⁵²⁶ La invasión temporal del espacio aéreo de un Estado vecino constituye en sí misma una violación de obligaciones internacionales contenidas en tratados transfronterizos, pero no deriva necesariamente en algún perjuicio a sus habitantes, si se trata apenas del cruce no autorizado de aeronaves. Huici, Laura. *El hecho internacionalmente ilícito de las Organizaciones internacionales. El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 47 – 71.

⁵²⁷ Un enfoque como el aquí comentado, constituye aquello que el profesor Cancado Trindade llama *manifestación de la conciencia humana* en el orden jurídico universal. Cancado, Antonio. Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal. En: *Revista Estudios Sociojurídicos*, junio de 2006, Volumen 8, No. 1, Bogotá, Universidad del Rosario, pp. 15 – 36.

⁵²⁸ **Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.** 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (las subrayas son propias).

internacional al margen de la identidad de su autor directo. Además, incumplirlas acarrea necesariamente un daño que debe ser reparado⁵²⁹.

Esta lectura de las obligaciones estatales nos obliga a pensar que estamos ante un hecho ilícito internacional que implica daños. En otras palabras, en el contexto interamericano, desconocer los artículos 1 y 2 de la Convención genera un perjuicio que no puede aislarse a la hora de pensar en la RIE. Sobre esta base argumentativa, los esquemas de responsabilidad de la CIDH y los del Consejo de Estado se hacen más familiares⁵³⁰.

Al adoptar el concepto de *medidas de justicia restaurativa* y la lectura renovada del paradigma de la RIE, el Consejo de Estado consiguió incorporar el estándar internacional de reparación. Nuestro juez contencioso comprende desde entonces que la *reparación integral* puede entenderse de dos maneras. Una, como la que se ofrece a las víctimas de perjuicios comunes, que no acarrearán la vulneración de un derecho humano (reconocido en la carta internacional de DDHH), y otra como la que surge cuando se atenta contra este tipo de garantías superiores.

En el primer caso, el daño es apenas objeto de indemnizaciones (*reparación integral*)⁵³¹. En el segundo, de un ejercicio más complejo que encierra remedios de orden material y simbólico (*medidas de justicia restaurativa*). En este último escenario, el Consejo ha determinado que se atenta contra la dimensión objetiva de un derecho, lo que justifica extender los alcances de la reparación⁵³².

⁵²⁹ Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit –GTZ-. *Daño y reparación judicial en el ámbito de la ley de Justicia y Paz*, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2010, pp. 261-266.

⁵³⁰ Peña, Carlos. *Reparación integral. Consideraciones críticas...*,

⁵³¹ No encontramos un ejemplo claro de daños comunes, es decir, que recaigan sobre derechos que se encuentren fuera del catálogo de los derechos humanos. Se nos ocurrió pensar en la propiedad, por ser el que se afecta con mayor frecuencia y casi siempre da lugar a indemnizaciones. Sin embargo, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos nos amainó el empeño.

⁵³² Así lo reconoció en casos de afectación al derecho a la vida y libertad de retenidos en poder del Estado, y del derecho a la salud de la gestante de trillizas. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 20/feb/2008, Radicación. No. 16996, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: María Delfa Castañeda y otros. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 19/ago/2009, Radicación. No. 18364, C. P.: Enrique Gil, actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros.

Hemos seguido el proceso de construcción del estándar internacional y su inclusión en el paisaje de conceptos nacional. Hasta el momento, un lector desprevenido podría advertir que basta con dejar el camino en este punto para emprender las líneas de fuga teórica. Sin embargo, todavía nos queda un tramo: las reparaciones con enfoque transformador.

3.3.2. Del estado internacional al transformador

Los elementos de la reparación que hemos esbozado resultan apropiados para recuperar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. El estándar internacional es de por sí un gran avance en este sentido. Se trata de un ejercicio que pretende “restaurar” las condiciones de vida que se tendrían sin perjuicio, de manera que los afectados puedan volver al estado de cosas que vivían antes de que ocurriera. Desde esta perspectiva, reparar implica brindar remedios proporcionales a la magnitud y gravedad del daño.

Volver a al pasado sin daño, es la consigna de la reparación hasta el momento. Sin embargo, no siempre se trata de un viaje feliz. ¿Vale la pena llevar a ese pasado a millones de víctimas que antes del daño vivían en condiciones extremas de pobreza y exclusión? ¿No será mejor “volver al futuro”, a un futuro más promisorio? Estas preguntas solo pueden nacer en un contexto como el colombiano⁵³³.

Las herramientas del concepto internacional de la reparación resultan ideales en sociedades “bien ordenadas”, en las que ya existe un reparto equitativo de cargas y beneficios que debe restaurarse cuando se vea alterado con el daño. Sin embargo, en sociedades “bien desordenadas”, el perjuicio solamente agrega caos al caos, porque se trata de escenarios marcados por la exclusión, la pobreza y la desigualdad. En este tipo de casos,

⁵³³ Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática. En: Díaz, Catalina; Sánchez, Camilo; Uprimny, Rodrigo (editores) *Reparar en Colombia. Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Dejusticia, Bogotá, 2009, p. 35.

no vale la pena ajustar aquello que ya venía desajustado, sino tratar de corregir la raíz del “desorden”⁵³⁴.

Con esta breve justificación presentamos la necesidad de ampliar el concepto internacional de reparación para darle una vocación “transformadora”⁵³⁵. Intentaremos explicar su naturaleza y alcance en dos momentos. Uno dedicado a la explicación del concepto y otro a la de su alcance.

3.3.2.1. *El concepto de la reparación transformadora*

El concepto de *reparación transformadora* es apropiado para sanar heridas en contextos “bien desordenados”. Antes de lanzarnos a la aventura del concepto, haremos un breve repaso por su contexto. Es decir, presentaremos algunas razones por las que se justifica en escenarios como el colombiano. Después, trataremos de presentar el contenido del concepto, como el fruto de la tensión surgida entre la justicia correctiva y la distributiva.

3.3.2.1.1. *Para un contexto “bien desordenado”*

Colombia es una “sociedad bien desordenada”. En términos generales, se caracteriza por la desigualdad en la distribución de la riqueza y las oportunidades, la exclusión y la pobreza. En términos más concretos, por un conflicto armado que ha dejado un fenómeno de despojo y pobreza estructurales. Unos y otros justifican la búsqueda de una *reparación transformadora*, pero en esta oportunidad nos concentraremos en los más específicos.

⁵³⁴ Las expresiones alusivas al orden son tomadas de John Rawls. Las que aluden al desorden, de los trabajos del profesor Rodrigo Uprimny. Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Distributive justice and the restitution of dispossessed land in Colombia. In: *Distributive Justice in Transitions*. Mortem Bregmsmo, César Rodríguez, Pablo Kalmanovitz and María Paula Saffón (editors), Torkel Opsahl Academic E Publisher and Peace Research Institute Oslo, Oslo, 2010, pp. 386-389.

⁵³⁵ La expresión se la debemos al maestro Rodrigo Uprimny, quien la construyó en medio de un grupo de académicos interesados en corregir las falencias de la reparación en contextos de transición, desde el conflicto armado hacia la paz o desde la dictadura hacia la democracia. El legislador tuvo la afortunada idea de incorporar la expresión en el texto de la ley 1448 de 2011.

Artículo 25. Derecho a la reparación integral. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente Ley... (las subrayas son propias).

En primer lugar, el fenómeno de despojo que azota a la PSD se caracteriza por ser sistemático, continuo y trágicamente necesario para el modelo de desarrollo rural actual. Es sistemático, por cuanto hace parte de una estrategia de guerra eficaz para conservar las ventajas sobre el enemigo. El despojo violento se combina con transferencias legales pero fraudulentas de propiedad, de manera que es casi imposible identificar a los responsables. Resulta lógico en un escenario con alta concentración de la tierra, en el que la propiedad se dispone a través de mecanismos informales, en los que por demás, poco participan las mujeres y las comunidades indígenas y afrodescendientes⁵³⁶.

El negocio del narcotráfico le da larga vida al conflicto y justifica el despojo para alcanzar mayores y mejores tierras, ya sea para la producción, o para limpiar la riqueza que genera. No se ve una solución del problema a corto plazo, porque la dinámica del conflicto permite que los grupos armados coopten las instituciones que tienen competencias relacionadas con los derechos de propiedad⁵³⁷. Además, su presencia hace casi imposible el retorno de la PSD⁵³⁸.

El despojo es necesario para mantener el modelo de desarrollo rural predominante en el país. Es desafortunado que el Estado colombiano se empecine en generar cadenas de producción a gran escala, desestime la pequeña economía campesina y estimule así la acumulación de grandes extensiones de tierra para el monocultivo y la ganadería. Con el horizonte puesto en la exportación de materia prima, las autoridades se olvidan de la

⁵³⁶ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En: *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*/Miembros de la mesa de expertos Leonardo Villa Arcila... [et. Al.]; Coordinadora de mesa de expertos Santiago Martínez Castillo –Editora académica Catalina Díaz Gómez, Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ– Bogotá, 2010, pp. 192-202.

⁵³⁷ *Ibidem*..., p. 202-204.

⁵³⁸ En el año 2012, en promedio, 5 defensores de derechos humanos fueron asesinados y cada 20 horas agredidos con amenazas o desapariciones. El terrible resultado se evidencia en dos cifras espeluznantes: 357 agresiones individuales y 120 comunitarias, la mayoría en contra de defensores de procesos de restitución de tierras en Antioquia, Cauca, Nariño, Valle y Chocó. Por lo visto, las medidas de seguridad ofrecidas por el gobierno terminaron siendo “pañitos de agua tibia” aplicados a una enfermedad “estructural”. Programa Somos Defensores. Efecto placebo. *Informe anual 2012. Sistema de Información sobre Agresiones contra Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en Colombia –SIADDHH–*, Programa Somos Defensores-Asociación Minga, Bogotá, 2012. Disponible en: <http://www.oidhaco.org/uploaded/content/article/1661103593.pdf>. Visita del 3 de marzo de 2013.

importancia de brindar condiciones económicas estables para que la PSD pueda integrarse con dignidad en los circuitos económicos⁵³⁹.

En segundo lugar, las víctimas del DEFO están encadenadas a trampas de pobreza de las que no se puede salir con el simple paso del tiempo. El despojo genera la pérdida de capital físico, financiero, humano y social. Estos menores ingresos no significan la disminución automática del nivel de consumo. Es difícil ahorrar porque la PSD consume como lo hacía antes del éxodo, pero su ingreso disminuye o desaparece. Es por esto que tampoco pueden adquirir bienes productivos que les permitan generar ingresos (maquinaria, herramientas).

Ante un panorama económico como éste, quedaría una pregunta con salidas igualmente trágicas. A la pregunta: ¿Consumimos menos para poder ahorrar y obtener así bienes productivos que permitan aumentar el ingreso? Las respuestas generan un dilema de pobreza: si de un lado respondemos que sí, podría consumirse menos y ahorrar, ello implicaría desmejorar la dieta alimenticia y los gastos en salud y educación. Sería entonces una condena segura a la desnutrición, la morbi-mortalidad y el analfabetismo. Si de otro lado decimos que no, sería mejor sobrevivir aunque nunca se pueda ahorrar, entonces tendríamos que vivir dependiendo de los escasos ingresos y en caso de no contar con alguno, de la asistencia humanitaria brindada por el Estado⁵⁴⁰.

La PSD se enfrenta todos los días a un dilema como el que indicamos. Lo más lamentable, es que la evidencia empírica demuestra que el simple paso del tiempo no brinda una salida definitiva. Buena parte de las víctimas del DEFO ostentaban condiciones de pobreza antes del despojo y el éxodo. De manera que su inserción al ciclo económico en

⁵³⁹ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., pp. 205-208.

⁵⁴⁰ La profesora Ana María Ibáñez explica con mayor detalle este dilema de pobreza. Asegura que es necesario brindar a las víctimas el acceso a programas de crédito financiero y proyectos productivos que permitan incrementar los niveles de ahorro sin que se vean comprometidos los niveles de consumo. Ibáñez, Ana María. *El desplazamiento forzoso en Colombia. Un camino sin retorno hacia la pobreza*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2009, pp. 249-255.

los lugares de recepción es casi imposible. Una reparación que lleve a estas víctimas al estado de cosas anterior al daño no sería un gran aliciente⁵⁴¹.

3.3.2.1.2. *El concepto en medio de una tensión de justicias*

Cuando anunciamos el concepto de la *reparación transformadora* advertimos que su origen se daba en medio de una tensión de justicias: la correctiva y la distributiva. Trataremos de explicar la conexión entre los postulados de justicia correctiva y la reparación, para luego indicar las razones teóricas y prácticas por las que resulta paradójico asumir dicho parentesco en un contexto como el nuestro.

La relación entre reparación y justicia correctiva se explica a partir del papel inicial que cumple la responsabilidad en el ámbito social. Es una herramienta diseñada para corregir las distorsiones causadas con el daño sobre el reparto de cargas y beneficios que opera en una sociedad. En el fondo, se trata de una nueva distribución pero de los males causados con la conducta dañina. Por ello se justifica que la reparación sea proporcional a la magnitud del perjuicio⁵⁴².

A pesar de la coherencia del postulado clásico, mostrar la reparación como un ejercicio de justicia correctiva resulta paradójico en términos teóricos, por una parte. De un lado, en el hecho de reparar existe una oportunidad para la construcción de un proyecto social de bienestar. No solo se involucran las partes del daño, víctima y victimario, sino toda la

⁵⁴¹ Antes de la expulsión, un 51% de las familias en situación de desplazamiento eran pobres y el 30,5% indigentes. El 68% del ingreso familiar provenía de actividades agropecuarias y extractivas. Las cifras se disparan el día después del éxodo: 96,6% y 80,7%, respectivamente. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. Proceso Nacional de Verificación. *Décimo Primer Informe: Cuantificación y valoración de las tierras y los bienes abandonados o despojados a la población colombiana en Colombia. Bases para el desarrollo de procesos de reparación*, Bogotá, 2009, pp. 42-44. Disponible en: <http://www.nrc.org.co/docs/XIinformecomisiondeseguiementopdenero2009.pdf>. Visita del 28 de abril de 2010.

⁵⁴² Bajo el criterio del merecimiento, es necesario que la responsabilidad brinde la mayor protección posible (utilidad, en término cuantitativos) y la mejor distribución posible (justicia, en términos cualitativos). Ello se traduce en una reparación proporcional a la magnitud del daño, en cabeza de quien lo causó. Molina, Fernando. Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad). En: *La responsabilidad en el Derecho*. Pantaleón, Fernando (coordinador). Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000), Universidad Autónoma e Madrid, Madrid, 2001, pp. 57-137.

sociedad, porque de un perjuicio mal reparado nacen sentimientos de injusticia que dificultan entendimientos futuros⁵⁴³.

De otro lado, cualquier práctica de justicia resulta inofensiva y puede generar nuevas injusticias cuando se dirigen a corregir inequidades de los acuerdos sociales sin afectar su estructura (*prácticas afirmativas*). Por ejemplo, al reparar y dejar intactas las fuentes de las víctimas, se contribuye a generar dependencia de las víctimas y el desprecio de la sociedad hacia quienes parecen holgazanes oportunistas. Al reconocer la diferencia de grupos minoritarios se pueden ocasionar distorsiones en la distribución de recursos o sentimientos de racismo.

Resulta más eficaz, en términos de justicia, brindar soluciones que corrijan inequidades, pero al mismo tiempo transformen las estructuras del acuerdo social que las originan (*prácticas transformativas*). Por ejemplo, una política orientada hacia la generación de empleo mejora la distribución de la riqueza pero evita la dependencia y los estigmas sociales. Otra dirigida hacia la integración económica y cultural de las comunidades étnicas promueve su reconocimiento pero evita el desprecio de las mayoritarias⁵⁴⁴.

Por otra parte, mostrar la reparación como un ejercicio de justicia correctiva resulta paradójico en términos prácticos, porque en un contexto como el nuestro conduce a nuevas injusticias correctivas y distributivas. En el primer escenario, si se reparara para llevar a la víctima al estado anterior al daño y ésta viviera en circunstancias de vulnerabilidad, entonces no se cumpliría con el mandato de no repetición, porque se estarían reproduciendo las condiciones para que el perjuicio se repita. En cambio, en el

⁵⁴³ Picasso, Sebastián. Constitucionalización de la responsabilidad civil y reparación integral. En: *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello des Juristes Franco – Latinoamericains*. Larroumet, Christian (Director) & Ríos, Sebastián (Coordinador), Asociación Andrés Bello des Juristes Franco – Latinoamericains - Universidad Externado de Colombia – Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 517-525. En el mismo sentido: Cortés, Édgar. Constitución y responsabilidad una relación ambivalente. En: *Constitucionalización del derecho privado...*, 527-535.

⁵⁴⁴ Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo (traductoras), Siglo del Hombre, Bogotá, 1997, pp. 3-53.

segundo escenario, si el afectado resultara ser muy pudiente, se estarían reconstruyendo fortunas dejando de apoyar a quienes más lo necesitan⁵⁴⁵.

La paradoja teórica y práctica de las justicias nos lleva a pensar en la necesidad de una salida que combine los remedios de corrección con los de distribución. El estándar internacional es un primer intento en este sentido pero no es suficiente porque su contenido es susceptible de usos puramente correctivos. Lo que no implica que pueda tener aplicaciones con vocación transformadora⁵⁴⁶.

En primera instancia, la orientación del estándar internacional no es claramente distributiva ni definitivamente correctiva. Dentro de sus cinco componentes, los primeros cuatro se muestran como remedios compensatorios, materiales y simbólicos, que se orientan hacia el pasado. Las garantías de no repetición se salen del esquema y ponen la mira en el futuro⁵⁴⁷.

En segunda instancia, el estándar se muestra como un mandato indiscutible de reparación para todas las víctimas. Su alcance normativo es amplio y no deja ver espacio para excepciones. Sin embargo, en un contexto de escasez de recursos como el nuestro, dicho precepto debe admitir algunos ajustes que permitan distribuir mejor la reparación para alcanzar a los más vulnerables⁵⁴⁸.

La noción de reparación transformadora se muestra entonces como una respuesta a estas inquietudes. Se trata de un ajuste al estándar internacional alrededor del propósito de la reparación y su alcance normativo. Contempla la aplicación de los mismos remedios

⁵⁴⁵ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., pp. 220-230.

⁵⁴⁶ Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática...,

⁵⁴⁷ Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones..., No. 19 – 23.

⁵⁴⁸ Admitir excepciones en el cumplimiento del deber de reparar implicaría reconocer la posibilidad de vulnerar el derecho de todo ser humano a utilizar recursos para reclamar la violación de sus derechos. Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional...*, 9-15. Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática...,

pero le imprime una preocupación por el futuro de las víctimas más vulnerables y por la escasez de recursos.

En cuanto a la primera preocupación, el profesor Rodrigo Uprimny usa la expresión *transformadora* para referirse a un ejercicio de reparación en el que los remedios se aplican sobre el daño con un doble propósito: restaurar a las víctimas y transformar su circunstancia de vulnerabilidad y discriminación. En otras palabras, es una apuesta por el ajuste de cuentas (justicia correctiva) pero también por la construcción de una sociedad más democrática (justicia distributiva)⁵⁴⁹.

El enfoque correctivo se evidencia en dos circunstancias. Una de ellas es que la fuente de la reparación siempre será el perjuicio ocasionado, no puede haber reparación sin daño. La otra, es que solo podrán beneficiarse las víctimas, los demás ciudadanos no pueden acceder a la reparación. El enfoque distributivo se muestra en el hecho de que los remedios deben tener la virtud de corregir aquellas situaciones de vulnerabilidad y discriminación que facilitaron la ocurrencia del daño⁵⁵⁰.

En cuanto a la segunda preocupación, la escasez de recursos puede hacer que cumplir el mandato de reparación sea una tarea imposible. Es por eso que la propuesta conceptual *transformadora* se orienta hacia la percepción de la obligación de reparar como un principio general y no como una regla definitiva. En otras palabras, no todas las víctimas deberían recibir reparación en las mismas condiciones⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ La idea es “volver al futuro” no al pasado. Es decir, corregir los daños del pasado con remedios que integren a las víctimas a un orden social más justo. Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., pp. 235-236.

⁵⁵⁰ Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática..., pp. 34-46.

⁵⁵¹ La escasez de recursos debe ser una preocupación en el Estado Social de Derecho aunque no la principal excusa para justificar su negligencia. El Estado debe garantizar los derechos de los ciudadanos, pero dicho mandato no puede ser intransigente. García Villegas, Mauricio; Saffón, María Paula. Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 2011 (1), pp. 75-107.

El deber admitiría niveles de cumplimiento relativos. Subsistiría plenamente si al cumplirlo se realizara además algún acto de justicia distributiva, pero podría ser restringido cuando de su aplicación se derivaran nuevas injusticias como la reconcentración de la tierra, por ejemplo⁵⁵².

En últimas, la *reparación transformadora* es una propuesta compatible con el *estándar internacional*. Se formuló para brindar remedios más eficaces a las víctimas, en términos democráticos, pero sobre la misma base de remedios propuestos en la comunidad internacional. En la siguiente tabla, nos permitimos comparar las dos nociones para efectos de señalar su cercanía y complementariedad.

Tabla 7. Cercanía y complementariedad entre la noción de reparación transformadora y el estándar internacional

<i>Estándar Internacional de reparación</i>	<i>Reparaciones transformadoras</i>
<i>Propósito:</i> brindar remedios a la víctima de violaciones de derechos humanos y del DIH que permitan eliminar las causas y consecuencias de dichas violaciones.	<i>Propósito:</i> brindar remedios a la víctima que permitan eliminar las causas y consecuencias del daño, pero que además conjuren las condiciones de vulnerabilidad y exclusión que lo facilitaron.
<i>Alcance normativo:</i> se trata de una obligación en cabeza de los Estados, cuyo cumplimiento no admite excepciones.	<i>Alcance normativo:</i> se trata de un principio que admitiría aplicaciones relativas. Debería aplicarse plenamente cuando de su cumplimiento no se deriven injusticias distributivas, de lo contrario, debería atenuarse.
<i>Enfoque temporal:</i> algunos remedios ostentan una clara orientación hacia el pasado: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción. Otros, como las garantías de no repetición, hacia el futuro.	<i>Enfoque temporal:</i> todos los remedios del estándar internacional deberían orientarse hacia la construcción de un futuro más digno y democrático para las víctimas.

Fuente: elaboración propia. Basado en: *Principios y directrices...*, No. IX-19 a 23; Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. *Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática...*, Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. *Propuestas para una restitución de tierras transformadora...*, Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional...*

⁵⁵² El alcance normativo de la reparación transformadora es débil y fuerte a la vez. Débil por cuanto no puede cumplirse plenamente en todos los casos. Fuerte, porque obliga a las autoridades a realizar esfuerzos más complejos de reparación. Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. *Propuestas para una restitución de tierras transformadora...*, pp. 236-237.

El alcance de la reparación transformadora es relativo en términos jurídicos. Dicha circunstancia puede generar algunas preocupaciones. Si el mandato solamente se aplica en algunos casos: ¿En cuáles debemos cumplirlo plenamente? ¿Qué salidas tienen aquellas víctimas frente a las cuales no debería cumplirse a cabalidad? Ya hicimos una revisión de los alcances normativos del concepto. Nos corresponde ahora el mismo ejercicio en términos materiales.

3.3.2.2. *El alcance material de la reparación transformadora*

Para que la reparación con enfoque transformador pueda cumplir su propósito, es necesario evaluar el alcance material que debería tener el concepto. Quienes han estudiado la propuesta coinciden en afirmar que dicho alcance se resume en una palabra: coherencia.

La reparación no se puede ofrecer en los mismos términos para todos los casos. La relatividad de dicho mandato se explica mejor cuando se estudia su alcance en un contexto de desigualdad y escasez de recursos. En otras palabras, para que al reparar se transforme la condición de las víctimas, es necesario que los remedios se propongan y apliquen de manera coherente con el contexto. Dicha pertinencia se puede explicar en tres facetas: *interna, externa y externa ampliada*⁵⁵³.

En primer lugar, la reparación guarda *coherencia interna* cuando los remedios que la componen se refuerzan entre sí de manera que permitan un tratamiento integral del daño. Ello implica que las medidas incluyan soluciones materiales y simbólicas, con alcance individual y colectivo. De esta manera se podría cubrir un universo de víctimas cada vez más amplio y responder mejor a la amplia variedad de daños que soportan⁵⁵⁴.

⁵⁵³ La expresión reparación coherente (interna y externa) fue propuesta por Pablo De Greiff en su texto: *Justice and Reparations*. En: *The Handbook of Reparations* (edited by Pablo De Greiff), The International Center for Transitional Justice, Oxford University Press, 2006, pp. 451-477. La noción de coherencia externa ampliada es un ajuste conceptual propuesto en los estudios de Rodrigo Uprimny y el equipo de *Dejusticia: Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora...*, pp. 240-243.

⁵⁵⁴ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC. Respuesta al Oficio UPT-A-460/2010. Corte Constitucional. Accionantes: Saín Aguilar. Accionados: Acción Social, Bogotá, 2010. Disponible en:

Al combinar soluciones individuales y colectivas, materiales y simbólicas, es posible administrar mejor los recursos para beneficiar a un número mayor de víctimas. Por ejemplo, si tenemos dos afectados por el DEFO y uno de ellos cuenta con mejores posibilidades para recuperar sus fuentes de ingresos y propiedades, la reparación debería brindarle soluciones simbólicas (satisfacción y rehabilitación) mientras el otro las debería recibir en términos materiales (indemnizaciones, restitución).

De igual forma, el remedio resulta más efectivo para cubrir dimensiones del daño que no se reparan con dinero. Los perjuicios de orden inmaterial (morales, a la salud, a la vida de relación) quedan mejor atendidos con prestaciones como la atención médica y psicológica que con el pago de sumas de dinero. Éstas últimas quedarían mejor enfocadas hacia la recuperación de daños como el emergente o lucrocesante.

Al respecto, la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado planteó la necesidad de ofrecer *indemnizaciones distributivas en equidad*. La medida consiste en reparar perjuicios con montos diferenciales, teniendo en cuenta dos factores: uno de equidad y otro de justicia distributiva. En el primero, el monto de la indemnización se otorgaría teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas, previas al daño. En el segundo, la disponibilidad de recursos para indemnizar debería incrementarse constantemente a través de la persecución de bienes en manos criminales y el pago de impuestos⁵⁵⁵.

En segundo lugar, la reparación guarda *coherencia externa* cuando sus remedios refuerzan o complementan otros derechos de las víctimas como el de la verdad y la justicia. Los remedios deben garantizar el esclarecimiento de los hechos que dieron lugar

http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&litigio=36, visita del trece (13) de diciembre de 2011.

⁵⁵⁵ Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reconocer y resarcir debidamente los daños y perjuicios*, volumen 10, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado –CODHES–, Bogotá, 2011, pp. 111-168.

al daño y el enjuiciamiento de las autoridades y particulares que tuvieron alguna injerencia en su ocurrencia⁵⁵⁶.

La reparación implica tomar medidas con impacto sobre las víctimas, pero también sobre la sociedad en general, porque solo así se garantiza que los daños no volverán a ocurrir. Si el esfuerzo por reparar no se conecta con otros como el de juzgar y castigar a los responsables, o esclarecer la verdad, se corre el peligro de que los beneficios se conviertan en “monedas” con las que el Estado compra el silencio de las víctimas y la impunidad de sus victimarios⁵⁵⁷.

La *coherencia externa ampliada* se evidencia en la relación que existe entre la reparación y otros instrumentos de protección, como la política social y la asistencia humanitaria. Existe coherencia cuando se armonizan sus efectos sin que se confundan ni se excluyan. De lo contrario, al confundirse desdibujarían el derecho a la reparación de las víctimas, o se tornaría en insostenible, si se excluyeran⁵⁵⁸.

En un primer escenario de confusión entre los diferentes instrumentos, se debilitaría la posición de la víctima porque se refunde entre otras categorías más generales, como la de ciudadano. No sería un problema porque con el DEFO muchas veces se ignora la condición ciudadana de las víctimas, pero sí representaría el olvido de su derecho especial a la reparación. Por supuesto que es un ciudadano, pero no cualquiera, sino uno afectado por el flagelo del desplazamiento.

Si las víctimas se benefician con prestaciones dirigidas a toda la comunidad, como un subsidio de vivienda, pero sin aclarar si es a título de indemnización o de implementación de una política pública, entonces no sería claro para ellas si pueden o no reclamar nuevas

⁵⁵⁶ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC...,

⁵⁵⁷ Comisión de Derechos Humanos. *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Documento E/CN.4/2005/102*, 18 de febrero de 2005, Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>, Visita del 5 de marzo de 2013. En el mismo sentido: Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional...*,

⁵⁵⁸ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., pp. 230-233.

indemnizaciones. Tampoco para el juez, quien en caso de reclamación podría dar por reparado el daño. En últimas, si los remedios ofrecidos por otros instrumentos de protección se confunden con los de la reparación, las víctimas corren el riesgo de perder aquellos que deberían recibir por su especial condición de vulnerabilidad.

En un segundo escenario de exclusión de instrumentos, desconectar la reparación de los programas de política pública o de asistencia humanitaria implicaría el riesgo de superponer sus efectos. El esfuerzo sería ineficiente, injusto e insostenible. Si por ejemplo otorgáramos a las víctimas una suma de dinero por concepto de perjuicios morales, ignorando que los programas gubernamentales de atención a la PSD las benefician con asistencia psicológica y psiquiátrica, tendríamos un monto económico que podría haberse destinado a la reparación del daño material de otros afectados. A largo plazo, sostener el pago de indemnizaciones y del personal médico sería una misión imposible⁵⁵⁹.

Para evitar la confusión o la desconexión, es necesario precisar brevemente el ámbito de los instrumentos que puede usar el Estado para proteger a la PSD: política pública social, asistencia humanitaria y reparación.

Con la *política pública social* el Estado busca satisfacer las necesidades básicas insatisfechas de aquél sector de la población que vive situaciones de pobreza y exclusión (desigualdad material). Se manifiesta en medidas de discriminación positiva (facilidades para el acceso a servicios de población minoritaria), inspiradas en criterios de justicia distributiva, que orientan las soluciones hacia problemas del presente, con el ánimo de que se corrijan en el futuro.

En el caso de la *asistencia humanitaria*, el propósito es garantizar la subsistencia y aliviar el sufrimiento de algunos ciudadanos que atraviesan situaciones de crisis o emergencia (catástrofes naturales, atentados terroristas). Se manifiesta en prestaciones temporales de objetos o servicios (alimentos, medicamentos o albergue) inspiradas en el

⁵⁵⁹ Por solo ilustrar mejor la magnitud del problema, recordemos que el cálculo de daños emergentes sufridos por la PSD está en 8,4 billones de pesos (0,65% del PIB para 2007), y el del perjuicio lucrocesante en 49,7 billones (11,6% del PIB para 2007). Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado, *Décimo Primer Informe: Cuantificación y valoración de las tierras y los bienes abandonados o despojados...*, p. 44.

criterio de solidaridad y sentido humanitario. Las soluciones se orientan hacia problemas inmediatos.

La *reparación* en cambio ha tenido el propósito tradicional de erradicar las causas del daño y eliminar sus consecuencias (violación de derechos humanos y del DIH). Sus remedios benefician a las víctimas del perjuicio y se manifiestan en medidas de orden temporal y permanente (rehabilitación, satisfacción, restitución, indemnización, garantías de no repetición).

En principio, las soluciones se orientan hacia el pasado (corregir el daño), pero, como venimos indicando, lo ideal sería que tuvieran la vocación de construir el futuro democrático para los afectados. El criterio que las inspira es tradicionalmente de justicia correctiva y su base normativa es la responsabilidad del Estado. Aunque como vimos, una vocación transformadora tendría visos de justicia distributiva. Finalmente, las soluciones miran el ayer, pero podemos pensar que también podría ser un esfuerzo por el mañana.

En la siguiente tabla resumen indicamos las principales cercanías y distancias entre cada uno de los instrumentos de protección.

Tabla 8. Cercanías y distancias entre los instrumentos de protección

<i>Instrumentos de protección</i>	<i>Política pública social</i>	<i>Asistencia humanitaria</i>	<i>Reparación</i>
<i>Base axiológica y normativa</i>	Justicia distributiva. Deberes de protección y garantía de los DESC	Solidaridad y sentido humanitario (Constitución, art. 95)	Justicia correctiva. *Justicia distributiva Responsabilidad estatal (Constitución, art. 90)
<i>Origen fáctico</i>	Situaciones de pobreza y exclusión.	Situaciones de crisis o emergencia.	Violaciones de DDHH y del DIH.
<i>Propósito</i>	Satisfacer las necesidades básicas insatisfechas.	Garantizar la subsistencia y aliviar el sufrimiento.	Erradicar las causas del daño y eliminar sus consecuencias.

<i>Beneficiarios</i>	Población en general.	Ciudadanos que atraviesan una crisis o emergencia concreta.	Víctimas del daño
<i>Manifestaciones</i>	Medidas de discriminación positiva	Prestaciones temporales de objetos o servicios	Medidas de orden temporal y permanente
<i>Orientación temporal</i>	Hoy-mañana.	Hoy.	Ayer. *Mañana.

Fuente: Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática..., Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula Distributive justice and the restitution of dispossessed land in Colombia..., Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC. Respuesta al Oficio UPT-A-460/2010...,

Hemos delineado la reparación transformadora como una propuesta conceptual que imprime algunos cambios en el propósito y alcance (normativo y material) del estándar internacional. Pero en últimas ¿Cómo luce en términos concretos? Se evidencia en tres circunstancias: la selección de beneficiarios de la reparación, los beneficios que se otorgan y su articulación con otros instrumentos de protección⁵⁶⁰.

En cuanto a la primera, la reparación transformadora debe enfocar sus remedios hacia las víctimas que padezcan el daño en condiciones de mayor vulnerabilidad y exclusión. La selección de beneficiarios debe hacerse teniendo en cuenta factores del presente, como la magnitud y gravedad del perjuicio, pero también del pasado, como la pobreza y falta de oportunidades.

Frente a la segunda, los beneficios que deben otorgarse en el marco de una reparación transformadora deben ser coherentes con los criterios de selección de las víctimas. Por una parte, deben hacer énfasis en los remedios materiales para los más vulnerables, en términos económicos, y simbólicos para los menos. Por otra, es necesario que permitan construir el proyecto de vida en forma autónoma, participativa, individual y colectiva. Deben a la vez reducir la discriminación y los prejuicios que se ciernen con el DEFO.

⁵⁶⁰ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora...,

En estos términos, la restitución debería brindarse a personas que tradicionalmente han vivido excluidas (mujeres y minorías étnicas) y en condiciones de seguridad física, alimentaria y financiera. La indemnización, teniendo en cuenta la naturaleza del daño (material o inmaterial), la circunstancia de pobreza previa y el cálculo de número de víctimas y disponibilidad de recursos. Para la rehabilitación es importante incorporar medidas de atención médica, psicológica y jurídica que permitan empoderar a las víctimas y suprimir la exclusión.

La satisfacción y las garantías de no repetición deben cubrirse con medidas que declaren la nulidad o inconstitucionalidad de normas regresivas y el nombramiento de funcionarios implicados en la violación de DDHH. La investigación y sanción de los autores materiales es uno de los presupuestos de no repetición. Además, son necesarias reformas al sistema de notariado, registro y catastro para que se facilite el acceso a la propiedad en condiciones de seguridad jurídica⁵⁶¹.

Finalmente, los remedios pueden recurrir a ciertos servicios y mecanismos de otras políticas públicas o la asistencia humanitaria como formas de reparación. Sin embargo, es necesario advertir que deben suministrarse con enfoque diferencial, rescatando su dimensión simbólica y colectiva.

El legislador fue sensible a dicha propuesta. La ley 1448 de 2011 buscó distinguir con claridad los instrumentos de protección a las víctimas aclarando sus fronteras. Se consideró que las medidas de asistencia y ayuda humanitaria tendrán efectos reparadores cuando consagren efectos sobre las víctimas, adicionales al resto de beneficiarios. Sin embargo, no se descontarán de los montos reconocidos en calidad de reparación⁵⁶².

⁵⁶¹ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC...

⁵⁶² **Ley 1448 de 2011. Artículo 25. Derecho a la reparación integral.** Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente Ley.

La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.

Parágrafo 1º. Las medidas de asistencia adicionales consagradas en la presente ley propenden por la reparación integral de las víctimas y se consideran complementarias a las medidas de reparación al aumentar su impacto en la población

Las manifestaciones concretas de la reparación transformadora quedaron planteadas en términos muy generales todavía. Es por eso que delinearemos las líneas de fuga teórica para aterrizarlas aún más.

3.3.3. Del estado transformador a las líneas de fuga teórica

Gracias a la revisión desde la urdimbre de enfoques podemos delinear cinco líneas de fuga teórica. La reparación debe tener alcances *colectivo, simbólico, participativo, diferencial y regional*. Dicha combinación nos acercaría más a un ejercicio de doble provecho porque permitiría, por un lado, el ajuste de cuentas con las víctimas, y por el otro, la construcción de una sociedad más democrática.

Las líneas de fuga teórica inspiran ajustes sobre la reparación en dos frentes: el de la política pública y el de las decisiones judiciales, ambas para reparar a las víctimas. Como veremos, los cambios que provocan no son los mismos aunque vayan en el mismo sentido. Es por eso que primero trataremos de presentar brevemente cada línea aludiendo a las razones que justifican su revisión, para luego explorar su aplicación en el escenario judicial.

3.3.3.1. Las líneas de fuga teórica desde la urdimbre

En primer lugar, la reparación debe contar con un *alcance colectivo*. Es decir, su impacto debe ir más allá de la dimensión individual de la víctima y regenerar a las comunidades en

beneficiaria. Por lo tanto, se reconoce el efecto reparador de las medidas de asistencia establecidas en la presente ley, en la medida en que consagren acciones adicionales a las desarrolladas en el marco de la política social del Gobierno Nacional para la población vulnerable, incluyan criterios de priorización, así como características y elementos particulares que responden a las necesidades específicas de las víctimas.

No obstante este efecto reparador de las medidas de asistencia, estas no sustituyen o reemplazan a las medidas de reparación. Por lo tanto, el costo o las erogaciones en las que incurra el Estado en la prestación de los servicios de asistencia, en ningún caso serán descontados de la indemnización administrativa o judicial a que tienen derecho las víctimas

Parágrafo 2º. La ayuda humanitaria definida en los términos de la presente ley no constituye reparación y en consecuencia tampoco será descontada de la indemnización administrativa o judicial a que tienen derecho las víctimas. (las subrayas son propias).

donde ésta se encuentra. Si los remedios se quedan dentro de las fronteras de la víctima entonces la herida no sanará definitivamente. Aunque el DEFO representa efectos devastadores para una sola persona, también significa la pérdida de la capacidad organizativa y de liderazgo para la comunidad que ésta comparte.

Los daños que causa el DEFO sobre la colectividad no dependen necesariamente del hecho de que sea una minoría étnica la que se desplace. Aunque en este último caso el impacto es peor, cualquier despojo inactiva el tejido social que comparten las víctimas y destruye su sentido de identidad con el grupo de la cotidianidad. En otras palabras, todo daño individual, proveniente del DEFO, tiene su contracara colectiva⁵⁶³.

Brindar un alcance colectivo de la reparación implica reconocer, por una parte, que el DEFO deja víctimas colectivas, como las comunidades y grupos. Por la otra, que algunos remedios dirigidos a sanar individuos pueden tener el efecto colateral de reparar comunidades.

En el primer sentido, se debe ser consciente de que las víctimas conviven en agrupaciones, ya sea que compartan o no características culturales e históricas previas⁵⁶⁴. En el segundo sentido, es necesario pensar que la reparación puede ofrecer remedios colectivos directos, como la titulación de tierras a comunidades o la producción de cambios institucionales, pero también indirectos, como aquellas medidas simbólicas individuales que involucran la memoria de la colectividad⁵⁶⁵.

En segundo lugar, la reparación debe contar con una dimensión *simbólica*. El DEFO engendra daños tan graves que no pueden repararse solamente con dinero. Por estos “materialmente irreparables” son necesarios algunos remedios que brinden justicia

⁵⁶³ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., pp. 12-14.

⁵⁶⁴ Las comunidades son agrupaciones con una estructura institucional completa, un territorio y cultura autónomos y preexistentes al daño. Los grupos, en cambio, sufren el daño en unas mismas circunstancias pero no comparten dichas características culturales previas. Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional...*, pp. 88-100.

⁵⁶⁵ *Ibidem...*, pp. 100-102.

de reconocimiento a las víctimas, visibilicen las violaciones de sus derechos y eliminen los prejuicios que causa esta tragedia⁵⁶⁶.

El ejercicio de reparación debe representar un acto de reconciliación entre el Estado y sus ciudadanos excluidos. No puede quedarse en la simple entrega de sumas de dinero. Es por eso que los remedios deben ofrecerse con la intención de recuperar los derechos vulnerados, rescatar la verdad oculta detrás del despojo y concretar la justicia esquivada hacia los victimarios.

Para el profesor Esteban Restrepo, la mejor reparación simbólica es aquella que pone en escena la verdad y la justicia. Sugiere algunas medidas como facilitar la denuncia de las víctimas a través de un programa eficaz de protección de testigos, permitir a jueces y fiscales el acceso a bases de datos gubernamentales, brindar acompañamiento sicosocial para que la experiencia de dar testimonio tenga un efecto terapéutico y constituya un evento de dignidad política y no de vergüenza social⁵⁶⁷.

En tercer lugar, la reparación debe tener alcances *participativos*, esto es, producirse en contextos en los que las víctimas puedan contribuir en el diseño e implementación de los remedios. Dos razones lo justifican, una es de orden práctico: como los recursos son escasos, su aprovechamiento implica sacrificios que deben discutirse. La otra es de naturaleza ética y jurídica: las víctimas deben ser tratadas con humanidad.

Por una parte, no todos pueden beneficiarse al mismo tiempo de los recursos cuando son escasos. De manera que su aprovechamiento implica que algunos tengan que sacrificarse. Lo ideal es que sean los menos perjudicados quienes esperen el último turno, por eso, para que no se cometan injusticias, es necesario discutir quién se queda con el

⁵⁶⁶ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., pp. 29-36..

⁵⁶⁷ Restrepo, Esteban. ¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia..., pp. 405 – 413.

primero. En últimas, la participación de las víctimas es clave a la hora de administrar la escasez de recursos para reparar, porque permite deliberar en términos democráticos⁵⁶⁸.

Por otra parte, como la reparación debe ser un esfuerzo de reconciliación e integración con las víctimas, el Estado debe esforzarse por recuperar su confianza. Lo puede lograr si las reconoce como fines, es decir, si las trata con humanidad. Ello implica respetar su autonomía para decidir con libertad sobre su proyecto de vida⁵⁶⁹.

En cuarto lugar, es necesario que la reparación se brinde con un *enfoque diferencial*. Es decir, los remedios deben responder a las afectaciones concretas y singulares de cada una de las víctimas, teniendo en cuenta sus necesidades y condiciones de vulnerabilidad particulares. Sin este criterio cualquier esfuerzo se convierte en una cura ciega, más peligrosa que la misma enfermedad⁵⁷⁰.

La razón más fuerte para buscar una reparación con alcances diferenciales es que la enfermedad tiene impactos diferentes en todas sus víctimas, luego es imposible curarla definitivamente con una misma cura. El desplazamiento recae sobre un sector variopinto de la población colombiana: comunidades indígenas, afrodescendientes, campesinas, mujeres, ancianos, niños...en territorios diferentes, con problemas de acceso a servicios públicos disímiles, ingresos desiguales y derechos de propiedad difusos. Cualquier reparación insensible a estas condiciones va a resultar en la repetición del despojo⁵⁷¹.

¿Cómo reparar con un enfoque diferencial sin que se cometan injusticias? El ejercicio implica, entre otras cosas: identificar las necesidades particulares de las víctimas,

⁵⁶⁸ Sobre la necesidad de la deliberación democrática en ámbitos de escasez resultan bien ilustrativos los argumentos expuestos por el Magistrado Rodrigo Uprimny frente al sistema de salud: Corte Constitucional, Aclaración de voto a la sentencia T-654 de 2004, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁶⁹ La misma razón aplica frente al derecho a la libre autodeterminación de los pueblos. *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad.*, Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC..., pp. 29-33.

⁵⁷⁰ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., p. 210.

⁵⁷¹ *Ibidem.*..., p. 200-209.

establecer prioridades, hacer uso eficiente de los recursos disponibles, diseñar y adaptar mecanismos que prevengan la exclusión de comunidades vulnerables en el momento de solicitar o brindar los remedios de reparación, incorporar mecanismos que promuevan la participación de las víctimas en el proceso de política pública de reparación⁵⁷².

Finalmente, cualquier esfuerzo se quedará en el papel si no cuenta con un enfoque *regional*. En otras palabras, la reparación debe integrar a las autoridades locales, departamentales y municipales, en actividades propias de la prevención y atención de víctimas. Lo anterior facilita el acceso a la reparación, a las pruebas para esclarecer la verdad del despojo, además mejora la pertinencia de los remedios aplicados⁵⁷³.

Es necesario pensar en sistemas de coordinación institucional para evitar que la implementación de medidas de reparación genere distorsiones en el ámbito local. Sin embargo, es importante advertir que el enfoque territorial en ningún momento debe pugnar con la autonomía territorial. En otras palabras, la intervención de las autoridades nacionales en las decisiones de las entidades deberá ser excepcional, apenas en casos en los que las locales no tengan la capacidad o la voluntad de actuar⁵⁷⁴.

La integración de las autoridades locales debe darse en el marco del principio de subsidiariedad, que se expresa a partir de tres ideas complementarias. La intervención debe ser secundaria, supletiva e integral. Por la primera se entiende que las autoridades nacionales apenas pueden intervenir cuando sea insuficiente la acción de una autoridad menor. Por la segunda, que la acción central opera para reemplazar la inactividad local. Pero por la tercera, se asume que dichas injerencias deben darse con el objetivo de recuperar la capacidad de acción y decisión de la entidad territorial⁵⁷⁵.

⁵⁷² Es necesario por ello fortalecer y mejorar el sistema de registro de víctimas para que permita un diseño más exacto y pertinente de remedios y políticas públicas de reparación. Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC..., pp. 36-38.

⁵⁷³ *Ibidem...*, pp. 46, 47. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-. *Desplazamiento forzado tierras y territorios. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación*. Colección Cuadernos INDH, Bogotá, 2011, pp. 150.

⁵⁷⁴ *Ibidem...*,

⁵⁷⁵ Corte Constitucional, Salvamento de voto a la sentencia C -263 - 1996. Magistrado: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Antes de asomarnos al sendero judicial de las líneas de fuga, nos cabe una advertencia para todas: la reparación debe darse teniendo en cuenta los distintos momentos en que se producen las violaciones, porque éstos determinan el tipo de remedio que requieren las víctimas. Unos son los daños que se deben reparar cuando nacen en el momento del despojo y el éxodo, y otros cuando se originan en “el día después”⁵⁷⁶.

3.3.3.2. *Las líneas de fuga en el escenario judicial*

¿Deben los jueces contencioso administrativos desarrollar su tarea siguiendo las líneas de fuga? ¿Acaso un fallo judicial puede ordenar reparaciones con los alcances que le brindan las líneas de fuga? ¿No son más bien salidas sugeridas para las autoridades encargadas de la política pública?

En principio, las reparaciones por vía judicial tienen un alcance menor que las administrativas, pues éstas se otorgan con base en criterios de justicia correctiva y reparación integral. De manera que requieren una prueba precisa del daño y su imputación. Además, brindan soluciones para casos concretos, por lo que tiende a desintegrar el grupo de víctimas.

La reparación por vía administrativa, en cambio, se cimenta sobre criterios de justicia correctiva y distributiva, por lo que basta ofrecer remedios equitativos aunque no lleven a la solución integral del daño. En ese orden, tampoco requiere identificar con precisión la magnitud del daño ni su imputación a un responsable concreto. Ofrece paquetes generales de beneficios para ampliar la cobertura de víctimas, con lo que tiende a integrarlas⁵⁷⁷.

En eventos de violaciones masivas de derechos, las reparaciones administrativas se muestran más apropiadas. Entre otras razones, porque permiten reparar en contextos en los que no es posible identificar la plena magnitud del daño y sus responsables. De manera

⁵⁷⁶ Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional...*, pp. 150-159.

⁵⁷⁷ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC..., pp. 2-14.

que implica menores cargas probatorias para las víctimas. Además, ofrece mayor cobertura y la entrega de paquetes uniformes de reparación permite un aprovechamiento más eficiente de los recursos. A todo lo anterior debe sumarse que los remedios pueden llegar más pronto y ser más oportunos que los ofrecidos después de un largo proceso judicial.

Sin embargo, la vía administrativa presenta también sus desventajas. Una de ellas, es que uniforma al universo de víctimas bajo un sistema de tarifas que esconde el impacto diferencial del DEFO. Puede significar un desenfoque diferencial. Otra, es que al no hacer mucho énfasis en la identificación de los responsables, puede abrir puertas hacia la impunidad y la violación de los derechos a la verdad y la justicia⁵⁷⁸.

La vía judicial no escapa al juego de luces y sombras. Tiene de las unas como de las otras. Entre las primeras, tenemos que se trata de un mecanismo que permite el acceso a mayores beneficios debido a la búsqueda de la reparación integral⁵⁷⁹. Al revisar casos concretos permite pensar en medidas más adecuadas para atenuar el daño de las víctimas más vulnerables. Además, las sentencias ofrecen mandatos directos de reparación que tienen la virtud de formar precedente y generar mayor compromiso de las autoridades.

Sin embargo, las sombras de la vía judicial son pronunciadas. Una de las desventajas de este mecanismo es que en términos reales solo algunas víctimas acceden al juez. Las razones son muy variadas, desde el desconocimiento de las normas hasta el temor de volver a ser perseguido.

En una tragedia como el DEFO la reunión de pruebas es casi imposible y los tiempos del juez eternos. A la excesiva demora para proferir un fallo debemos sumarle la alta

⁵⁷⁸ *Ibidem...*, pp. 14-17.

⁵⁷⁹ De acuerdo con los cálculos de la Comisión de Seguimiento, los montos estimados para reparar el daño de 5'373.265 víctimas son: 145,7 billones si se siguen los estándares ofrecidos por la jurisprudencia de la CIDH. 26,9 billones, bajo las líneas de reparación administrativa, contenidas en el decreto 1290 de 2008. 164, 2 billones, si se siguen los argumentos señalados en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. Proceso Nacional de Verificación. [*El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reconocer y resarcir debidamente los daños y perjuicios*, volumen 10. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado –CODHES-, Bogotá, 2011, pp. 124-141.](#)

probabilidad de que a largo plazo se torne insostenible la reparación, pues al reconocer beneficios para un demandante las autoridades pueden quedarse sin recursos para atender al resto que no demandó⁵⁸⁰.

Si pensamos que las líneas de fuga son solo para adecuar los mecanismos de reparación administrativa y que éstos no deben conectarse necesariamente con los judiciales, entonces corremos el riesgo de que los beneficios distribuidos se vean como una “moneda” con la que el Estado compra el silencio de las víctimas, la impunidad de los victimarios y su propia responsabilidad. Es importante que la reparación reivindique otros derechos claves como la verdad y la justicia, pero que también deje de ocultar los compromisos de las autoridades con las víctimas⁵⁸¹.

Para brindar una reparación transformadora deben coordinarse los mecanismos administrativos y judiciales. Los primeros aseguran mayor cobertura pero los segundos ofrecen protecciones más completas y previenen de las injusticias que se pueden presentar cuando se generalizan los remedios⁵⁸². En últimas, el juez no puede pretender reemplazar al programa de reparaciones administrativas, o tener los mismos alcances, pero sí puede contribuir a formar una reparación transformadora. La pregunta ahora es ¿Cómo?

Podemos contestarla siguiendo el camino que muestran las líneas de fuga. El juez haría una instancia importante hacia la reparación transformadora si diera a sus fallos alcance colectivo, simbólico, participativo, diferencial y regional. Trataremos de presentar una propuesta de líneas de fuga teórica que recoja las sugerencias florecidas en la urdimbre.

⁵⁸⁰ Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC..., pp. 14-21. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-. *Desplazamiento forzado tierras y territorios. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación*. Colección Cuadernos INDH, Bogotá, 2011, pp. 119-135.

⁵⁸¹ Comisión de Derechos Humanos. *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*. Documento E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005, Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>, Visita del 5 de marzo de 2013, p. 28.

⁵⁸² Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. *Propuestas para una restitución de tierras transformadora...*, pp. 254-258.

Debemos advertir que muchas de ellas ya han sido acogidas en la ley 472 de 1998, en el nuevo Código Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) y en la ley de víctimas (ley 1448 de 2011). De manera que la propuesta no tiene nada de novedoso. Sin embargo, para el año 2010, en el que cortamos nuestra investigación, muy pocas aparecían consignadas en las normas. Nuestra idea es presentarlas para evidenciar los cortos alcances de los fallos que estudiamos.

Consideramos que la evaluación de las líneas de fuga en el ámbito judicial debe hacerse en tres momentos: antes, durante y después del fallo. Se puede preparar una receta que deje satisfecho al comensal en tres etapas. Es decir, el juez puede ajustar los elementos del paradigma cuando integra el litigio (antes), define los efectos de su sentencia (durante) y evalúa el cumplimiento de las ordenes que en ella se contienen (después). Veremos cómo se puede plantear frente a cada uno de los frentes propuestos desde la urdimbre.

En primer lugar, el juez contencioso podría darle *alcance colectivo* a la reparación en el momento de configurar las partes del litigio. Para ello, debería identificar e integrar al pleito a aquellas víctimas que posiblemente fueron afectadas con el DEFO pero no se atrevieron, o no pudieron, demandar. Se trata de ampliar oficiosamente el margen de víctimas que se verán beneficiadas con la sentencia, sin que deba exigírseles cumplir con el requisito de intentar la conciliación extrajudicial. Consideramos que la oportunidad para integrar el grupo debe ser la misma contemplada en el artículo 55 de la ley 472 de 1998: antes de la apertura a pruebas o con posterioridad al fallo.

En los términos del artículo 55 de la ley 472 de 1998, el grupo de reclamantes se puede integrar hasta antes de la apertura de la etapa probatoria o con posterioridad al fallo. Sin embargo, la norma exige una manifestación expresa del interesado en el sentido de querer pertenecer al grupo de beneficiarios⁵⁸³.

⁵⁸³ **Ley 472 de 1998. Artículo 55. Integración al grupo.** Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, ~~y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes,~~ podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños

Dadas las particulares condiciones del DEFO, consideramos que debe ser el juez de la acción de grupo y de la reparación directa, quien se dé a la tarea de identificar y vincular a las víctimas. Que la montaña vaya a Mahoma, porque éste se encuentra preso del temor y la miseria que le deja el desplazamiento. Las indicaciones del demandante pueden ser de gran ayuda⁵⁸⁴. Es por eso que debería reafirmarse su obligación de ofrecer información suficiente para identificar a la comunidad o grupo afectados⁵⁸⁵.

En cuanto a los efectos de la sentencia, el juez podría darles un alcance colectivo si tomara medidas en dos sentidos. Uno de ellos, sería buscar reparar a la colectividad como destinataria independiente, en aquellos casos en los que el evento concreto de DEFO deje huella sobre las *comunidades*. El otro, consistiría en consignar órdenes encaminadas a proteger los derechos de aquellos sujetos que no fueron vinculados al proceso desde la demanda, para aquellos eventos en los que se afecten *grupos*⁵⁸⁶.

Cualquiera de los remedios contenidos en el estándar internacional podría tener alcances colectivos en ambos sentidos. Frente a las comunidades, serían útiles, entre otras,

extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas... (las subrayas son propias).

⁵⁸⁴ La idea de que el juez sea quien comunique a las víctimas que pueden participar en la acción y no las víctimas, fue tomada de la investigación desarrollada por la Universidad del Rosario y la Universidad George Washington: Londoño, Beatriz. Carrillo, Arturo. *Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos* / Beatriz Londoño Toro - Arturo Carrillo (editores). 1 ed. Bogotá: Defensoría del Pueblo - The George Washington University Law School - Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010. Disponible en: <http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/accionesGrupo.pdf> Visita del 4 de junio de 2013.

⁵⁸⁵ **Ley 472 de 1998. Artículo 52. Requisitos de la demanda.** La demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo deberá reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Contencioso Administrativo, según el caso, y además expresar en ella:

... 4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.

⁵⁸⁶ No sobra recordar que las *comunidades* son agrupaciones con una estructura institucional completa, un territorio y cultura autónomos y preexistentes al daño. Los *grupos*, en cambio, sufren el daño en unas mismas circunstancias pero no comparten dichas características culturales previas. Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional...*, pp. 88-100.

órdenes de restitución y titulación colectiva de predios⁵⁸⁷, indemnizaciones destinadas a sanar el daño patrimonial sobre bienes de la comunidad (lugares de culto, escuelas, fuentes hídricas...), medidas para recuperar la verdad y la memoria y reformas institucionales dirigidas a corregir prácticas perjudiciales. Sobre los grupos, sería pertinente la ampliación de todas las medidas individuales de reparación⁵⁸⁸.

En ambos casos el fallo permitiría brindar remedios más allá de la dimensión individual de la víctima demandante. Frente a una tragedia como el desplazamiento es necesario tener una perspectiva distinta a la tradicional. Las respuestas del proceso contencioso deben ampliar sus límites más allá del criterio de jurisdicción rogada o del efecto interpartes de las sentencias que ordenen reparaciones.

Las sentencias deberían tener efectos *inter-comunis*, es decir, frente todas las víctimas del evento de despojo, aunque inicialmente no hayan interpuesto demanda. Con una ampliación como la propuesta evitaríamos órdenes de reparación injustas en términos distributivos, porque los recursos ya no se quedarían solamente en manos de quienes acudieron al juez. El temor o la ignorancia de quienes se quedan en silencio también tendrían una respuesta. Sin embargo, la sentencia no puede dejar sin posibilidades de reclamar en acciones posteriores, a quienes no pudieron ser vinculados al proceso⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Con la ley 1448 de 2011 se abrió un brazo de la jurisdicción para atender la restitución de tierras. Las Salas Civiles de los Tribunales Superiores y los Jueces Civiles de Circuito, especializados en restitución de tierras, serán los encargados de adelantar el procedimiento de restitución o formalización de títulos. Dentro del trámite, la ley admite reclamaciones colectivas cuando las causas del desplazamiento sean compartidas (artículo 82). Además, en su artículo 151 puso en cabeza de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, la obligación de diseñar un Programa de Reparación Colectiva para intentar mejores formas de reparación de este tipo de daño.

⁵⁸⁸ La ley 472 (artículo 65 No. 1) permite que la sentencia ordene el pago de indemnizaciones colectivas. Pero se trata de sumas de dinero que serán posteriormente repartidas entre cada una de las víctimas que integran el grupo. Es decir, son remedios para paliar daños colectivos divisibles. La propuesta de las líneas de fuga se orienta hacia la reparación de perjuicios colectivos indivisibles. El pago de sumas de dinero a las comunidades para que recuperen bienes colectivos puede ser una opción que incluso fortalecería la participación de las víctimas. Algunos ejemplos en Latinoamérica pueden verse en: Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora..., p. 242.

⁵⁸⁹ El efecto *inter-communis* fue inicialmente concedido a algunas sentencias de tutela de la Corte Constitucional. Para este juez, algunos fallos podían resultar en desequilibrios injustificados por lo que se justificaba la ampliación de sus efectos sobre quienes compartían las mismas condiciones de los accionantes. Es el caso de los 772 pensionados de la Compañía de la Flota Mercante Grancolombiana, que recibieron beneficios de una sentencia de unificación motivada en 4 acciones de tutela. En ese momento, ordenar el reconocimiento y pago de mesadas para cuatro ciudadanos convertía al amparo en una herramienta de

En el momento posterior al fallo el juez debe emprender un proceso de seguimiento a las órdenes proferidas en la sentencia. Para que la reparación no se quede en el papel con membrete, es necesario revisar constantemente si las autoridades están aplicando los remedios colectivos contra el daño. Creemos que en este caso no se tendrán los mismos problemas que ha tenido la Corte Constitucional con el seguimiento a las órdenes de la T-025, porque se trata de verificar el cumplimiento de mandatos concretos y no de ajustar políticas públicas. Las diferentes formas de reparación serán entonces indicadores inmediatos de su cumplimiento⁵⁹⁰.

La ley 1448 de 2011 acogió la propuesta y reconoció en cabeza de los jueces civiles especializados en restitución de tierras la competencia posterior al fallo de adjudicación, para que pueda tomar medidas encaminadas a lograr la restitución en plenas condiciones de seguridad y sostenibilidad⁵⁹¹.

En segundo lugar, los jueces administrativos podrían dar a sus sentencias de reparación un *alcance simbólico* en los mismos tres momentos. Sería posible al configurar las partes del litigio si decretara una medida cautelar consistente en ordenar la protección física y la atención psicológica inmediatas, de quienes se vayan vinculando al proceso. A lo anterior debería sumarse una práctica de testimonios en compañía de psicólogos, para que el momento de recuperar la memoria se convierta también en una oportunidad terapéutica de curación. De esta manera podrían asumir mejor el trámite de las audiencias y la

discriminación frente a los restantes. Corte Constitucional, Sentencia SU-1023 de 2001. M. P.: Jaime Córdoba Triviño. En el mismo sentido: Dueñas, Óscar. *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 147.

⁵⁹⁰ La idea de un proceso de seguimiento posterior a las órdenes del juez contencioso administrativo fue propuesta inicialmente por Carlos Peña. *Reparación integral. Consideraciones críticas. Una aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediciones Veramar, Bogotá, 2011, pp. 27-62. Sin embargo, el ejemplo ya estaba sobre la mesa con el proceso que siguió la Corte Constitucional a la T-025 desde 2004.

⁵⁹¹ **Ley 1448. Artículo 91. Contenido del fallo... Parágrafo 1º.** Una vez ejecutoriada la sentencia, su cumplimiento se hará de inmediato. En todo caso, el Juez o Magistrado mantendrá la competencia para garantizar el goce efectivo de los derechos del reivindicado en el proceso, prosiguiéndose dentro del mismo expediente las medidas de ejecución de la sentencia, aplicándose, en lo procedente, el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil. Dicha competencia se mantendrá hasta tanto estén completamente eliminadas las causas de la amenaza sobre los derechos del reivindicado en el proceso. (las subrayas son propias)

eventual confrontación con los victimarios. Sería importante que dichas medidas no implicaran erogaciones para las víctimas⁵⁹².

No sobra agregar que el juez debería convocar al proceso a todas las autoridades encargadas de adelantar los procesos de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables directos del daño, para que dieran cuenta del estado de avance de su labor frente a los victimarios. Aunque suena engorroso, la medida permitiría esclarecer mejor la trama de eventos dañinos, en beneficio de la verdad, y permitiría alertar a las instituciones para evitar la impunidad⁵⁹³.

Al momento de brindar los remedios de reparación el juez podría decretar medidas concretas de no repetición, rehabilitación y satisfacción para sanar los daños morales, a la salud y a la vida de relación. Sería más provechoso enfocar la indemnización hacia el cubrimiento exclusivo de daños materiales (emergente y lucrocesante), pero esforzarse en conceder remedios oportunos y eficaces a los inmateriales⁵⁹⁴.

⁵⁹² Por una parte, la propuesta fue hecha por el profesor Esteban Restrepo en 2009 frente a los procesos penales. Consideró que la práctica del testimonio como herramienta terapéutica permitiría convertir el dolor privado en un acto de dignidad política. Restrepo, Esteban. ¿Cómo garantizar justicia a los desplazados?..., p. 422. Por otra parte, la posibilidad de decretar medidas cautelares en procesos declarativos fue admitida en la ley 1437 bajo algunos requisitos (artículos 229 a 241). Uno de ellos, es que la omisión de la medida genere una sentencia con efectos nugatorios (art. 231 No. 4 lit. b). Sería el caso si se piensa que de nada sirve el dinero cuando no se brindan oportunidades de rehabilitación para las víctimas del DEFO. Finalmente, la ley 1448 de 2011 ordenó que la práctica de la prueba testimonial se brinde en condiciones de dignidad para las víctimas, para que se impida su revictimización (artículo 37). Además, autorizó a los jueces y magistrados para que busquen el acompañamiento de personal especializado en la atención de traumas psicológicos (artículo 42).

⁵⁹³ Con la ley 1448 el Estado afirmó su compromiso de garantizar a las víctimas los derechos a la verdad y la justicia. En su artículo 16 figura la obligación de investigar y sancionar a los responsables, al margen de la reparación que se pueda brindar por vía administrativa.

Ley 1448 de 2011. Artículo 16. Obligación de sancionar a los responsables. Las disposiciones descritas en la presente ley, no eximen al Estado de su responsabilidad de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley.

⁵⁹⁴ La ley de víctimas hace énfasis en las medidas simbólicas de reparación: rehabilitación (arts. 135 a 138), satisfacción (arts. 139 a 148) y garantías de no repetición (arts. 149-150). Indica que deberán suministrarse dependiendo del tipo de violaciones que sufra la víctima (artículo 69). Sin embargo, en ningún momento aclara qué tipo de daños busca reparar cuando se refiere a la indemnización (arts. 132 a 134). Apenas indica que será entregada en montos diferenciales teniendo en cuenta la naturaleza e impacto del hecho victimizante (Decreto 4800 de 2011, arts. 148 y 149). Consideramos que el criterio de distribución de indemnizaciones debería ser la magnitud de las pérdidas materiales sufridas. Así se podrían brindar remedios independientes al perjuicio inmaterial, que no hagan insostenible un programa de reparaciones administrativas.

En el momento posterior a la sentencia, su autor podría garantizar una reparación simbólica a través de autos de seguimiento concreto del cumplimiento de los remedios ordenados. Además, aportaría con la verdad y la justicia si en esas providencias solicitara a las autoridades competentes un informe periódico, que diera cuenta del estado de avance de las investigaciones adelantadas para juzgar y sancionar a los victimarios. Dicho ejercicio quedaría completo si el juez comunicara dicha información a las víctimas.

En tercer lugar, una sentencia de responsabilidad estatal podría asegurar la reparación en términos *participativos*. Para lograrlo, el juez debería hacer un esfuerzo en abrir espacios de diálogo con las víctimas y las autoridades antes de dar un fallo definitivo. En este sentido, podría dar a conocer el sentido de su decisión antes de proferirla. Si ésta resultare favorable a los demandantes, debería proseguir con la celebración de una audiencia pública de discusión en la que víctimas y entidades demandadas pudieran exponer sus preferencias sobre los límites y formas de reparación⁵⁹⁵.

Un alto participativo en el camino, como el que proponemos, redundaría en la mayor satisfacción de los demandantes y en una justicia más eficiente. Por una parte, las medidas serían más eficaces porque estarían ajustadas a las condiciones particulares de las víctimas. De nada serviría una medida de satisfacción que no se pudiera cumplir porque quienes se desplazaron no piensan retornar al lugar en que se cumplirá, por ejemplo, la construcción de un monumento o un acto de conmemoración.

Por otra parte, sería más eficiente la administración de justicia porque al permitir a las partes del litigio exponer sus argumentos sobre los límites y formas de la reparación, podría evitarse una discusión de segunda instancia. Ello haría más ágiles los trámites necesarios para darle cumplimiento a la sentencia.

El día después del fallo el juez debería desarrollar un proceso de seguimiento de sus órdenes. Proponemos que se lleve a cabo a través de audiencias en las que pueda verificarse el grado de cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Sería conveniente que se

⁵⁹⁵ En el artículo 61 de la ley 472 de 1998 se contempló una posibilidad similar pero para intentar la conciliación antes del período probatorio.

convirtieran en espacios de diálogo con las víctimas para ajustar algunas medidas de reparación cuando éstas evidencien su ineficacia⁵⁹⁶.

En un cuarto lugar, pero no por ello menos importante que los demás, figura la necesidad de brindar medidas de reparación con *enfoque diferencial*. Se trata de un eje transversal imprescindible que se resume en la toma de decisiones a la luz de medidas de discriminación positiva. En otras palabras, el juez debería transmitir una preocupación constante por las víctimas más vulnerables.

Podría manifestarse durante la integración del litigio en medidas cautelares específicas que protejan a aquellas víctimas más débiles: órdenes de inclusión inmediata en el registro de PSD, de prestación inmediata de ayuda humanitaria de emergencia, inclusión en planes de subsidio de vivienda, de ampliación de cupos escolares y atención inmediata de enfermedades físicas y mentales. Además, el juez debería emprender la búsqueda oficiosa de pruebas que vinculen al litigio a las mujeres, niños y niñas, ancianos, comunidades indígenas, afrodescendientes y población discapacitada.

Al definir los efectos de la reparación el juez podría rescatar las diferencias entre víctimas para brindar remedios diferentes. La sentencia debería tener en cuenta las condiciones de vulnerabilidad previas al despojo, y no solamente la magnitud del daño. Algunos indicadores que podría evaluar serían: ingreso promedio, relación de propiedad inmueble, vinculación laboral, nivel de escolaridad, situación de vivienda, vinculación al sistema de salud, entre otros.

En cuanto a la tasación del perjuicio lucrocesante, por ejemplo, es necesario ajustar algunas prácticas. La tradición teórica y jurisprudencial se orienta hacia el reconocimiento de indemnizaciones teniendo en cuenta el ingreso del perjudicado. Si no se logra establecer un monto, entonces el juez procede a liquidar el daño sobre la base de un salario

⁵⁹⁶ La propuesta implica que se puedan diferenciar dos momentos: el de indicación del sentido del fallo y el de su expedición formal y definitiva. El antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) no permitía diferenciar estos dos momentos, pero la Ley 1437 de 2011 sí. Según su artículo 182 No. 2, el juez podrá enunciar el sentido de su decisión y consignarla por escrito durante los diez (10) días siguientes. En este intervalo se podría desarrollar la práctica participativa que proponemos.

mínimo⁵⁹⁷. El problema es que la PSD difícilmente puede generar ingresos superiores a éste antes del despojo, mucho menos después⁵⁹⁸. Es por eso que la base de liquidación en estos casos debería ser superior al salario mínimo, para evitar regresar al desplazado a su estado de miseria anterior⁵⁹⁹.

El enfoque diferencial debería orientar también el proceso de seguimiento del cumplimiento de la sentencia. Lo más sano sería que las órdenes se encaminaran hacia la protección prioritaria de las víctimas más débiles y que los autos y audiencias de control posterior buscaran dicho cometido.

En quinto lugar, la reparación judicial podría tener *enfoque regional* si desde un comienzo se integraran al litigio a todas aquellas autoridades departamentales y municipales. La idea es que sean aquellas que cuenten con alguna competencia en la prevención del DEFO y atención de la PSD, aunque no hayan sido relacionadas directamente con la demanda⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ Henao, Juan. *El daño...*, p. 287.

⁵⁹⁸ En cifras del año 2009, antes de la expulsión, apenas un 49% de hogares desplazados registró ingresos familiares por encima de la línea de pobreza. El día después del éxodo la cifra se redujo a un dramático 3,4%. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. Proceso Nacional de Verificación. *Décimo Primer Informe: Cuantificación y valoración de las tierras y los bienes abandonados o despojados a la población colombiana en Colombia. Bases para el desarrollo de procesos de reparación*, Bogotá, 2009, pp. 21. Disponible en: <http://www.nrc.org.co/docs/XIinformecomisiondeseguiamientoppdeno2009.pdf>. Visita del 28 de abril de 2010.

⁵⁹⁹ La indemnización del daño lucrosante siempre se ha orientado hacia la recuperación del faltante patrimonial de la víctima: completar la diferencia existente entre la situación anterior y la posterior al hecho dañino. Henao, Juan. *El daño...*, p. 222. Sin embargo, admitir algo así sería un paso muy corto hacia la reparación con enfoque transformador. Para que dicha traslación patrimonial funcione como instrumento de cambios reales, sin que se torne inviable, sería necesario dejar de brindar dinero para reparar daños inmateriales como los morales.

⁶⁰⁰ Los departamentos y municipios siempre han tenido un papel protagónico en las normas diseñadas para prevenir el DEFO y atender a la PSD. En la ley 387, por ejemplo, recibieron el encargo de crear y gestionar comités municipales, distritales y departamentales para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia (art. 7). En la ley 1190 de 2008, el de diseñar e implementar planes integrales únicos (PIU) para gestionar mejor los recursos institucionales y financieros (art. 2). En la 1448, se hicieron cargo de tareas centrales como la prestación de servicios de asistencia humanitaria y otros complementarios a los mecanismos de reparación (arts. 172 a 174).

Una respuesta como éstas haría más eficaces y satisfactorias las medidas de reparación. Lo primero porque generaría compromisos directos con las autoridades que deben brindar los remedios. Las víctimas no tendrían que esperar a que la Nación buscara con lentitud el cumplimiento del fallo en el resto de autoridades. Lo segundo debido a que las entidades territoriales no viven muy presentes en el imaginario de los demandantes, ya sea por falta de orientación o por desconfianza hacia su gestión. Con la integración del litigio el juez brindaría una respuesta más completa a sus problemas⁶⁰¹.

El alcance regional de la reparación debería reflejarse en órdenes concretas de reparación. No estarían de más aquellas que comprometieran a los departamentos y municipios con esfuerzos presupuestales e institucionales dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales.

Durante el seguimiento posterior de dichas órdenes, el juez debería además vincular a algunas entidades del orden nacional encargadas de coordinar el esfuerzo de las territoriales. Es el caso del Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y del Interior. Una medida como éstas permitiría hacer esfuerzos más coherentes con la disponibilidad de recursos y la capacidad institucional de los departamentos y municipios.

Una sentencia que acogiera las líneas de fuga que hemos delineado podría perfilarse como un remedio eficaz para la PSD. Pero no basta con seguir estos caminos si la administración de justicia sigue siendo un asunto de siglos y no de meses. En otras palabras, cualquier línea de fuga podría opacarse ante las terribles demoras del sistema judicial. Es por eso que intentaremos proponer un sendero más en este sentido.

Para nadie es un misterio que la justicia contenciosa es una de las más lentas. Tan solo en Bogotá y Cundinamarca los estudios han arrojado resultados espeluznantes: un promedio de nueve años (108 meses) es el término empleado para resolver un asunto de

⁶⁰¹ Las investigaciones del profesor Óscar Dueñas con algunos grupos focales de PSD de Soacha y Bogotá revelaron que muchas víctimas no acceden al registro por falta de conocimiento de las autoridades que lo adelantan, y en algunas ocasiones, porque las entidades territoriales les cobran por atenderlos. Dueñas, Óscar. *Desplazamiento interno...*, pp. 215-218.

responsabilidad extracontractual en dos instancias⁶⁰². La cifra de procesos de responsabilidad estatal pendientes de sentencia en los anaqueles de los juzgados administrativos de Bogotá era de 8.120 para el año 2008 y de 3.735 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁶⁰³.

Si lo miramos desde las sentencias que forman nuestro objeto de estudio, los dígitos no dejan de sorprendernos. En promedio, la duración del proceso de acción de grupo es de 5,08 años (60,96 meses) y del de reparación directa 11,89 años (142,68 meses). Lo escandaloso es que los promedios legales son mucho menores. Para el trámite de acción de clase, dos instancias deberían tardar 0,37 años (4,5 meses), mientras que la de reparación tendría 0,59 años (7,2 meses). Los días en exceso saltan a la vista pero preferimos mostrarlos en las siguientes tablas.

Tabla 9. Duración de los procedimientos contenciosos que dieron lugar a los fallos de REPE por DEFO

Sentencia	<i>Caso La Gabarra (Acción de grupo)</i>	<i>Caso Alto Naya (Acción de grupo)</i>	<i>Caso Filogringo (Acción de grupo)</i>	<i>Caso Bellacruz (Reparación directa)</i>
Fechas				
Demanda	29/mayo/2001	10/mar/2003	25/ene/2002	16/mar/98
Primera instancia	22/julio/2004	27/oct/2005	21/nov/2005	24/feb/2000
Duración primera instancia	3,14 años (37,7 meses)	2,62 años (31,44 meses)	4,45 años (53,4 meses)	1,92 años (23,04 meses)
Segunda instancia	26/ene/2006	15/ago/2007	15/ago/2007	18/feb/2010

⁶⁰² El estudio dirigido por el profesor Diego Eduardo López Medina registró las actuaciones de 53 expedientes archivados con sentencia definitiva de segunda instancia, proferida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, entre 1995 y 2005. El promedio de duración de la primera instancia fue de 2,9 años (35 meses), mientras que el de la segunda osciló sobre los 5,7 años (69) meses. López, Diego. Alviar, Helena. Rodríguez, César. *Estudio diagnóstico de la actividad litigiosa de la Nación en su componente transversal “gestión jurídica de la nación” (Informe final de investigación presentado al Ministerio del Interior y de Justicia) ¿Justicia Mediante Litigio? Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia-, Bogotá, 2007, p. 81.

⁶⁰³ Restrepo, Manuel. Younes, Diego. Ruiz, Flor Alba. Tavera, María. *Dimensión de la congestión en la jurisdicción administrativa. Análisis y propuestas de solución*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 12-24.

Duración segunda instancia	1,51 años (18,13 meses)	1,8 años (21,6 meses)	1,72 años (20,64 meses)	9,97 años (119,64 meses)
Duración del procedimiento	4,65 años (55,83 meses)	4,42 años (53,04 meses)	6,17 años (74,04 meses)	11,89 años (142,68 meses)

Fuente: elaboración propia. Basada en las sentencias empleadas para desarrollar este estudio.

Tabla 10. Comparación de términos de duración entre los procedimientos reales y los términos legales⁶⁰⁴⁶⁰⁵

Instancia	Primera instancia	Segunda instancia	Sentencia definitiva
Acción de grupo (promedio legal)	0,25 años (3,5 meses)	0,08 años (1 mes)	0,37 años (4,5 meses)
Acción de grupo (promedio real)	3,40 años (40,8 meses)	1,67 años (20,04 meses)	5,07 años (60,84 meses)
Reparación directa (promedio legal)	0,38 años (4,6 meses)	0,21 años (2,6 meses)	0,59 años (7,2 meses)
Reparación directa (promedio real)	1,92 años (23,04 meses)	9,97 años (119,64 meses)	11,89 años (142,68 meses)

Fuente: elaboración propia. Basada en las sentencias empleadas para desarrollar este estudio.

⁶⁰⁴ Calculamos los términos legales con base en la legislación procesal vigente en el momento en que fueron expedidas las sentencias estudiadas. Así, para el caso de las acciones de grupo, contabilizamos los días que debería emplear el juez en las diferentes etapas de acuerdo con la ley 472 de 1998: notificación y admisión de la demanda (10 días, art. 53), traslado al demandado (10 días, art. 53), exclusión del grupo (5 a 10 días, art. 56) audiencia de conciliación (10 días, art. 61) práctica de pruebas (20 a 40 días, art. 62), alegatos de las partes (5 días, art. 63), fallo de primera instancia (20 días, art. 63), trámite y recuso de apelación (10 a 20 días, art. 67). La suma asciende a 135 días, 4,5 meses, 0,37 años. No se tuvieron en cuenta algunos términos eventuales que pueden variar muy poco la cuenta como los de trámite de inadmisión de la demanda o de su reforma, notificación de la sentencia.

⁶⁰⁵ Calculamos los términos legales con base en la legislación procesal vigente en el momento en que fueron expedidas las sentencias estudiadas. Así, para el caso de la acción de reparación directa, contabilizamos los días que debería emplear el juez en las diferentes etapas de acuerdo con el decreto 01 de 1984: notificación y admisión de la demanda (5 a 10 días, art. 207 No. 3), fijación en lista (10 días, art. 207 No. 5), práctica de pruebas (30 a 60 días, art. 209), alegatos de las partes (10 días, art. 210), alegatos del Ministerio Público (10 días, art. 210), fallo de primera instancia (40 días, art. 211), trámite y recuso de apelación (78 días, art. 212). La suma asciende a 218 días, 7,2 meses, 0,59 años. No se tuvieron en cuenta algunos términos eventuales que pueden variar muy poco la cuenta como los de trámite de inadmisión de la demanda o de su reforma, notificación de la sentencia.

¿A qué eventos podríamos atribuir semejante lentitud del juez administrativo? Aunque no es el centro de nuestra investigación, debemos recoger algunas explicaciones para proponer la última línea de fuga. Para el equipo investigador del profesor Manuel Restrepo, la congestión judicial se debe a factores exógenos y endógenos. Dentro de los primeros, entre otros, a la demanda creciente del servicio de justicia por parte de los ciudadanos y la reticencia de las autoridades administrativas de acatar la jurisprudencia constitucional y administrativa. Como parte de los segundos, a la falta de personal suficiente en los despachos y a la excesiva carga de expedientes con que operan a diario⁶⁰⁶.

Para superar los cuellos de botella proponen tomar medidas en torno a tres frentes: la reducción de la demanda de acceso a la justicia, reformas procesales para agilizar los procedimientos y cambios administrativos para mejorar la gestión de los despachos. Las conclusiones del estudio muestran la necesidad de emprender cambios drásticos como desincentivar la toma de decisiones en contra de la jurisprudencia constitucional y administrativa, implementar sistemas de audiencias y redistribuir las competencias entre juzgados y tribunales con el apoyo de jueces de descongestión, respectivamente⁶⁰⁷.

Inspirados en la gama de propuestas sugeridas por el equipo del profesor Restrepo consideramos que podría trazarse una nueva línea de fuga. Tiene que ver con las reformas procesales para agilizar los procedimientos y la reducción de la demanda de acceso a la justicia. Se trata de tomar medidas que permitan mitigar en parte el *desajuste temporal* de las sentencias. Con esta expresión nos referimos a la distorsión que evidenciamos atrás: los reclamos de atención y reparación de la PSD urgen respuestas inmediatas, pero éstas son terriblemente diferidas en el tiempo.

⁶⁰⁶ Citamos sólo algunas causas. Las que nos parecen más pertinentes para la propuesta que formulamos. El estudio citado refleja que el panorama de condiciones para la congestión es variopinto, desde el abuso de las acciones populares hasta la negligencia de las partes en la notificación de la demanda o en la presentación de pruebas documentales. Restrepo, Manuel. [et. al.] *Dimensión de la congestión en la jurisdicción administrativa...*, pp. 136-140.

⁶⁰⁷ Algunas recomendaciones fueron acogidas posteriormente, por ejemplo, la de implementar la conciliación extrajudicial como un requisito de procedibilidad, crear jueces y tribunales de descongestión o la de desincentivar el abuso de las acciones populares. Restrepo, Manuel. [et. al.] *Dimensión de la congestión en la jurisdicción administrativa...*, pp. 140-148.

En primer lugar, para brindar respuestas que agilicen los procedimientos, consideramos que el juez debería dar trámite preferente a las demandas de reparación de la PSD, sea en el curso de una acción de grupo o de la reparación directa. Es decir, que la decisión en estos casos llegue antes que para otras pretensiones de responsabilidad, aunque éstas últimas se hayan interpuesto antes.

No podemos ignorar que una medida como estas podría causar traumatismos en el trámite del resto de acciones de grupo y de reparación directa. Pero tampoco debemos pasar por alto el hecho de que las pretensiones de la PSD tienen un carácter especial. Se trata de un sector de la población sobre el que recaen injusticias más complejas: de distribución, de reconocimiento y de representación. Darle prioridad a sus reclamos haría parte de las medidas de inclusión necesarias para evitar que se prolongue su invisibilidad. La sentencia oportuna serviría para promover la confianza de las víctimas en el Estado⁶⁰⁸.

Para sumar al argumento, debemos precisar que las respuestas judiciales oportunas y eficaces son una obligación del Estado ante la comunidad internacional. La Convención Americana de DDHH y el documento de principios y directrices son enfáticos en este sentido⁶⁰⁹. El deber de respetar y asegurar que se respeten las normas sobre derechos humanos y DIH implica permitir a las víctimas un acceso equitativo y efectivo a la justicia⁶¹⁰. Lo anterior se traduce en un esfuerzo por minimizar todos los inconvenientes que puedan obstaculizar la garantía de los recursos de protección⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Uno de los objetivos de la reparación debe ser el de promover la confianza de las víctimas en el Estado. Sólo a partir de estos nuevos lazos se puede reconstruir el tejido social que destrazan las violaciones de derechos humanos y la impunidad. Comisión de Derechos Humanos. *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad...*, p. 28.

⁶⁰⁹ **Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972). Artículo 25. Protección Judicial 1.** Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (las subrayas son propias).

⁶¹⁰ Organización de las Naciones Unidas –ONU–, Asamblea General, *Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 21 de marzo de 2006. Disponible en: <http://cms.onic.org.co/wp->

La línea de fuga que delineamos cuenta con suficiente respaldo en normas internacionales. Por ello debería ser objeto de protección inmediata a través de la acción de tutela. En otras palabras, si el juez contencioso no diera trámite preferente a las pretensiones de reparación de la PSD, sobre las del resto de ciudadanos en condiciones distintas al DEFO, las víctimas podrían contar con el recurso de amparo para conminarlo a que decida primero su demanda⁶¹².

El uso del recurso de amparo sería legítimo en este caso porque con ella se buscaría proteger el acceso material a la justicia. Se trataría de proteger un derecho fundamental que se traduce en la tutela judicial efectiva, es decir, en el hecho de que los ciudadanos puedan ver realizados sus derechos en las sentencias del juez. Ello implica la obligación de impulsar todas las condiciones que sean necesarias para que el acceso al servicio sea real y efectivo⁶¹³.

content/uploads/downloads/2012/03/Principios_y_directrices_basicos_sobre_reparacion.pdf Visita del 5 de febrero de 2013.

II. Alcance de la obligación. 3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:...c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación (...) (las subrayas son propias).

⁶¹¹ **VIII. Acceso a la justicia.** 12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben: b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas (las subrayas son propias).

⁶¹² La jurisprudencia de la Corte Constitucional admite la procedencia de la acción de tutela para reclamar el derecho a la reparación cuando los mecanismos disponibles no lo garantizan de forma ágil y eficaz. Uprimny, Rodrigo. Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC. Respuesta al Oficio UPT-A-460/2010..., pp. 17-21.

⁶¹³ Para la profesora Rocío Araujo el derecho de acceso a la justicia es sinónimo de la noción de tutela judicial efectiva. El primero debe tener un alcance más allá del simple ingreso formal al sistema judicial. La segunda, debe traducirse en recursos idóneos que garanticen la protección real y efectiva de los demás derechos de los ciudadanos. Araujo-Oñate, Rocío Mercedes, "Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado". *Revista Estudios Sociojurídicos*, 2011, 13(1), pp. 247-291.

En segundo lugar, para reducir la demanda de acceso a la justicia, el juez contencioso podría tomar medidas sobre la definición del efecto de sus fallos y el proceso posterior de seguimiento. En el primer caso se trataría de ampliar el impacto del fallo para que resuelva la responsabilidad sobre dos eventos dañinos: el éxodo y el día después. En el segundo, de controlar el cumplimiento inmediato de las órdenes de reparación.

Una vez más las líneas de fuga nos muestran la necesidad de ampliar el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa. Para corregir el desajuste temporal del fallo sería adecuado que el juez ampliara de oficio el problema jurídico y definiera la REPE frente dos eventos de daño: el éxodo y el día después. La idea sería que el autor de la sentencia evaluara los daños en ambos casos, su imputación y sendas formas de reparación, aunque las víctimas solo reclamaran por uno de ellos. De esta manera tendríamos una sentencia que evitaría en parte nuevas reclamaciones judiciales. Además, podría ser valorada como una garantía de no repetición. Al resolver con prontitud sus reclamos se evitarían días de calvario después del éxodo.

En cuanto al seguimiento posterior de las órdenes de reparación, el juez podría expedir una para que las autoridades responsables dieran trámite preferente al pago de indemnizaciones, restitución de derechos y cumplimiento de medidas de satisfacción, rehabilitación y de no repetición. Sería importante que dicho mandato se reforzara con un proceso de seguimiento continuo a través de autos y audiencias.

El ejercicio de poner a la PSD en el primer puesto de la lista de espera, por encima de otras víctimas que reclamarían el cumplimiento de su sentencia favorable, tiene las mismas explicaciones que dimos atrás frente al trámite preferente de la demanda. Sin embargo, para evitar injusticias frente a los demandantes que triunfaron antes, sería necesario que las autoridades discutieran el orden de prioridades con las víctimas y el juez. El *alto participativo en el camino* podría ser el momento oportuno para hacerlo. De esta manera también se reduciría la demanda posterior de acceso al servicio de justicia.

En la tabla que aparece a continuación nos permitimos sintetizar el contenido y alcance de las líneas de fuga identificadas.

Tabla 11. Líneas de fuga para alcanzar reparaciones transformadoras en el ámbito judicial

Momento judicial Alcance	<i>Integración de las partes en litigio</i>	<i>Definición de los efectos del fallo</i>	<i>Seguimiento posterior de las órdenes del fallo</i>
Colectivo	Identificar y vincular de oficio a otras víctimas del evento de DEFO que se verán beneficiadas con la sentencia, sin que deba exigírseles cumplir con el requisito de conciliación extrajudicial.	Proferir órdenes de reparación a la comunidad y ampliar la extensión de los remedios individuales a los demás afectados, aún aquellos que no demandaron.	Revisión del cumplimiento de las órdenes proferidas por el juez a través de autos. Competencia posterior hasta que se verifique su cumplimiento pleno y satisfactorio.
Simbólico	<p>Decretar medidas cautelares de protección física y atención psicológica a los demandantes.</p> <p>Decretar el apoyo profesional de psicólogos en las audiencias para que los testimonios de las víctimas se conviertan además en un acto terapéutico.</p> <p>Vincular a las autoridades encargadas de la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables directos del daño.</p>	<p>Decretar medidas concretas de no repetición, rehabilitación y satisfacción para sanar los daños morales, a la salud y a la vida de relación.</p> <p>Enfocar la indemnización hacia el cubrimiento exclusivo de daños materiales (emergente y lucrocesante).</p>	<p>Autos de seguimiento en los que verifique el cumplimiento de los remedios simbólicos ordenados en la sentencia.</p> <p>Autos de seguimiento en los que solicite a las autoridades competentes un informe periódico, que dé cuenta del estado de avance de las investigaciones adelantadas para juzgar y sancionar a los victimarios.</p> <p>Expedición de comunicados periódicos a las víctimas sobre dicha información.</p>
Participativo	Convocar a todas las víctimas (individuales y colectivas) y entidades que se puedan ver involucradas en la reclamación de reparación.	Indicar el sentido del fallo y antes de proferirlo convocar a audiencia pública de discusión, para que las partes expongan sus argumentos sobre los límites y formas de reparación (<i>alto participativo en el camino</i>).	Desarrollo de audiencias en las que pueda verificarse el grado de cumplimiento de los acuerdos alcanzados e identificarse la necesidad de ajustes posteriores.
Diferencial	<p>Medidas cautelares de discriminación positiva: inclusión inmediata en el registro de PSD, prestación inmediata de ayuda humanitaria de emergencia, inclusión en planes de subsidio de vivienda, ampliación de cupos escolares y atención inmediata de enfermedades físicas y mentales.</p> <p>Búsqueda oficiosa de</p>	<p>La sentencia debería tener en cuenta las condiciones de vulnerabilidad previas al despojo, y no solamente la magnitud del daño.</p> <p>Algunos indicadores que podría evaluar serían: ingreso promedio, relación de propiedad inmueble, vinculación laboral, nivel de escolaridad, situación de vivienda, vinculación al sistema de salud, entre</p>	Las órdenes deberían encaminarse hacia la protección prioritaria de las víctimas más débiles. Los autos y audiencias de control posterior deberían buscar dicho cometido.

	pruebas que vinculen al litigio a las mujeres, niños y niñas, ancianos, comunidades indígenas, afrodescendientes y población discapacitada.	otros. Ajustar la base de liquidación del perjuicio lucrocesante en aquellos casos en los que no se logra probar un ingreso de la víctima superior al salario mínimo.	
Regional	Vincular de oficio a las entidades del orden territorial que tengan alguna competencia en la prevención del DEFO y en la atención de la PSD.	Órdenes concretas de reparación que comprometan a los departamentos y municipios a hacer esfuerzos presupuestales e institucionales dentro del marco de sus competencias.	Vincular a algunas entidades del orden nacional encargadas de coordinar el esfuerzo de las territoriales. Es el caso del Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y del Interior.
Medidas para corregir el desajuste temporal	Dar trámite preferente a las demandas de reparación de la PSD, sea en el curso de una acción de grupo o de la reparación directa. Debería convertirse en una garantía susceptible de protección por vía de tutela.	Ampliar de oficio el alcance del problema jurídico a debatir. Evaluar la existencia de daños, su imputación y reparación frente a dos eventos: el éxodo y el día después. Lo anterior, al margen de que las víctimas reclamen dicho estudio solo frente a uno de ellos.	Orden de trámite preferente al pago de indemnizaciones, restitución de derechos y cumplimiento de medidas de satisfacción, rehabilitación y de no repetición. Seguimiento continuo a través de autos y audiencias. El trámite preferente debe contar con una discusión previa sobre el orden de prioridades que tendrán que seguir las autoridades responsables.

Fuente: Elaboración propia.

Hemos hecho un largo recorrido desde los postulados tradicionales de la reparación hasta llegar a las líneas de fuga que podrían brindarle un alcance transformador. El camino nos enseñó que las sentencias del juez contencioso pueden ser un instrumento de construcción democrática y no solo de reconstrucción patrimonial.

3.4. A manera de recapitulación y conclusión

Abrimos este capítulo con la preocupación de confirmar si el DEFO era en realidad un comensal difícil, de saber si la receta tradicional de la REPE era suficiente para satisfacer sus gustos y expectativas en la mesa. En otras palabras, nos preguntamos si el andamiaje

de conceptos, creencias y valores de la REPE era suficiente para explicar y resolver, en parte, una realidad tan compleja como ésta.

Para superar la inquietud, decidimos revisar los gustos y expectativas del comensal, es decir, las exigencias o retos conceptuales que representa el DEFO. Desde la urdimbre de enfoques delineamos algunas *líneas de fuga* como opciones alternativas que podrían llevarnos a soluciones más adecuadas desde el punto de vista judicial. Fue así como llegamos a consolidar algunas frente a cada concepto del paradigma tradicional.

En cuanto al daño, encontramos que el DEFO es un evento generador de injusticias de orden distributivo, de reconocimiento y representación. Por ello, vimos la necesidad de pensar en nuevos rubros como el *cultural* y el *político*. Respecto de la imputación, nos tropezamos con el corto alcance de algunos títulos jurídicos y por eso propusimos la *presunción de falla* como el más eficaz. Además, planteamos que puede ser aplicado en eventos de éxodo y de omisión en la búsqueda de los recursos necesarios para implementar la política pública de atención a la PSD.

Sobre la reparación hicimos una adaptación del concepto de *reparaciones transformadoras* para proponer líneas de fuga que permitieran al juez alcanzar mejores remedios al daño. En este orden, propusimos algunos ajustes frente a tres momentos del fallo judicial: la configuración de las partes del litigio (antes), la definición de sus efectos (durante) y el control y seguimiento de sus órdenes (después). En cada caso indicamos las puertas que podrían conducir a un ejercicio de reparación colectivo, simbólico, participativo, con enfoque diferencial y regional, que además permitiera ajustar las distorsiones temporales cuando la sentencia “llegue tarde”.

Con las *líneas de fuga* recogimos las sugerencias que muchos académicos han hecho desde diferentes enfoques (la urdimbre). Nuestro mérito no está en haberlas inventado sino en adaptarlas al contexto en el que un juez contencioso define la REPE por DEFO.

Retomando nuestra metáfora culinaria, podemos pensar que ya hemos explorado las preferencias de nuestro comensal. Sabemos con más certeza cuáles son los ingredientes

y recetas que más disfruta. Lo que nos queda para el próximo capítulo es revisar si en la cocina tuvieron en cuenta los pedidos del invitado a los manteles.

En términos más paradigmáticos, debemos decir que nuestro ejercicio ya completó varias etapas: revisamos la *matriz disciplinar del paradigma tradicional* de la REPE (primer capítulo) y tomamos *consciencia de la anomalía* (capítulo segundo). Nos encontramos en la *exploración conceptual*. Ya delineamos algunas *líneas de fuga* y nos corresponde ahora contrastarlas con los *ejemplares*. Esa será la tarea del cuarto y último capítulo.

4. SEGUNDA EXPLORACIÓN CONCEPTUAL DEL PARADIGMA

Aplicación del Índice de fuga teórica a los ejemplares

Llegamos a la última parte de nuestro ejercicio. Ya hemos identificado los ingredientes de la receta tradicional de le REPE, hicimos un esbozo del difícil comensal que la probaría y exploramos sus exigencias en la mesa. Nos queda pendiente la tarea de contrastar dichas preferencias con algunos platos preparados por el grupo de jueces más selectos.

Volviendo a los paradigmas, hemos delineado la *matriz disciplinar* que caracteriza a la REPE, después nos aventuramos a tomar *consciencia de una anomalía* llamada desplazamiento forzado (DEFO). Luego, hicimos una *exploración conceptual* desde diferentes enfoques disciplinares y descubrimos algunas líneas de fuga. Nos resta verificar qué tan cerca de ellas estuvo el Consejo de Estado cuando profirió sus fallos de responsabilidad entre 2007 y 2010.

Al seleccionar los ejemplares tuvimos en cuenta varios criterios. Nuestra idea era escoger los más representativos pero también los más completos, es decir, aquellos que tuvieran como eje del debate la definición de REPE por daños ocasionados en el marco del DEFO. También los que presentaran todos los conceptos de la matriz disciplinar: daño, imputación, reparación y sus respectivas redes (*la obligación de reparar surge ante un daño antijurídico imputable a las autoridades responsables; la reparación no va más allá del daño*).

Para facilitar la búsqueda y mejorar los hallazgos, decidimos trabajar con aquellas sentencias proferidas después de la T-025 de 2004. El período de tiempo seleccionado tiene que ver con el impacto de la declaratoria del ECI. Creemos que la sentencia de la Corte Constitucional pudo haber ejercido cambios profundos en

el imaginario del juez contencioso administrativo, que difícilmente se podrían ver en decisiones anteriores.

Después de una fuerte búsqueda en bibliotecas y bases de datos, logramos ubicar seis fallos judiciales que reunían estas características. Sin embargo, de este grupo terminamos seleccionando sólo cuatro. En aras de quedarnos con “los mejores platos” del paradigma, prescindimos de dos decisiones porque no cumplían los criterios atrás señalados.

Se trata de dos acciones de grupo proferidas en el año 2006. Una de ellas el 26 de enero de 2006 (Juan Cãñate y otros contra Municipio de Ciénaga) y la otra el 16 de marzo de 2006 (William Ángel Quina y otros contra Nación-Ministerio de Defensa y otros). A la primera la denominamos *caso Ciénaga* y a la segunda *caso Cajibío*⁶¹⁴.

En el *caso Ciénaga* la discusión central giró en torno a la responsabilidad de las autoridades municipales frente a los daños causados a un grupo de hogares desplazados y la Fundación Ciénaga La Grande. Los hechos que dieron lugar a la acción se dieron en diciembre de 1997.

La Alcaldía suscribió un convenio con la Fundación en el que se comprometió a donar un monto de dinero para que pudiera emprender un proyecto de construcción de vivienda de interés social. Transcurridos unos meses, después de un desembolso parcial, el Municipio dejó de cumplir su compromiso y los hogares se vieron en dificultades para adquirir la propiedad del predio en el que ya se habían construido algunas viviendas.

Los argumentos del Consejo de Estado para negar las pretensiones de la demanda fueron dos. El primero, que el daño no era un elemento común al grupo

⁶¹⁴ *Caso Ciénaga*: Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 26/ene/2006, Radicación No. 47001-23-31-000-2002-00614-01(AG), C. P.: Alier Eduardo Hernández, actor: Juan Cãñate y otros. *Caso Cajibío*: Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 16/mar/2006, Radicación No. 19001-23-31-000-2002-01472-01, C. P.: María Helena Giraldo Gómez, actor: William Ángel Quina y otros.

porque se trataba del incumplimiento de un contrato, cuya única interesada era la Fundación. Las personas naturales nunca probaron su condición de desplazamiento y por ello no tenían ningún interés en el litigio. El segundo, tenía que ver con la improcedencia de la acción. Al versar la controversia sobre el cumplimiento de un contrato el actor debió recurrir a través de la pretensión contractual.

El caso Ciénega es un ejemplar interesante porque se debate la responsabilidad por la omisión de las autoridades posterior al éxodo. Sin embargo, prescindimos de su estudio toda vez que se trata de una muestra parcial de los elementos conceptuales del paradigma. El fallo deja por fuera del argumento la imputación, al considerar apenas la inexistencia de nexo de causalidad. Sobre reparación existió un silencio lógico: al no ser procedente la acción de grupo, mucho menos lo era revisar los remedios contra el daño.

En el *caso Cajibío* el juez se concentró en definir si el Estado era responsable por los daños ocasionados con el desplazamiento de familias que buscaron salvar sus vidas de ataques guerrilleros. Ocurrió en el corregimiento de Ortega entre el 20 de septiembre y el 7 de octubre de 2000. Los demandantes acusaron la omisión de las autoridades civiles y militares para evitarlo o controlarlo.

El juez encontró improcedente la pretensión de responsabilidad porque consideró que los demandantes no lograron probar la omisión. Además, el evento de desplazamiento era imprevisible por cuanto las víctimas nunca dieron aviso a las autoridades⁶¹⁵.

Este ejemplar evidencia parcialmente los elementos conceptuales del paradigma. Como el juez consideró que el daño no era imputable nunca procedió a estudiar su reparación. Además, exhibe algunos argumentos que pugnan con el

⁶¹⁵ “No encuentra sustento la imputación de omisión en contra de la Nación (Mindefensa, Ejército, Policía Nacional) y del Departamento del Cauca en la ejecución de los deberes. En el material probatorio valorado no se encuentra que se puso en sobre aviso a las autoridades sobre un próximo ataque subversivo a la población de Ortega el día 7 de octubre de 2000; sólo se conocía, se repite, que por cuestiones electorales dicha población podía ser objeto de un ataque subversivo pero el día 29 de octubre del mismo año y por lo mismo se dispusieron operaciones”. Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 16/mar/2006, Radicación No. 19001-23-31-000-2002-01472-01, C. P.: María Helena Giraldo Gómez, actor: William Ángel Quina y otros.

sentido común y la jurisprudencia del propio Consejo de Estado. Considerar un evento de desplazamiento como imprevisible por el hecho de no contar con la advertencia de sus víctimas, es una idea fuera de sentido si se tiene en cuenta que las circunstancias del entorno también pueden alertar a las autoridades.

Presentaremos entonces la segunda parte de nuestra *exploración conceptual de la anomalía* teniendo en cuenta los cuatro fallos restantes, a la luz de los tres conceptos principales del paradigma: daño, imputación y reparación. Para efectos de facilitar la explicación, indicamos un resumen de los hechos que motivaron cada decisión.

Tabla 12: Relación de antecedentes de los fallos estudiados

<i>Sentencia</i>	<i>Antecedentes fácticos</i>
<p><i>Caso La Gabarra</i></p> <p><i>Consejo de Estado Sentencia del 26/ene/2006, Radicación. No. 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG)B</i></p> <p><i>Consejero Ponente: Ruth Stella Correa</i></p>	<p>En la edición del 15 de marzo de 1999, se publicó en el periódico El Tiempo, de Bogotá, una entrevista concedida por el cabecilla paramilitar Carlos Castaño en la que anunció una arremetida militar contra la región del Catatumbo, en el departamento de Norte de Santander.</p> <p>Las operaciones paramilitares se iniciaron el 29 de mayo de 1999, cuando centenares de paramilitares provenientes del sur del Cesar, Córdoba y Urabá pretendieron tomarse la cabecera del corregimiento de La Gabarra, del municipio de Tibú, pero fueron contenidos por grupos guerrilleros, que les opusieron resistencia. Aquellos instalaron una base y un retén permanentes en la vereda Vetas de Oriente, en la vía que de Tibú conduce a La Gabarra y cometieron múltiples crímenes, entre ellos, dieron muerte a cinco activistas comunales de la región.</p> <p>Ante la inminencia del ataque paramilitar, más de 3.000 pobladores de La Gabarra se desplazaron a otros lugares del departamento de Norte de Santander y de allí se dirigieron a buscar refugio en la República Bolivariana de Venezuela. A ese país llegaron 2.229 personas, el 2 de junio de 1999, quienes se concentraron en los poblados de Casigua, El Cubo y La Vaquera, en el estado de Zulia.</p> <p>La población fue reubicada en albergues improvisados en el municipio fronterizo de Puerto Santander. En su gran mayoría, los desplazados decidieron partir hacia otras ciudades en busca de ayuda de familiares y conocidos.</p> <p>Las Fuerzas Militares, después de haber tenido noticia de la incursión, realizaron operaciones helicoportadas en la zona el dos (2) de junio de 2008 que resultaron útiles apenas para hacer una verificación de los daños ocasionados.</p>
<p><i>Caso Alto Naya</i></p> <p><i>Consejo de Estado Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 190012331000200300385-01</i></p> <p><i>Consejero Ponente: Mauricio Fajardo</i></p>	<p>Desde mediados del año 2000, los habitantes de la zona rural del municipio de Buenos Aires –Cauca- conocida como la región del Alto Naya, recibieron amenazas de incursión armada de fuerzas paramilitares. Tras reiteradas solicitudes de protección ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos este organismo otorgó medidas cautelares a las comunidades del Alto Naya, el 27 de marzo de 2001: “a favor de las organizaciones sociales, políticas, campesinas y afro colombianas, en especial la de adelantar las acciones tendientes a proteger los derechos fundamentales de los grupos humanos ante la inminente (sic) de un ataque en contra de su vida, bienes y honra.”</p> <p>Los paramilitares hicieron su ingreso en la zona el 5 de abril de 2001 y hasta el 12 de ese mismo mes sembraron terror en la región a través de masacres y amenazas que motivaron el desplazamiento de los demandantes, quienes tuvieron que trasladarse a los municipios de Timba y Santander de Quilichao. A pesar de las múltiples alertas tempranas promovidas por la Defensoría del Pueblo y ONG, sólo hasta el 29 de abril las fuerzas militares lograron capturar 70 miembros de los grupos que perpetraron tales atrocidades.</p>

<p style="text-align: center;">Caso Filogringo</p> <p>Consejo de Estado, Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG)</p> <p>Consejero Ponente: Ruth Stella Correa</p>	<p>Desde el 29 de mayo, en el corregimiento de La Gabarra, municipio de Tibú –Norte de Santander- fuerzas paramilitares comandadas por Carlos Castaño comenzaron una ofensiva militar en contra de la guerrilla, para lo que instalaron un retén entre Tibú y la Gabarra, que vino acompañado de vejaciones a los habitantes de la zona. Durante el segundo semestre de 1999, los paramilitares sembraron el terror en el municipio de Tibú y en La Gabarra, ejecutando masacres y ejecuciones selectivas.</p> <p>El 29 de agosto de 1999, una comisión interinstitucional integrada por delegados de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, el Ministerio del Interior, la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y una ONG de Derechos Humanos se desplazó al corregimiento de La Gabarra y una subcomisión al corregimiento de Filo Gringo y constató el temor y la ansiedad que soportaban sus habitantes y el progresivo desplazamiento forzado que se había iniciado en esos corregimientos.</p> <p>El Ministerio del Interior y la Gobernación de Norte de Santander, acogiendo peticiones de ONG’s de Derechos Humanos crearon una comisión interinstitucional, de la que hicieron parte delegados de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría Provincial, la Red de Solidaridad Social y el C.T.I., la cual se desplazó hasta el municipio del Tarra y el corregimiento de Filo Gringo, el 26 de enero de 2000 y recibió reiterativas denuncias de los pobladores sobre la existencia de unidad operativa entre el grupo paramilitar y miembros del Ejército Nacional y sobre las omisiones de la Fuerza Pública.</p> <p>Ante la persistencia de las amenazas y la falta de respuestas estatales, los habitantes de Filo Gringo, llenos de temor y desesperación, procedieron a abandonar el corregimiento, en los primeros días del mes de febrero de 2000, llevando consigo muy pocos de sus haberes. Entre los desplazados se encontraban los accionantes.</p>
<p style="text-align: center;">Caso Bellacruz</p> <p>Consejo de Estado, Sentencia del 18/feb/2010, Exp. No. 18.436 (reparación directa)</p> <p>Consejero Ponente: Mauricio Fajardo</p>	<p>Desde 1989 cerca de 250 familias se encontraban ocupando la Hacienda Bellacruz ubicada en inmediaciones de los municipios de La Gloria, Pelaya y Tamalameque en el Departamento del Cesar; dicha ocupación dio lugar a múltiples acciones violentas de desalojo, razón por la cual se instaló una base militar en la Vereda de Vistahermosa, dentro de la mencionada hacienda.</p> <p>Los campesinos, lograron mantener la posesión hasta 1996, año en que un grupo paramilitar –el 14 de febrero- acompañado por el propietario de la Hacienda, cometió una serie de atropellos y conminó al desalojo dentro de los 5 días siguientes. Al menos unas 280 familias abandonaron el lugar y recurrieron a las autoridades policivas de los municipios de La Gloria, Pelaya y Tamalameque. Ante las respuestas insatisfactorias de la comunidad, decidieron trasladarse hasta las instalaciones del INCORA en Bogotá en donde se suscribieron varios acuerdos para el retorno, no obstante las pésimas condiciones de seguridad.</p> <p>En virtud de los acuerdos, varios campesinos decidieron retornar (entre ellos: Éder, Eliseo y Manuel Narváez con sus respectivas familias. Los dos primeros, fueron asesinados por el mismo grupo</p>

	paramilitar que los había expulsado, el 28 de septiembre de 1996). Para diciembre de 1996, la mayoría de familias ya habían sido reubicadas en predios del Gobierno Nacional en los municipios de Armero – Guayabal e Ibagué. Debido a las múltiples amenazas y a la falta de garantías de seguridad, el señor Manuel Narváz y su familia tuvieron que salir del país en enero de 1997.
--	---

Fuente: Elaboración propia.

Los asuntos conocidos por el Conejo de Estado han sido objeto de discusión en el trámite de acciones de grupo y de reparación directa. Tienen que ver con eventos de desplazamiento forzado masivo perpetrados por grupos paramilitares en zonas álgidas de la geografía del conflicto: puntos estratégicos por abundancia de recursos naturales o por la posición que facilita la movilidad de los actores armados⁶¹⁶.

Los éxodos emprendidos por la población civil constituyeron medidas preventivas ante reiteradas amenazas que fueron conocidas por ONG, autoridades gubernamentales, la Policía y las Fuerzas Militares. En todos los fallos que comentaremos, las precarias condiciones de seguridad hicieron imposible el retorno, por lo que la gravedad de los perjuicios y del desarraigo es un aspecto marcado y común.

Para continuar la aventura haremos una revisión de las consideraciones de los fallos estudiados. Verificaremos cuál ha sido el criterio utilizado por el juez para calificar y clasificar los daños sufridos por los demandantes. Nos detendremos en los conceptos tenidos en cuenta para definir cada rubro del perjuicio, en aras de evidenciar si se tienen en cuenta o no las líneas de fuga teórica que señalamos al respecto.

⁶¹⁶ **Decreto 2569 de 2000. Artículo 12. Desplazamientos masivos.** Se entiende por desplazamiento masivo, el desplazamiento conjunto de diez (10) o más hogares, o de cincuenta (50) o más personas.

Se entiende por hogar, el grupo de personas, parientes, o no, que viven bajo un mismo techo, comparten los alimentos y han sido afectadas por el desplazamiento forzado por la violencia.

4.1. Exploración conceptual del daño. Un intento en tercera dimensión

El Consejo de Estado ha sido un juez cuidadoso de mantenerse a la vanguardia. Siempre ha procurado renovar el abanico de los rubros del daño indemnizable para que las víctimas puedan acceder a una reparación integral. Sin embargo, algunas aristas del problema se quedaron pendientes. Estudiaremos primero la perspectiva del daño que guio al juez, para luego someterla al filtro de las líneas de fuga teóricas que venimos elaborando.

En primer lugar, el Consejo consideró el desplazamiento como un fenómeno que dejó en sus víctimas secuelas de orden patrimonial y extrapatrimonial. Dentro de las primeras, fueron representativas las pérdidas de bienes raíces y de ingresos. Dentro de las segundas, las afectaciones morales y de las condiciones de existencia.

La principal afectación económica identificada fue la destrucción de vivienda y el despojo de los bienes inmuebles que poseían las víctimas antes del éxodo. En ningún momento fueron consideradas hechos notorios (como sí ocurrió con el daño moral) y su prueba estuvo señalada por los informes de peritos o comisiones especiales de investigadores. También se tuvieron en cuenta los subsidios administrativos para solución de vivienda, como indicios de pérdida de bienes.

En cuanto a la pérdida de muebles o enseres, por una parte, el juez fue muy estricto al exigir su prueba. Ante la dificultad para allegarla, solo fue posible en el caso Filogringo, en donde los registros de las ONG hicieron posible evidenciarla. Sobre el perjuicio lucrocesante poco se dijo. Aunque el juez reconoció la magnitud de la tragedia humanitaria, no tuvo los mismos alcances para hacer lo mismo frente a la pérdida de ingresos de la PSD. Apenas en el caso Bellavista atinó a decir que se habían causado, pero advirtió que no se encontraba en condiciones de hallar su monto⁶¹⁷.

⁶¹⁷ Curiosamente, en este caso no apeló al recurso de liquidar el perjuicio con base en el salario mínimo, como ya lo venía haciendo tradicionalmente en aquellos eventos en los que no era posible averiguar cuál era el ingreso percibido por la víctima antes del daño.

Frente al perjuicio moral el juez se orientó a calificarlo como un hecho notorio que ocurría cuando el despojo causaba dolor, angustia y desolación, al ver menguada la condición económica, social y cultural. El daño por alteración a las condiciones de existencia (también considerado hecho notorio) se identificó como la consecuencia del cambio involuntario de domicilio, pues asumió que generaba una alteración brusca y trascendental de las condiciones de vida de la persona en cuanto tal.

En segundo lugar, frente a las líneas de fuga teórica, debemos advertir que el Consejo de Estado se encuentra lejos de las perspectivas ofrecidas por la urdimbre teórica del desplazamiento.

Las *líneas de fuga teórica* que delineamos buscan ampliar las fronteras del daño. De esta manera podríamos pensar en un *daño económico*, que sería evidente en dos variables: la alteración del reparto de recursos materiales al momento de la expulsión y su prolongación con la falta de atención por parte de las autoridades. Otro de orden *cultural*, representado en tres circunstancias: desconocimiento y estigma institucional, desconocimiento y estigma social e imposición de una identidad relacionada con el enemigo. Uno más de naturaleza *política* con dos variables: pérdida de la capacidad de interlocución con las autoridades y pérdida de la capacidad de organización y asociación para superar la tragedia humanitaria.

Aunque el daño económico es la faceta más desarrollada, no deja de causar inquietud el que para el Consejo no resulte un hecho notorio como el sufrimiento moral. ¿Acaso quien fue desplazado subsistía sin usar bienes o ingresos? ¿Mentirá el desposeído cuando afirma que sufrió pérdidas materiales vitales para su supervivencia? ¿Por qué no podríamos pensar que se trata de un hecho notorio?

Ninguna de las sentencias ofreció respuestas a estos cuestionamientos. Además, en los fallos reconocieron el hecho de que las autoridades han contribuido a perpetuar la consecuente mala distribución de recursos, con su falta de atención a los reclamos de la PSD, pero no hubo pronunciamiento alguno que permitiera solucionar tales omisiones.

El juez contencioso reconoció que el desplazamiento deja graves secuelas culturales, representadas en el prejuicio social hacia las víctimas, quienes reciben rótulos trágicos como “guerrilleros”, “ladrones” o “mendigos”. Sin embargo, estas consideraciones hicieron parte de la valoración del daño moral, que se pretendió reparar con dinero, sin tener en cuenta que el impacto de dicho estigma social es distinto en cada perjudicado.

En últimas, el concepto de daño no dio para pensar en su impacto cultural. El desconocimiento social e institucional de la tragedia, la imposición de identidades relacionadas con el enemigo, se quedaron como párrafos a mitad de camino hacia decisiones que reforzaron el paradigma tradicional.

Si con las perspectivas económica y cultural del daño tenemos poco optimismo, la idea del daño político nos empieza a desvelar. En ninguna sentencia se tuvo en cuenta el desarraigo político que sufrieron las víctimas. Buena parte de los antecedentes de cada fallo dejaron ver que las comunidades afectadas contaban con algunos canales de interlocución institucional y cierta capacidad de organización y asociación. Fue por eso que en casi todos los eventos (La Gabarra, Filo Gringo, Alto Naya) el desplazamiento se pudo prever, y que en otros la PSD pudo retornar con el auspicio del gobierno nacional (caso Bellacruz). Sin embargo, la tragedia humanitaria bloqueó dichas ventajas⁶¹⁸. El Consejo de Estado pasó las por alto sin detenerse mucho en sus consideraciones del daño.

Tabla 13: Exploración conceptual del daño

<i>Sentencia</i>	<i>Exploración conceptual del concepto y alcance del daño</i>
<p>Caso La Gabarra</p> <p>Consejo de Estado Sentencia del 26/ene/2006,</p>	<p>Categorías del daño identificadas: moral.</p> <p>Definición y calificación del rubro del perjuicio: Se trató de un hecho notorio. Dolor, angustia y desolación al ver menguada su condición económica, social y cultural.</p>

⁶¹⁸ En la mayoría de los casos estudiados, la interlocución de la comunidad con las Fuerzas Militares fue inexistente. A pesar de las alertas tempranas, aparecieron después de la expulsión para registrar el hecho. En el caso La Gabarra, por ejemplo, la población tuvo que reaccionar huyendo ante la inactividad de las fuerzas militares. En Alto Naya, la comunidad logró alertar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Defensoría del Pueblo, pero no tuvo el mismo éxito con el Ejército Nacional. En algunos eventos, como el de Bellacruz, las víctimas tuvieron que salir del país para evitar la muerte al momento de retornar.

<p>Radicación. No. 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG)B</p> <p>Consejero Ponente: Ruth Stella Correa</p>	<p>Valoración del daño económico: Curiosamente, no fue visto como un hecho notorio. No se reconocieron debido a que en ningún momento fueron probados.</p> <p>Valoración del daño cultural: Se admitió que el desplazamiento implicaba un deterioro de la condición social y cultural de las víctimas, determinado por el estigma que sufren en las ciudades de recepción. Sin embargo, se relacionaron como parte del daño moral.</p> <p>Admitió que el desplazamiento desajusta las relaciones familiares y pone en manos de las mujeres las riendas de muchos hogares, tradicionalmente dirigidos por varones. Sin embargo, se relacionaron como parte del daño moral.</p> <p>Valoración del daño político: No se encontraron argumentos que permitieran identificar alguna manifestación de reconocimiento de daño político.</p>
<p>Caso Alto Naya</p> <p>Consejo de Estado Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 190012331000200300385-01</p> <p>Consejero Ponente: Mauricio Fajardo</p>	<p>Categorías del daño identificadas: daño moral y daño por alteración a las condiciones de existencia.</p> <p>Definición y calificación del rubro del perjuicio:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. <i>Moral:</i> Se trata de un hecho notorio. Dolor, angustia y desolación al ver menguada su condición económica, social y cultural. b. <i>por alteración a las condiciones de existencia:</i> Se trata de un hecho notorio. El cambio involuntario de domicilio genera una alteración brusca y trascendental de las condiciones de vida de la persona en cuanto tal. <p>Valoración del daño económico: No se encontraron argumentos que permitieran identificar alguna manifestación de reconocimiento de daño económico.</p> <p>Valoración del daño cultural: Admitieron que el desplazamiento genera el estigma social que encasilla a sus víctimas en las categorías de “guerrillero”, “ladrones”, “mendigos”... Sin embargo, fijaron el mismo monto de indemnización a todas los demandantes, sin tener en cuenta el particular impacto que el desarraigo causó en cada víctima.</p> <p>Valoración del daño político: No se encontraron argumentos que permitieran identificar alguna manifestación de reconocimiento de daño político.</p>
<p>Caso Filogríngo</p> <p>Consejo de Estado, Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG)</p> <p>Consejero Ponente: Ruth Stella Correa</p>	<p>Categorías del daño identificadas: daño patrimonial (emergente), daño moral y daño por alteración a las condiciones de existencia.</p> <p>Definición y calificación del rubro del perjuicio:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. <i>Patrimonial (emergente):</i> Se reconoció perjuicio material en la modalidad de emergente por la destrucción de las viviendas. La pérdida de enseres no se consideró debidamente probada. b. <i>Moral:</i> Se trata de un hecho notorio. Dolor, angustia y desolación al sentir que su entorno sociocultural se destruye, y que recuperarlo será una tarea casi imposible. c. <i>por alteración a las condiciones de existencia:</i> El cambio involuntario de domicilio genera una alteración brusca y

	<p>trascendental de las condiciones de vida de la persona en cuanto tal.</p> <p>Valoración del daño económico: No fue visto como un hecho notorio. No se reconocieron completamente debido a que no fue plenamente probada la pérdida de enseres.</p> <p>Valoración del daño cultural: No se encontraron argumentos que permitieran identificar alguna manifestación de reconocimiento de daño cultural.</p> <p>Valoración del daño político: No se encontraron argumentos que permitieran identificar alguna manifestación de reconocimiento de daño político.</p>
<p>Caso Bellacruz</p> <p><i>Consejo de Estado, Sentencia del 18/feb/2010, Exp. No. 18.436 (reparación directa)</i></p> <p>Consejero Ponente: Mauricio Fajardo</p>	<p>Categorías del daño identificadas: daño patrimonial (emergente y lucrocesante), daño moral y daño por alteración a las condiciones de existencia.</p> <p>Definición y calificación del rubro del perjuicio:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. <i>Patrimonial (emergente):</i> Se reconoció perjuicio material en la modalidad de emergente por la destrucción de las viviendas. La pérdida de enseres no se consideró debidamente probada. Tampoco el perjuicio lucrocesante. b. <i>Moral:</i> Se trata de un hecho notorio. Dolor, angustia y desolación al sentir que su entorno sociocultural se destruye, y que recuperarlo será una tarea casi imposible. c. <i>por alteración a las condiciones de existencia:</i> El cambio involuntario de domicilio genera una alteración brusca y trascendental de las condiciones de vida de la persona en cuanto tal. <p>Valoración del daño económico: No fue visto como un hecho notorio. Su monto no se pudo establecer con certeza, por lo que aplazaron la tarea de su tasación</p> <p>Valoración del daño cultural: Admitieron que el desplazamiento genera el estigma social que encasilla a sus víctimas en las categorías de “guerrillero”, “ladrones”, “mendigos”... Sin embargo, fijaron el mismo monto de indemnización a todas los demandantes, sin tener en cuenta el particular impacto que el desarraigo causó en cada víctima.</p> <p>Valoración del daño político: No se encontraron argumentos que permitieran identificar alguna manifestación de reconocimiento de daño político.</p>

Fuente: elaboración propia

Con las sentencias del Consejo de Estado hemos puesto sobre la mesa el ingrediente del daño “preparado” como lo indica la receta tradicional. La reacción del comensal no ha sido la más satisfactoria. La teoría tridimensional de la justicia nos dejó ver que se quedaron algunos aspectos del daño descubiertos y la confección del juez contencioso no logró cubrirlos con satisfacción. En este punto, ya no resulta tan descabellado afirmar que

nos acercamos a una anomalía en el paradigma. Pero esta es apenas la primera parte. Nos queda pendiente el mismo ejercicio con los conceptos de imputación y reparación.

4.2. Exploración conceptual de la imputación. Un intento para vencer la barrera de lo imposible

Haremos una relación de los hallazgos sobre los ejemplares estudiados en dos partes. La primera, dedicada a la revisión de los principales argumentos de imputación utilizados dentro del paradigma tradicional de la responsabilidad patrimonial. La segunda, en torno a algunas razones presentadas por el juez, que guardan cierta relación, por no decir sensibilidad, frente a las líneas de fuga teórica trazadas desde la urdimbre.

4.2.1. La imputación desde el paradigma tradicional

El éxodo fue el evento dañino estudiado en las sentencias que tomamos como ejemplares. En todos los casos, las amenazas de grupos paramilitares hacia la población civil motivaron los desplazamientos como una estrategia de supervivencia. En algunos fueron la respuesta a masacres (La Gabarra, Alto Naya) y retenes (La Gabarra, Filogringo), en los que se buscaba exterminar a colaboradores de la guerrilla.

En ninguna se discutió la reclamación de perjuicios por la falta de atención institucional a las víctimas durante “el día después del éxodo”. Sin embargo, algunas consideraciones expuestas por el juez dejaron ver su preocupación por la omisión de las autoridades para conjurar la crisis humanitaria posterior.

En las sentencias de Alto Naya y Bellacruz, se hizo eco del llamado de atención de la Corte Constitucional acerca de la sistemática violación de derechos de la PSD. Recogieron el argumento de responsabilidad estatal contenido en la sentencia de la Corte Constitucional SU-1150 de 2000 (ya que el Estado no pudo evitar el despojo de ciudadanos, pues que se

haga responsable de la atención y garantía de sus derechos con posterioridad al desplazamiento⁶¹⁹) pero no lo tuvo en cuenta para identificar el evento dañino.

En todos los casos estudiados coincidieron al afirmar la responsabilidad del Estado por falla del servicio. Asumieron que se presentó al confluir tres circunstancias: primero, la existencia de una obligación de protección a la población civil. Segundo, la verificación de una omisión de las autoridades al no aprovechar todos los recursos disponibles para evitar el desplazamiento. Tercero, la constatación de la importancia causal de dicha omisión en el resultado: de haber actuado, seguramente se habría evitado el éxodo⁶²⁰.

El juez fue ágil al identificar un mandato de protección en normas internacionales, constitucionales y legales. Apeló a la Convención Interamericana de Derechos Humanos para determinar que las autoridades militares y de policía existían para salvar los derechos de la población civil (como la vida y la libre circulación por el territorio nacional) de cualquier ataque jurídicamente injustificado. Dicho mandato se reforzó con los artículos 2 y 217 de la Constitución, y 2 y 7 de la ley 387 de 1997, que imponen al Estado la obligación de prevenir cualquier forma de desplazamiento.

Sobre la omisión en el cumplimiento del mandato de protección, las sentencias fueron bondadosas al mostrar un completo inventario de medios de prueba que ponían en evidencia la negligencia de las autoridades. Todos los casos fueron crónicas de un éxodo anunciado, porque organizaciones internacionales, gubernamentales y comunitarias advirtieron con angustia la amenaza paramilitar sobre la población. El Ejército y la Policía participaron como convidados de piedra, permitieron retenes ilegales en la vía pública, masacres y quemas de viviendas, a escasa distancia de sus centros de operación militar.

⁶¹⁹ (...) “le compete impedir que el desplazamiento se produzca, porque las autoridades han sido establecidas para respetar y hacer respetar la vida, honra y bienes de los asociados, pero también ha dicho que si no fue capaz de impedir que sus asociados fueran expulsados de sus lugares de origen, tiene por lo menos que garantizarle a los cientos de miles de colombianos que han tenido que abandonar sus hogares y afrontar condiciones extremas de existencia la atención necesaria para reconstruir sus vidas”. Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000. M. P.: Eduardo Cifuentes.

⁶²⁰ En el caso Bellacruz, las exigencias hechas por el juez fueron las mismas, pero consideró que la falla se configuró al desconocer el Estado sus obligaciones de protección en posición de garante de la población víctima del desplazamiento.

En algunos eventos, como el de Filogringo, las entidades adujeron la imposibilidad de controlar la arremetida paramilitar: frente a un nutrido grupo de hombres armados, poco podían hacer unos cuantos soldados y policías. No obstante, pese al reconocimiento de dicha imposibilidad inmediata, el Juez condenó por el hecho de no aprovechar los recursos físicos y humanos disponibles en el resto del país⁶²¹.

Sobre la relación causal entre la omisión y el daño, el juez hizo el ejercicio mental de pensar en las circunstancias del éxodo si las autoridades hubiesen intervenido. Encontró que los recursos tácticos y físicos del Ejército y la Policía eran suficientes para impedir la llegada de grupos paramilitares y evacuar a la población en condiciones de seguridad, pues conocían las amenazas de incursión armada con suficiente tiempo de antelación.

4.2.2. Argumentos sensibles a las líneas de fuga teóricas de la urdimbre

Al sugerir líneas pautas para ampliar el alcance de la imputación, pensamos que era necesario tener en cuenta la participación del Estado en el conflicto armado: si asumimos que las autoridades son parte de la confrontación, entonces ya no resulta tan descabellado pensar que pueden tener algo que ver con el desplazamiento. Sobre esa base propusimos que se presumiera la falla del servicio para aliviar así la carga probatoria de las víctimas.

Dentro de las consideraciones hechas en los Casos de La Gabarra y Filogringo (curiosamente con ponencia de la misma magistrada) encontramos una que nos permite sentirnos más tranquilos con la propuesta esbozada. Para el juez, era importante comprender el desplazamiento desde el contexto del conflicto, para que no fuera visto como un hecho aislado sin posibilidades de control por parte del Estado. Aunque dicha constatación no fue muy relevante para definir la falla del servicio, sí facilitó la prueba a la hora de definir la previsibilidad del éxodo⁶²².

⁶²¹ En el desplazamiento de Filogringo, por ejemplo, mientras los paramilitares asolaban la región del Catatumbo, el gobierno nacional ordenó el desplazamiento del batallón que se encontraba en esa zona hacia Antioquia, sin una explicación suficiente.

⁶²² Los eventos de desplazamiento se enmarcaron dentro del conflicto armado que se vivía en la zona durante 1999 y 2000. Debido a su potencial para la producción de estupefacientes, los paramilitares se disputaron el área con las guerrillas del ELN y EPL, y las fuerzas estatales participaron en el concierto fumigando e impidiendo la proliferación de cultivos ilícitos.

Al definir si el desplazamiento era previsible, por una parte, tuvieron en cuenta que las víctimas hubiesen dado noticia de la probable ocurrencia del hecho. Pero también admitieron la previsibilidad cuando las circunstancias de alteración grave del orden público permitieron inferir que la expulsión de población civil era inminente. En este sentido, las víctimas se descargaron de la obligación probatoria⁶²³. Por otra parte, la redacción de las sentencias dejó ver que era una obligación del Estado probar la imposibilidad de cumplir su deber de protección. Los jueces fueron enfáticos en exigir dicha prueba con rigor⁶²⁴.

Los argumentos fueron escasos en cuanto a la responsabilidad estatal por la omisión en la búsqueda de recursos para la política pública. Curiosamente, el juez reconoció la negligencia de las autoridades “el día después del éxodo”, pero dicho gesto no se vio representado en las condenas. El argumento central de la falla siguió siendo la inactividad administrativa en el momento del desplazamiento.

En el caso La Gabarra por ejemplo, el juez encontró que hubo una omisión en la provisión de recursos institucionales posterior al desplazamiento, pues no se instaló un puesto de policía que permitiera prevenir nuevas expulsiones, que se dieron a pesar de los múltiples patrullajes que se hicieron después en la zona. En otros, como Alto Naya y Bellacruz recordaron el peso de las obligaciones del Estado frente a la población después de la tragedia, como cargas que asumen las autoridades al no haber podido conjurarla ejerciendo soberanía frente a los actores armados ilegales.

Retomando nuestra metáfora, parece que el comensal (el desplazamiento forzado visto desde una urdimbre de enfoques) quedó parcialmente satisfecho con el bocado en la mesa. Los ejemplares dieron muestra de una tendencia judicial a favorecer la difícil situación de

⁶²³ No se puede pasar por alto que la posibilidad de probar la participación de agentes estatales en el desplazamiento era casi imposible. En todos los casos estudiados, las pruebas de la negligencia de los funcionarios y de su complicidad con los paramilitares se pudieron obtener con las investigaciones de la Fiscalía un año después de los hechos. Con tantos días de distancia, una víctima ya no está en condiciones de llevarle certezas al juez sobre la responsabilidad de los agentes estatales.

⁶²⁴ En los casos de La Gabarra, Filogringo y Bellacruz, las autoridades se limitaron a afirmar la imposibilidad de prever y controlar la expulsión de población. Sin embargo, para el respectivo juez fue un argumento insuficiente que dio pie para hacer un llamado de atención sobre la negligencia estatal.

las víctimas en materia probatoria. Pero se quedaron en puntos suspensivos ante la posibilidad de valorar “el día después del éxodo” como un evento de responsabilidad estatal. ¿Acaso la falta de atención posterior no es una forma de prolongar el éxodo?

Tabla 14: Exploración conceptual de la imputación

<i>Sentencia</i>	<i>Exploración conceptual del concepto y alcance de la imputación</i>
<p>Caso La Gabarra</p> <p>Consejo de Estado Sentencia del 26/ene/2006, Radicación. No. 25000-23-26-000- 2001-00213-01(AG)B</p> <p>Consejero Ponente: Ruth Stella Correa</p>	<p>Evento evaluado como generador del daño: Desplazamiento forzado de personas del corregimiento La Gabarra, del municipio de Tibú (Norte de Santander), ocurrido después del 29 de mayo de 1999. Se trató de una medida desesperada para salvar sus vidas de la masacre perpetrada por paramilitares en esa zona, quienes consideraban que en la comunidad se encontraban colaboradores de la guerrilla.</p> <p>Título de imputación empleado: Falla del servicio.</p> <p>Se configuró por el abierto desconocimiento del deber constitucional de brindar seguridad y protección a la vida, honra y bienes de la población civil (Constitución, art 2, 217 y 218).</p> <p>El juez evidenció la inactividad de los cuerpos armados estatales, previa a la expulsión, y la ineficacia de la acción estatal posterior al desplazamiento. Permitieron que los paramilitares ingresaran a la zona e instalaran retenes en la vía, a pocos metros de distancia de la base militar.</p> <p>El hecho era previsible debido a que por esos días los medios de comunicación reportaron graves alteraciones de orden público, que anunciaban la llegada de paramilitares a la zona. Además, algunos líderes campesinos de La Gabarra hicieron explícitos sus temores de una incursión armada, ante las autoridades de Cúcuta.</p> <p>Argumentos sensibles a las líneas de fuga teórica:</p> <p><i>Impacto y participación del Estado en el conflicto armado:</i> Las fuerzas armadas y de policía habían librado combates previos con las guerrillas del ELN y el EPL en esa zona, considerada estratégica para el tránsito de cargamentos del narcotráfico.</p> <p><i>Aligeramiento de cargas probatorias:</i> Al definir si el desplazamiento era previsible tuvo en cuenta que las víctimas hubiesen dado noticia de la probable ocurrencia del hecho. Sin embargo, también admitió la previsibilidad cuando la circunstancia de alteración grave del orden público permitió inferir que la expulsión de población civil era inminente. En este sentido, se descargó a las víctimas de la obligación de probar la previsibilidad del hecho.</p> <p><i>Valoración de la falta de recursos suficientes para atender a la población después del éxodo:</i> El juez encontró que hubo una omisión en la provisión de recursos institucionales, posterior al desplazamiento: no se instaló un puesto de policía que permitiera prevenir nuevas expulsiones de población, a pesar de los múltiples patrullajes que se</p>

	hicieron después en la zona.
<p style="text-align: center;">Caso Alto Naya</p> <p style="text-align: center;">Consejo de Estado Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 190012331000200300385-01</p> <p style="text-align: center;">Consejero Ponente: Mauricio Fajardo</p>	<p>Evento evaluado como generador del daño: Desplazamiento forzado de la comunidad del corregimiento del Timba (en la cuenca del Alto Naya) del municipio de Buenos Aires-Cauca, como medida preventiva ante la masacre paramilitar de 40 habitantes de la zona, el 11 de abril de 2001.</p> <p>Título de imputación empleado: Falla del servicio</p> <p>Para atribuir al Estado la obligación de reparar, consideró necesario reunir tres elementos: una obligación en cabeza de las autoridades, el incumplimiento de dicha obligación y la conexión causal entre éste y el daño.</p> <p>En cuanto al primero, encontró que las fuerzas armadas y la Policía tenían la obligación de brindar protección a la vida, honra, bienes y demás derechos de la PSD. Dentro de estos últimos, el de libertad de domicilio y circulación por el territorio nacional.</p> <p>En cuanto al segundo, pudo llegar a la certeza de que las autoridades militares y de policía hicieron caso omiso a las advertencias hechas por la propia comunidad y la Defensoría del Pueblo, de que por esos días se preparaba una incursión armada de los paramilitares.</p> <p>Finalmente, el juez determinó que de haber intervenido, las autoridades hubiesen podido evitar la masacre y el desplazamiento. Por esta circunstancia, encontró que la relación de causalidad entre el incumplimiento del deber y el daño era evidente, aun cuando no se logró establecer participación directa del Estado en los hechos.</p> <p>Argumentos sensibles a las líneas de fuga teórica:</p> <p><i>Valoración de la falta de recursos suficientes para atender a la población después del éxodo:</i> El juez hizo eco del llamado de atención de la Corte Constitucional acerca de la sistemática violación de derechos de la PSD. Recogió el argumento de responsabilidad estatal contenido en la sentencia de la Corte Constitucional SU-1150 de 2000 (ya que el Estado no pudo evitar el despojo de ciudadanos, que se haga responsable de la atención y garantía de sus derechos con posterioridad al desplazamiento) pero no lo tuvo en cuenta para identificar el evento dañino.</p>
<p style="text-align: center;">Caso Filogringo</p> <p style="text-align: center;">Consejo de Estado, Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG)</p> <p style="text-align: center;">Consejero Ponente: Ruth Stella Correa</p>	<p>Evento evaluado como generador del daño: Desplazamiento de la comunidad del corregimiento de Filogringo, en el municipio de El Tarra (Norte de Santander), el 17 de julio de 1999. Se trató de una respuesta preventiva a las amenazas hechas por paramilitares, quienes incursionaron posteriormente en la zona en busca de colaboradores de la guerrilla.</p> <p>Título de imputación empleado: Falla del servicio</p> <p>Para atribuir al Estado la obligación de reparar, consideró necesario reunir los siguientes elementos: una obligación en cabeza de las autoridades, la omisión a la hora de poner en funcionamiento los recursos disponibles para cumplir dicho contenido obligacional, un daño antijurídico y la relación causal entre éste y la omisión.</p> <p>Sobre el primer elemento, el juez encontró que las autoridades debían proteger a la población civil de la incursión paramilitar</p>

	<p>(Constitución, art. 2). En cuanto a la omisión en su cumplimiento, constató que a pesar de que la cantidad de miembros de la fuerza pública en la zona eran insuficientes para contrarrestar la agresión, las instituciones sí contaban con recursos humanos y físicos disponibles para tal fin, y en ningún momento hicieron uso efectivo de los mismos.</p> <p>Frente a la relación causal, el juez consideró que de haber utilizado los recursos disponibles el ataque paramilitar no hubiera generado los trágicos resultados.</p> <p>Argumentos sensibles a las líneas de fuga teórica:</p> <p><i>Impacto y participación del Estado en el conflicto armado:</i> Para el juez, el evento del desplazamiento se enmarca dentro del conflicto armado que se vivía en la zona durante 1999 y 2000. Debido a su potencial para la producción de estupefacientes, los paramilitares se disputaban el área con las guerrillas del ELN y EPL, y las fuerzas estatales participaban en el concierto del conflicto fumigando e impidiendo la proliferación de cultivos.</p> <p><i>Aligeramiento de cargas probatorias:</i> Por una parte, al definir si el desplazamiento era previsible tuvo en cuenta que las víctimas hubiesen dado noticia de la probable ocurrencia del hecho. Sin embargo, también admitió la previsibilidad cuando la circunstancia de alteración grave del orden público permitió inferir que la expulsión de población civil era inminente. En este sentido, se descargó a las víctimas de la obligación de probar la previsibilidad del hecho.</p> <p>Por otra parte, la redacción de la sentencia dejó ver que para el juez, era una obligación del Estado probar la imposibilidad de cumplir su deber de protección. Sin mencionar la presunción de falla, exigieron a las autoridades medio de prueba en este sentido, para discernir si se trataba o no de una falla absoluta del servicio.</p>
<p>Caso Bellacruz</p> <p>Consejo de Estado, Sentencia del 18/feb/2010, Exp. No. 18.436 (reparación directa)</p> <p>Consejero Ponente: Mauricio Fajardo</p>	<p>Evento evaluado como generador del daño: Desplazamiento de 280 familias que habitaban en la hacienda Bellacruz (La Gloria, Tamalameque, Pelaya-Cesar) después de amenazas directas de muerte por parte de grupos paramilitares en la zona, que reclamaron la posesión del terreno entre los días 14 a 28 de febrero de 1996. Con posterioridad al retorno de algunas familias, algunos líderes campesinos fueron asesinados.</p> <p>Título de imputación empleado: Falla del servicio.</p> <p>Para poder imputar los daños al Estado son necesarios tres requisitos: primero, una obligación de protección de la población civil atribuida por las normas a las autoridades. Segundo, la falta de atención, o la atención irregular de dicha obligación. Tercero, la relación causal adecuada entre dicha omisión y el daño. Cuando se configuran, dan lugar a la violación de las obligaciones ostentadas en la posición de garante de la población civil.</p> <p>En primer lugar, considera que la obligación de protección está claramente contenida en normas del bloque de constitucionalidad (Convención Interamericana de Derechos Humanos), constitucionales (art. 2, 217) y legales (ley 387 de 1997, art. 2 y 7):</p>

	<p>las autoridades militares y de policía deben proteger a la población civil en su vida y derechos, entre otros, el de libre circulación por el territorio nacional.</p> <p>En segundo lugar, los medio de prueba aportados dejaron ver que las autoridades militares y de policía conocían y podían evitar las amenazas y la posterior incursión armada en contra de los líderes campesinos, pues contaban con bases militares cercanas y con la advertencia de la población, autoridades municipales y hasta internacionales. Sin embargo, en ningún momento tomaron medidas efectivas para controlar el desplazamiento.</p> <p>En tercer lugar, consideró que de haber intervenido oportunamente, los trágicos resultados no se hubiesen presentado.</p> <p>Argumentos sensibles a las líneas de fuga teórica:</p> <p><i>Valoración de la falta de recursos suficientes para atender a la población después del éxodo:</i> El juez hizo eco del llamado de atención de la Corte Constitucional acerca de la sistemática violación de derechos de la PSD. Recogió el argumento de responsabilidad estatal contenido en la sentencia de la Corte Constitucional SU-1150 de 2000 (ya que el Estado no pudo evitar el despojo de ciudadanos, que se haga responsable de la atención y garantía de sus derechos con posterioridad al desplazamiento) pero no lo tuvo en cuenta para identificar el evento dañino.</p> <p><i>Aligeramiento de cargas probatorias:</i> Por una parte, al definir si el desplazamiento era previsible tuvo en cuenta que las víctimas hubiesen dado noticia de la probable ocurrencia del hecho. Sin embargo, también admitió la previsibilidad cuando la circunstancia de alteración grave del orden público permitió inferir que la expulsión de población civil era inminente. En este sentido, se descargó a las víctimas de la obligación de probar la previsibilidad del hecho.</p> <p>Por otra parte, la redacción de la sentencia dejó ver que para el juez, era una obligación del Estado probar la imposibilidad de cumplir su deber de protección. Sin mencionar la presunción de falla, exigieron a las autoridades medio de prueba en este sentido, para discernir si se trataba o no de una falla absoluta del servicio.</p>
--	---

Fuente: elaboración propia

Con la reparación, haremos un ejercicio similar, veremos entonces si persiste el sinsabor.

4.3. Exploración conceptual de la reparación. En busca de respuestas transformadoras

El plano de las *líneas de fuga* en materia de reparación es el más complejo de los tres. Frente a cada momento del fallo desarrollamos algunas propuestas para brindar remedios

transformadores a las víctimas. En ese orden, planteamos opciones para que el juez pudiera reparar en términos colectivos, simbólicos, más participativos, con enfoque diferencial y regional. Además señalamos la posibilidad de corregir los desajustes temporales de su sentencia.

A pesar del esfuerzo en la construcción de las líneas, no podemos emplearlas todas para hacer el estudio de los ejemplares. La razón es que los fallos estudiados son el resultado del trámite de consulta o apelación de una decisión tomada por otro juez en primera instancia.

Al no tener contacto directo con algunos medios de prueba, ni poder para decretar medidas cautelares, el Consejo de Estado se ve restringido al análisis que le presenta el primer juzgador. Además, en algunos casos (cuando sólo una de las partes apela), el principio de *non reformatio in pejus* impone una limitante fuerte para que el juez pueda dar un alcance mayor a la sentencia.

¿Cómo revisamos entonces si el juez de segunda instancia tomó medidas para integrar a todas las víctimas y autoridades involucradas en el daño? ¿Cómo exigirle o reclamarle por no haber ordenado la práctica de testimonios en compañía de personal médico y psicológico⁶²⁵? Por eso no tendremos en cuenta las líneas de fuga diseñadas para integrar las partes del litigio. En este punto solo nos fijaremos en las medidas que haya tomado el juez para corregir el desajuste temporal de su sentencia, es decir, si dio trámite preferente al proceso frente a otros asuntos de REPE.

Tampoco estudiaremos los ejemplares a la luz de las líneas de fuga propuestas para hacer seguimiento posterior a las órdenes del fallo. La razón es que la lectura de las sentencias se hizo sin tener contacto con el expediente impreso de cada una, por lo que no podemos advertir si el juez hizo seguimiento posterior a las órdenes del fallo, tampoco revisar si se decretaron pruebas o medidas cautelares, ni la forma en que se practicaron

⁶²⁵ La práctica de pruebas en segunda instancia es excepcional. Está restringida a ciertos casos como aquellos en los que la prueba decretada se hubiera quedado pendiente en primera instancia, cuando versen sobre hechos acaecidos después de la etapa probatoria de la primera instancia o se trate de documentos que no pudieron aducirse en esa oportunidad. Así se evidencia en el artículo 214 del Decreto 01 de 1984.

unas y otras. Además, el primer llamado a revisar su cumplimiento es el juez de primera instancia.

En fin, la idea es revisar el comportamiento del juez frente a algunas líneas de fuga. Nos concentraremos en las que puede controlar desde la segunda instancia: la de dar trámite preferente a la pretensiones de la PSD, toda las relacionadas con la definición de los efectos del fallo. Tendremos en cuenta además una en la faceta de integración de las partes del litigio Pero primero evaluaremos sus argumentos desde la perspectiva tradicional del paradigma.

4.3.1. La reparación desde el paradigma tradicional

Buena parte de las órdenes de reparación se profririeron desde el paradigma tradicional de la REPE. La indemnización fue el principal remedio ofrecido en las sentencias que definieron acciones de grupo. Una sola salió del esquema tradicional en este sentido (caso Bellacruz). A pesar de la multitud de decisiones y normas internacionales, el juez dio cumplimiento estricto a la ley 472 de 1998 (art. 46): “La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios”⁶²⁶.

En cuanto a los daños que se indemnizaron pudimos advertir una tendencia hacia la reparación de los inmateriales. Con los patrimoniales siempre se puso de presente el problema de su prueba. Para remediar los perjuicios morales y por alteración a las condiciones de existencia se utilizaron los mecanismos de tasación tradicionales: en escalas

⁶²⁶ Carlos López marcó una pauta importante al afirmar que las normas internacionales permiten una interpretación más amplia de esta norma. Las víctimas pueden acceder a otros mecanismos de reparación a través de las acciones de grupo. Aunque el aporte se publicó en el año 2010, la comunidad internacional ya se había pronunciado desde el 2006 en este sentido. López, Carlos. *La acción de grupo: mecanismo adecuado y efectivo para reparar graves violaciones a los derechos humanos*, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010. Asamblea General, *Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, **21 de marzo de 2006. Disponible en:** http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/downloads/2012/03/Principios_y_directrices_basicos_sobre_reparacion.pdf Visita del 5 de febrero de 2013.

de salarios mínimos con topes de 100. Los montos individuales se reconocieron de manera uniforme, sin distinciones de ninguna naturaleza.

Para ordenar las reparaciones de los patrimoniales el juez exigió su prueba. En algunos casos se rehusó porque las víctimas no la presentaron (La Gabarra) o interpusieron la apelación sin argumentos suficientes (Alto Naya). En otros, decidió conceder algún monto bajo el criterio de equidad, sin discriminar si era a título de emergentes o lucrocesantes (Filogringo). Solo en el fallo Bellacruz se superó el obstáculo probatorio y se ordenó adelantar un incidente posterior para fijar el monto del daño.

El juez procuró proteger la naturaleza indemnizatoria de sus remedios. De un lado, advirtió que los montos reconocidos no podrían modificarse por el hecho del retorno de las víctimas (La Gabarra). Del otro, fue enfático al afirmar que no se descontarían de la indemnización aquellos montos de dinero entregados por la Red de Solidaridad Social. La primera era la consecuencia lógica de la REPE, mientras que la segunda obedecía al trato solidario que el Estado brindaba a las víctimas del DEFO (Filogringo).

El juez evidenció una preocupación por integrar el grupo de accionantes. Sin embargo, su esfuerzo se orientó a verificar si quienes se decían desplazados en realidad lo eran. No mostró mucho interés por ubicar de oficio al resto de víctimas que no demandaron (La Gabarra y Alto Naya).

4.3.2. Argumentos sensibles a las líneas de fuga

Presentaremos los argumentos más sensibles a las líneas de fuga haciendo algunos comentarios en el mismo orden en que las presentamos en el capítulo anterior.

En primer lugar, en cuanto a la reparación con *alcances colectivos*, los jueces de las acciones de grupo hicieron énfasis en el hecho de que sus fallos definían la situación de todos los perjudicados, aun la de quienes no hubiesen intervenido en el proceso. Fue por eso que dejaron de aplicar algunos apartes del artículo 55 de la ley 472 de 1998, para

permitir que las víctimas se beneficiaran de la indemnización. En concreto, el que impedía acceder a los beneficios del fallo a aquellos que no habían demandado pero cuyos recursos individuales ya estaban caducados⁶²⁷.

Bajo el entendido de que la acción de grupo era un mecanismo para reunir pretensiones individuales de quienes compartían un mismo daño, era lógico pensar que la sentencia debía beneficiar a todas las víctimas, aunque no hubiesen demandado o sus recursos individuales ya estuviesen caducados.

La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad permitió el acceso material a la administración de justicia, además brindó al fallo un alcance colectivo que tiene mucha relación con la línea de fuga que esbozamos en este sentido. La Corte Constitucional acogió los argumentos que presentó el Consejo de Estado al declarar la inconstitucionalidad de la norma⁶²⁸.

Una tendencia general de los fallos fue el papel del juez como restrictor del grupo. Buscó en el acervo probatorio la identidad de los verdaderamente afectados, al punto de reducir el número de beneficiados con la indemnización. El esfuerzo probatorio se

⁶²⁷ **Ley 472 de 1998. Artículo 55. Integración al grupo.** Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas.

La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella.

Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo. (las subrayas son propias).

⁶²⁸ En un estudio posterior de constitucionalidad, la Corte determinó que la restricción atentaba contra el acceso material a la justicia, el debido proceso y la igualdad de las víctimas. Corte Constitucional, sentencia C-241 de 2009, M.P.: Nilson Pinilla.

aprovechó para depurar el grupo, no para integrarlo⁶²⁹. Solamente en el caso Filogringo el *A-quo* buscó configurar la identidad del grupo afectado. Solicitó pruebas documentales como listas de usuarios de servicios públicos, de estudiantes y docentes en escuelas y colegios, y de beneficiarios de ayuda humanitaria en acción social. El *Ad-quem* tuvo en cuenta dicho esfuerzo probatorio.

En segundo lugar, la reparación con *alcance simbólico* fue una rareza argumentativa. En algunas sentencias, como las de los casos La Gabarra y Filogringo, aparecieron algunos párrafos que advertían de la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y la justicia de los demandantes. Sin embargo el impulso se ahogó en una nutrida cita de sentencias de la Corte Constitucional. Nunca formaron parte de las órdenes concretas⁶³⁰.

En todas las sentencias que definieron acciones de grupo encontramos la orden de publicar el fallo en un medio de amplia circulación nacional. Pero tampoco pudimos ilusionarnos porque los jueces fueron claros al afirmar que estaban cumpliendo el artículo 65 de la ley 472. La publicación no era vista como una forma de reparación simbólica, sino como un mecanismo para que las víctimas que no habían demandado se integraran al grupo y participaran de la indemnización⁶³¹.

Solamente en la sentencia que definió la acción de reparación directa (caso Bellacruz) pudimos apreciar medidas de reparación simbólica. Con el argumento de que el DEFO atentaba contra derechos humanos, el juez se lanzó a la aventura de protegerlos a través

⁶²⁹ En el caso Alto Naya, por ejemplo, el juez consideró que algunos demandantes no podían recibir indemnización por cuanto no lograron probar plenamente su condición de PSD. No dio crédito a las declaraciones extrajudiciales que aportaron algunos demandantes, pues consideró que se practicaron sin ser posteriormente ratificadas y sin la audiencia de la parte contra quien se dirigía.

⁶³⁰ En ambas sentencias se puede encontrar un párrafo del siguiente tenor: “*Toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento (...) y, por lo tanto, tiene derecho a conocer la verdad sobre las causas de lo sucedido; a que se haga justicia, en cuanto reciban castigo los responsables del daño y a obtener la reparación de los daños que les fueron causados (...)*”.

⁶³¹ **Ley 472 de 1998. Artículo 65. Contenido de la sentencia.** La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá: 4. La publicación, por una sola vez, de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al Juzgado, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización. (las subrayas son propias).

de medidas de justicia restaurativa. Por eso profirió órdenes de satisfacción y de no repetición, como la publicación del fallo en las entidades demandadas, la instalación de una placa conmemorativa y la capacitación de funcionarios públicos. Además, llamó la atención de la Fiscalía para que tomara las medidas pertinentes en aras de evitar la impunidad y asegurar la verdad.

En cuanto al *enfoque participativo* de la reparación, los alegatos de conclusión fueron el único escenario de discusión que tuvieron las partes para contribuir en la confección de la reparación. En todos los fallos fue constante la imposición de las medidas, sin consulta previa de ninguna clase. Es interesante anotar que los demandantes tuvieron un papel activo en la integración del grupo. Gracias a las pruebas que presentaron se pudieron incorporar como víctimas algunas personas que no figuraban en los registros (La Gabarra).

El *enfoque diferencial* fue otro elemento que echamos de menos en las sentencias. En todas se ordenaron indemnizaciones con montos individuales idénticos. El juez recibió pretensiones de afrodescendientes, indígenas, campesinos, niños, mujeres, ancianos... Sin embargo, la respuesta fue siempre la misma para todos: 50, 25 o 14 salarios. En ningún caso el juez se detuvo a evaluar las condiciones de vulnerabilidad y marginación previas al DEFO. A todas las víctimas les brindaron el mismo tratamiento.

En gracia de discusión, podríamos excusar al juez de la acción de grupo si pensáramos que el mandato del artículo 65-1 es claro: la sentencia debe contener una sola indemnización que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales. Sin embargo, la norma no prohíbe expresamente que se otorguen montos diferentes entre las víctimas, tampoco impone medidas idénticas de reparación⁶³².

⁶³² **Ley 472 de 1998. Artículo 65. Contenido de la sentencia.** La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá: 1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales. (las subrayas son propias).

Dos sentencias concedieron indemnización de perjuicios patrimoniales: Filogringo y Bellacruz. En el primero se fijaron montos bajo el criterio de equidad y en el segundo la definición se dejó en manos de *A-quo*. En ninguno se pensó en la necesidad de aplicar las fórmulas tradicionales de liquidación sobre una base superior al salario mínimo.

En quinto lugar, el *alcance regional* de las sentencias fue escaso. Pudimos apreciar algunos argumentos relacionados en tres: La Gabarra, Alto Naya y Bellacruz. En todas fue constante la ausencia de responsabilidad de las entidades territoriales. A pesar de que evidenciaron que conocían la amenaza de DEFO, ninguna fue vinculada en la reparación por considerar que no habían participado directamente en los hechos. Desde el fallo de primera instancia quedaron exoneradas⁶³³.

En el primer caso, el juez encontró que las autoridades departamentales, municipales y algunas nacionales, como la Red de Solidaridad Social, tenían conocimiento de los conflictos que por la época se dieron en la zona. Sin embargo, en sus órdenes no vinculó a ninguna. Sus dichos se tuvieron en cuenta para acreditar la existencia del desplazamiento, pero en ningún momento comprometieron su responsabilidad⁶³⁴.

En el segundo caso, Las entidades demandadas (Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional) vincularon como responsables al Municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca, Acción Social, Ministerio de Interior, Policía Nacional. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia fueron exoneradas porque el juez consideró que no participaron en los eventos dañinos, a saber: la masacre y el desplazamiento.

En el caso Bellacruz, los accionantes solicitaron que se declararan responsables a otras autoridades, además del Ministerio de Defensa y el Ejército: Ministerios del Interior y Justicia, Agricultura, Municipio de La Gloria, Departamento del Cesar. El juez de

⁶³³ En los casos de Alto Naya y Bellacruz, el asunto nunca fue objeto de discusión en la segunda instancia porque no hacía parte del recurso de apelación.

⁶³⁴ El juez no discute la responsabilidad del Departamento de Norte de Santander. Plantea la posibilidad de que sea deudor solidario con la Nación pero la deja en puntos suspensivos: si la Nación así lo considera, podría intentar la correspondiente repetición.

primera instancia consideró que ninguna de éstas incurrió en omisión del deber de protección y vigilancia de los ciudadanos.

Finalmente, identificamos una *medida para corregir el desajuste temporal*. Se presentó en el caso Bellacruz. La Sala decidió darle prelación al caso para que las víctimas pudieran tener una definición oportuna del recurso de apelación. Se ordenó mediante Auto del veintisiete (27) de septiembre de 2006, pero la sentencia se tardó otros tres años. En el fallo solo se fijaron en el éxodo como el único hecho generador del perjuicio. En el limbo quedaron las omisiones del Incora al no haber garantizado el retorno de la PSD en condiciones de seguridad.

Frente a las decisiones de las acciones de grupo nos queda una última observación. Los jueces fueron enfáticos al afirmar que la instancia final para integrar el grupo era el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos. De manera que quienes desearan beneficiarse de la indemnización deberían acreditar su condición de desplazamiento a través de la constancia de inscripción en el RUPD.

Si pensamos en las dificultades para acceder al registro, que se evidenciaron en el segundo capítulo, imaginemos ahora la situación: escasos niveles de registro, frente a una demanda creciente de víctimas que buscan su pase de entrada a los beneficios legales, ahora también a los judiciales. Todos querrán esa inscripción y buscarán cualquier medio jurídico para adquirirla⁶³⁵.

El rodeo se hizo a propósito para plasmar una nueva inquietud. Si el juez de las acciones de grupo hubiese sido más activo a la hora de identificar a las víctimas que no demandaron, posiblemente tendríamos menos reclamaciones judiciales de registro. La

⁶³⁵ Un esquema institucional en el que una misma autoridad registra y brinda asistencia (Acción Social), incentiva la exclusión de la población del RUPD. El que registra para ofrecer y ofrece, tiende a no registrar para ofrecer menos. Guataquí, Juan. "La dimensión del desplazamiento en Colombia: la problemática del sistema de registro y caracterización de la población desplazada...", p. 59. Frente a los problemas de la discrecionalidad de las autoridades en la valoración de las declaraciones de la población: Ibáñez, Ana María. *El impacto del desplazamiento forzado en Colombia: condiciones socioeconómicas de la población desplazada, vinculación a los mercados laborales y políticas públicas. Serie Políticas Sociales*. Comisión Económica para América Latina –CEPAL–, Bogotá, 2008. En el mismo sentido: Vidal, Roberto. *Derecho global y desplazamiento interno...*, p. 222.

medida que tomaron fue coherente con los mandatos de la ley 472 (artículos 55 y 65-2⁶³⁶), sin embargo, una manito adicional desde el fallo nunca hubiera sobrado.

Tabla 15: Exploración conceptual de la reparación

<i>Sentencia</i>	<i>Exploración conceptual del concepto y alcance de la reparación</i>
<p>Caso La Gabarra</p> <p>Consejo de Estado Sentencia del 26/ene/2006, Radicación. No. 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG)B</p> <p>Consejero Ponente: Ruth Stella Correa</p>	<p>Argumentos tradicionales de reparación (Grado jurisdiccional de Consulta):</p> <p><i>Indemnización de daños morales:</i> concedió un solo monto de indemnización por concepto de daños morales, pero aclaró que dicha suma debía ser dividida en parte iguales entre las víctimas pertenecientes al grupo. No se reconocieron diferencias de género, etnia o edad entre el grupo de víctimas. Tampoco se revisó su situación de vulnerabilidad previa.</p> <p><i>Indemnización de perjuicios materiales:</i> no se concedieron por considerar que no se encontró prueba suficiente.</p> <p><i>El monto de la indemnización no se debe modificar por el hecho del retorno:</i> La sentencia es enfática al afirmar que quienes retornen a su lugar de origen deben recibir la indemnización en las mismas condiciones de quienes no regresen.</p> <p><i>Orden de publicación del fallo en medio de comunicación de amplia circulación nacional:</i> Se profirió para dar cumplimiento al artículo 61 de la ley 472. Su objetivo directo no es ofrecer una medida de satisfacción a las víctimas, sino informar a otras para que se vinculen y reclamen la indemnización que les corresponda.</p> <p>Argumentos sensibles a las líneas de fuga teórica:</p> <p><i>Para brindar reparación con alcance colectivo:</i> El juez de primera instancia consideró que era imposible integrar completamente el grupo de demandantes, debido a la dispersión geográfica de las víctimas.</p>

⁶³⁶ **Ley 472 de 1998. Artículo 65. Contenido de la sentencia.** La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá: 2. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 61 de la presente ley.

Ley 472 de 1998. Artículo 55. Integración al grupo. Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concorra al proceso, ~~y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes,~~ podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas. (las subrayas son propias).

	<p>El juez evidenció una preocupación por integrar el grupo de accionantes. Sin embargo, su esfuerzo se orientó a verificar si quienes se decían desplazados en realidad lo eran. No mostró mucho interés por ubicar de oficio al resto de víctimas que no demandaron.</p> <p>Los alcances del fallo se extendieron a quienes no estaban inicialmente incluidos en los registros de las autoridades. La prueba de su desplazamiento llegó por iniciativa propia.</p> <p>El juez inaplicó algunos apartes del artículo 55 de la ley 472 de 1998 para permitir que las víctimas que no demandaron pudieran beneficiarse de la indemnización. Aún en aquellos casos en los que sus recursos individuales estuviesen caducados.</p> <p><i>Para brindar reparación con alcance simbólico:</i> La sentencia menciona la importancia de proteger los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas, además del de reparación. Dicha consideración no trascendió a las órdenes del fallo.</p> <p><i>Para brindar reparación con alcance regional:</i> Al reunir la prueba para determinar la REPE, el juez encontró que las autoridades departamentales, municipales y algunas nacionales, como la Red de Solidaridad Social, tenían conocimiento de los conflictos que por la época se dieron en la zona. Sin embargo, en sus órdenes no vinculó a ninguna. Sus dichos se tuvieron en cuenta para acreditar la existencia del desplazamiento.</p> <p>El juez no discute la responsabilidad del Departamento de Norte de Santander. Plantea la posibilidad de que sea deudor solidario con la Nación pero la deja en puntos suspensivos: si la Nación así lo considera, podría intentar la correspondiente repetición.</p>
<p style="text-align: center;">Caso Alto Naya</p> <p style="text-align: center;">Consejo de Estado Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 190012331000200300385-01</p> <p style="text-align: center;">Consejero Ponente: Mauricio Fajardo</p>	<p>Argumentos tradicionales de reparación (Recurso de Apelación ambas partes):</p> <p><i>Integración del grupo:</i> la instancia final para integrar el grupo es el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos. Quienes deseen beneficiarse de la indemnización deberán acreditar su condición de desplazamiento a través de la constancia de inscripción en el RUPD.</p> <p><i>Exclusiones del grupo:</i> el juez consideró que algunos demandantes no podían recibir indemnización por cuanto no lograron probar plenamente su condición de PSD. No dio crédito a las declaraciones extrajudiciales al considerar que se practicaron sin ser posteriormente ratificadas y sin la audiencia de la parte contra quien se dirigía.</p> <p><i>Indemnización de daño moral y por alteración a las condiciones de existencia:</i> concedió un solo monto de indemnización por concepto de daños morales y otro por la alteración a las condiciones de existencia. Pero aclaró que dichas sumas debían ser divididas en parte iguales entre las víctimas pertenecientes al grupo. No se reconocieron diferencias de género, etnia o edad entre el grupo de víctimas. Tampoco se revisó su situación de vulnerabilidad previa.</p> <p><i>Indemnización de perjuicios materiales:</i> no se concedió porque en el recurso de apelación los demandantes no sustentaron este punto.</p>

	<p><i>Orden de publicación del fallo en medio de comunicación de amplia circulación nacional:</i> Se profirió para dar cumplimiento al artículo 61 de la ley 472. Su objetivo directo no es ofrecer una medida de satisfacción a las víctimas, sino informar a otras para que se vinculen y reclamen la indemnización que les corresponda.</p> <p>Argumentos sensibles a las líneas de fuga teórica:</p> <p><i>Para brindar reparación con alcance colectivo:</i> El juez evidenció una preocupación por integrar el grupo de accionantes. Sin embargo, su esfuerzo se orientó a verificar si quienes se decían desplazados en realidad lo eran. No mostró mucho interés por ubicar de oficio al resto de víctimas que no demandaron.</p> <p>El juez inaplicó algunos apartes del artículo 55 de la ley 472 de 1998 para permitir que las víctimas que no demandaron pudieran beneficiarse de la indemnización. Aún en aquellos casos en los que sus recursos individuales estuviesen caducados.</p> <p><i>Para brindar reparación con alcance regional:</i> Las entidades demandadas (Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional) vincularon como responsables al Municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca, Acción Social, Ministerio de Interior, Policía Nacional. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia fueron exoneradas porque el juez consideró que no participaron en los eventos dañinos, a saber: la masacre y el desplazamiento.</p>
<p>Caso Filogringo</p> <p><i>Consejo de Estado, Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG)</i></p> <p>Consejero Ponente: Ruth Stella Correa</p>	<p>Argumentos tradicionales de reparación (Recurso de Apelación interpuesto por los accionantes):</p> <p><i>Integración del grupo:</i> la instancia final para integrar el grupo es el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos. Quienes deseen beneficiarse de la indemnización deberán acreditar su condición de desplazamiento a través de la constancia de inscripción en el RUPD.</p> <p><i>Indemnización de daño moral y por alteración a las condiciones de existencia:</i> concedió un solo monto de indemnización por concepto de daños morales y otro por la alteración a las condiciones de existencia. Pero aclaró que dichas sumas debían ser divididas en parte iguales entre las víctimas pertenecientes al grupo. No se reconocieron diferencias de género, etnia o edad entre el grupo de víctimas. Tampoco se revisó su situación de vulnerabilidad previa.</p> <p><i>Indemnización de daños materiales:</i> se reconoció para 14 integrantes del grupo un monto de 10 SMMLV para cada uno. Aunque no se pudo establecer una prueba directa, el juez tuvo en cuenta el hecho de que hubieran recibido ayuda humanitaria de la Red de Solidaridad Social. El monto se fijó con criterio de equidad. No se discriminó si se recibían a título de perjuicio emergente o lucrocesante.</p> <p><i>Distinción entre ayuda humanitaria e indemnización:</i> el juez fue enfático al afirmar que no se descontarían de la indemnización aquellos montos de dinero entregados por la Red de Solidaridad Social. La primera es la consecuencia lógica de la REPE, mientras que la segunda obedece al trato solidario que el Estado brinda a las</p>

	<p>víctimas del DEFO.</p> <p><i>Orden de publicación del fallo en medio de comunicación de amplia circulación nacional:</i> Se profirió para dar cumplimiento al artículo 61 de la ley 472. Su objetivo directo no es ofrecer una medida de satisfacción a las víctimas, sino informar a otras para que se vinculen y reclamen la indemnización que les corresponda.</p> <p>Argumentos sensibles a las líneas de fuga teórica:</p> <p><i>Para brindar reparación con alcance colectivo (1 punto):</i> consideró que la sentencia debe favorecer al grupo demandante pero también al grupo afectado que no demandó.</p> <p>El juez de primera instancia buscó configurar la identidad del grupo afectado solicitando pruebas documentales como listas de usuarios de servicios públicos, de estudiantes y docentes en escuelas y colegios, y de beneficiarios de ayuda humanitaria en acción social. El de segunda tuvo en cuenta dicho esfuerzo probatorio.</p> <p><i>Para brindar reparación con alcance simbólico:</i> La sentencia menciona la importancia de proteger los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas, además del de reparación. Dicha consideración no trascendió a las órdenes del fallo.</p>
<p><i>Caso Bellacruz</i></p> <p><i>Consejo de Estado, Sentencia del 18/feb/2010, Exp. No. 18.436 (reparación directa)</i></p> <p><i>Consejero Ponente: Mauricio Fajardo</i></p>	<p>Argumentos tradicionales de reparación (recurso de apelación interpuesto por los demandantes):</p> <p><i>Vinculación de otras entidades con la demanda:</i> los accionantes solicitaron que se declararan responsables a otras autoridades, además del Ministerio de Defensa y el Ejército: Ministerios del Interior y Justicia, Agricultura, Municipio de La Gloria, Departamento del Cesar. El juez de primera instancia consideró que ninguna de éstas incurrió en omisión del deber de protección y vigilancia de los ciudadanos.</p> <p><i>Indemnización de daño moral y por alteración a las condiciones de existencia:</i> concedió un mismo monto a cada demandante. No se tuvieron en cuenta diferencias de género o edad. Tampoco se revisó su situación de vulnerabilidad previa.</p> <p><i>Indemnización de daño material:</i> la prueba de los emergentes y lucrocesantes no fue muy clara, porque no permitió dilucidar la propiedad sobre predios ni bienes muebles. Sin embargo, el juez optó por aplazar su debate para un incidente posterior. Ordenó la indemnización en abstracto.</p> <p>Argumentos sensibles a las líneas de fuga teórica:</p> <p><i>Para brindar reparación con alcance simbólico:</i> La sentencia menciona la importancia de proteger los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas, además del de reparación.</p> <p>El juez consideró necesario tomar medidas de justicia restaurativa debido a que el DEFO representó la violación de derechos humanos.</p> <p>Por esta razón, ordenó medidas de satisfacción: a la Fiscalía de adelantar las investigaciones necesarias para identificar a los</p>

	<p>responsables y satisfacer la verdad, al Ejército y la Policía la publicación del fallo en un lugar visible de sus instalaciones y la fijación de una placa conmemorativa.</p> <p>En la misma lógica, el juez ordenó tomar una medida de no repetición: la publicación y divulgación del fallo en todas las unidades del Ejército y la Policía, con el ánimo de que sus funcionarios conozcan las omisiones que no deben presentarse en el futuro.</p> <p><i>Para corregir la distorsión temporal del fallo:</i> la Sala dispuso la prelación del caso sobre otros asuntos de responsabilidad estatal.</p>
--	--

4.4. Índice de fuga teórica. Un intento de medición y de conclusión

La inquietud que encendió la chispa de este capítulo fue la siguiente: ¿Qué tan cerca estuvieron los fallos del Consejo de Estado de las líneas de fuga teórica, cuando definieron el problema de la REPE por DEFO después de 2005? Para contestarla intentaremos contrastar los argumentos del juez con las líneas, en términos numéricos.

4.4.1. La escala de fuga teórica

Cuando iniciamos la exploración conceptual buscamos en la urdimbre de enfoques los retos que una realidad como el DEFO representaba para la teoría de la REPE. Encontramos entonces las líneas de fuga teórica, como puertas que nos llevarían a mejores soluciones. Ahora que ya las señalamos, tenemos que verificar si el juez las abrió o se atrincheró detrás de ellas. Volviendo a la metáfora culinaria, necesitamos saber si las recetas preparadas por el juez contencioso, en segunda instancia, lograron deleitar el paladar del comensal exigente que sentamos a la mesa.

En términos más paradigmáticos, tenemos que contrastar los ejemplares con las exigencias teóricas del DEFO (líneas de fuga). Para lograrlo, nos valdremos de la

medición como técnica de investigación cuantitativa. Trataremos de medir qué tan cerca estuvo cada ejemplar de las líneas a través de un índice que denominaremos de *fuga teórica*.

El *índice de fuga teórica* es un valor numérico que resulta de cuantificar nuestras observaciones plasmadas arriba. Aunque sabemos que embadurnar con números la realidad puede marchitar su apreciación, creemos que en este caso es necesario para aclarar mejor las conclusiones del estudio. No es un pecado epistemológico crear recetas agridulces, que se debatan entre el agrio valor de las cifras y la dulce apreciación de las cualidades⁶³⁷.

El índice nació después de varias precisiones metodológicas que nos permitimos presentar brevemente. En primer lugar, tuvimos que identificar la parcela de la realidad que queríamos estudiar (variable). Encontramos que se trataba del nivel de seguimiento de las líneas de fuga teórica en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre REPE por DEFO, posterior a 2005. En segundo lugar, debimos pensar en un hecho real y concreto que aterrizara dicha variable (indicador): las sentencias del Consejo que definieron la responsabilidad estatal por los daños ocasionados con el DEFO, después de 2005⁶³⁸.

Procedimos en tercer lugar a medir el indicador con una *escala de fuga*. Se trata de una herramienta creada para revisar en qué magnitud el juez tuvo en cuenta la línea de fuga⁶³⁹. Los valores de la escala son tres: *impacto alto*, *impacto medio*, *impacto bajo*. Cada uno tiene una representación numérica: 1,0; 0,5 y 0,0 respectivamente.

⁶³⁷ El reto del científico no está en hacer prevalecer un método concreto, sino en justipreciarlos en sus adecuadas posibilidades y resultados. Guadarrama, Pablo. *Dirección y asesoría de investigación científica*. Bogotá, Investigar Magisterio, 2009, p. 153.

⁶³⁸ El proceso que describimos se conoce como operacionalización de variables. Permite brindar un correlato empírico a la realidad. En otras palabras, “aterrizar” los fenómenos que se estudian para que los resultados de la investigación puedan ser comprendidos y verificados posteriormente. Sabino, Carlos. *El proceso de Investigación*, Editorial Panamericana, Bogotá, 1997, pp. 97-111. En el mismo sentido: Cerda, Hugo. *Los elementos de la investigación. Cómo reconocerlos, diseñarlos y construirlos*, Editorial El Búho, Bogotá, 1998, pp. 182-206.

⁶³⁹ La medición permite contrastar una realidad, que arroja valores concretos, con un instrumento de medida, que arroja valores ideales. Ocurre todos los días entre la temperatura de un niño con fiebre (valores concretos) y los niveles que muestra un termómetro (valores ideales). Sabino, Carlos. *El proceso de Investigación...*, pp. 99-104.

El valor de *impacto alto* (1,0) indica que la línea de fuga fue tenida en cuenta por el juez para elaborar los argumentos medulares de su sentencia, pero también para proferir órdenes concretas. El valor de *impacto medio* (0,5) muestra que la orden representa fielmente una línea de fuga pero no cuenta con argumentos que muestren la intención de ampliar el alcance de la decisión⁶⁴⁰. El valor de *impacto bajo* (0,0) muestra que el juez expuso argumentos sensibles a la línea pero no los reflejó en órdenes concretas.

Debemos advertir que no todas las consideraciones de la sentencia dan lugar a una valoración numérica. Para que puedan representar el impacto de una línea de fuga debe tratarse de aquellas meditaciones sin las cuales el juez no podría llegar a la decisión que tomó. Recuperando el ingente esfuerzo del profesor Diego López, nos referimos a los argumentos que conforman la *ratio decidendi*, es decir, aquél conjunto de observaciones que integran los hechos del caso con su solución concreta⁶⁴¹.

De manera que a la hora de medir la sensibilidad a las líneas de fuga, tuvimos en cuenta todos los argumentos que presentó el juez más allá de las formulaciones clásicas. Pero solo le dimos valor numérico a aquellos que guardaron una relación directa con los hechos del caso y las órdenes concretas.

Para reducir la frontera de subjetividad emprendimos la revisión de los ejemplares (sentencias) haciendo la siguiente pregunta: ¿Si pudiera suprimir este argumento concreto que acabo de leer, cambiaría en algo la parte resolutive del fallo? Cuando la respuesta fue afirmativa asignamos consideramos que hubo impacto (alto -1- o medio -0,5-) de la línea de fuga. Cuando fue negativa decidimos atribuirle un impacto bajo (0,0).

⁶⁴⁰ Algunas órdenes se pueden expedir con el simple ánimo de cumplir mandatos legales específicos, sin el ánimo de llevar la sentencia más allá de los límites del paradigma. Es el caso de las órdenes de publicación del fallo de acción de grupo en medios de amplia circulación. Se proferieron para dar cumplimiento al artículo 61 de la ley 472 de 1998, pero no para ofrecer remedios simbólicos de reparación. Los argumentos de las decisiones no dejaron ver tal intención.

⁶⁴¹ Algunas consideraciones pueden ofrecer conceptos y criterios interesantes, pero pasar desconectados de los hechos del caso y de su solución. Se trata de argumentos fundamentados en hechos hipotéticos o incorporados a manera de ejemplo o ilustración, pero que no responden el problema jurídico concreto que el juez pretende resolver con la sentencia. López, Diego. *El derecho de los jueces* (segunda edición), Legis, Bogotá, 2006, pp. 216-260.

Cuando estamos frente a un recurso de apelación de sentencia interpuesto por una sola de las partes, opera el principio de la *non reformatio in pejus*, es decir, que el juez está impedido para hacer más gravosa la situación del apelante. En esos casos, recomendamos que los argumentos del juez que tienen alguna afinidad con las líneas de fuga sean medidos con el valor de impacto alto (1 punto), debido a que su intención de cambio está limitada por su competencia⁶⁴².

En nuestro caso, el *Ad-quem* no tuvo este tipo de dificultades porque conoció los procesos en grado jurisdiccional de consulta (La Gabarra) o por apelación de ambas partes (Alto Naya), o por el recurso exclusivo de los demandantes (Filogringo y Bellacruz). En todos los ejemplares tuvo plena competencia para mejorar las condiciones de las víctimas.

En la siguiente tabla nos permitimos resumir la *escala de fuga*:

Tabla 16: Valores de la *escala de fuga*

Valor ideal	Situación que indica (la presencia de la línea de fuga)
Impacto Alto –IA- (1,0 puntos)	Orden y consideración sensibles a la línea de fuga
Impacto Medio –IM- (0,5 puntos)	Orden sensible a la línea pero sin consideración sensible.
Impacto Bajo –IB- (0,0 puntos)	Consideración sensible pero sin orden sensible.

Fuente: elaboración propia

⁶⁴² **Ley 1564 de 2012.** Artículo 327. Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia. (las subrayas son propias).

4.4.2. *El índice de fuga teórica*

Con los valores ideales de la escala nos dimos a la tarea de buscar los “valores reales” de los ejemplares. Tomamos cada uno de sus argumentos y los contrastamos con las líneas de fuga, para revisar si el juez las tuvo en cuenta a la hora de confeccionar las consideraciones y órdenes del fallo. No sobra advertir que en el ejercicio prescindimos de las consideraciones de talante clásico.

La medición que proponemos se basa en la comparación entre cada sentencia con una “decisión ideal” en la que el juez ha tenido en cuenta, hipotéticamente, todas las líneas de fuga. En este punto, indicaremos primero cuál es ese fallo “ideal” para luego mostrar qué tan cerca estuvo el juez.

Si aplicáramos la *escala de fuga teórica* a una sentencia en la que el juez siguiera todas las líneas de fuga, en sus consideraciones y órdenes, tendríamos un puntaje total de 18 puntos. Recordemos que tuvimos en cuenta sólo algunas líneas, aquellas sobre las que el juez de segunda instancia tenía control. El resultado se ilustra en la tabla 6:

Tabla 17: Escala de fuga aplicada a una decisión ideal

<i>Líneas de fuga teórica</i>	<i>Puntaje asignado</i>
<i>Daño</i>	
<i>Daño económico.</i>	
3. Alteración del reparto de recursos materiales al momento de la expulsión.	1pto
4. Prolongación de la distribución distorsionada de recursos con la falta de atención por parte de las autoridades.	1pto
<i>Daño cultural.</i>	
5. Desconocimiento y estigma institucional de la tragedia humanitaria y de la condición de víctima.	1pto

6. Desconocimiento y estigma social de la tragedia humanitaria y de la condición de víctima.	1pto
7. Imposición de una identidad relacionada con el enemigo.	1pto
<i>Daño político.</i>	1pto
8. Pérdida de capacidad de interlocución con las autoridades.	
9. Pérdida de la capacidad de organización y asociación para superar la tragedia humanitaria.	1 pto
<i>Imputación</i>	
<i>Frente al éxodo</i>	
10. Presunción de falla del servicio en la ocurrencia del éxodo.	1pto
<i>Frente al día después del éxodo</i>	
11. Considerar la omisión en la búsqueda de recursos (humanos, económicos e institucionales) para la política pública de atención a la PSD, como un caso de inactividad administrativa que dé lugar a la falla del servicio, que también se presume.	1pto
<i>Reparación</i>	
<i>Para corregir el desajuste temporal:</i>	1 pto
12. Dar trámite preferente a las demandas de reparación de la PSD, sea en el curso de una acción de grupo o de la reparación directa.	
13. Ampliar de oficio el alcance del problema jurídico a debatir. Evaluar la existencia de daños, su imputación y reparación frente a dos eventos: el éxodo y el día después.	1 pto
<i>Con alcance colectivo:</i>	1 pto
14. Proferir órdenes de reparación a la comunidad y ampliar la extensión de los remedios individuales a los demás afectados, aún aquellos que no demandaron.	
<i>Con alcance simbólico:</i>	1 pto
15. Decretar medidas concretas de no repetición, rehabilitación y satisfacción para sanar los daños morales, a la salud y a la vida de relación.	
16. Enfocar la indemnización hacia el cubrimiento exclusivo de daños materiales (emergente y lucrocesante).	1 pto
<i>Con alcance participativo</i>	1 pto
17. Indicar el sentido del fallo y antes de proferirlo convocar a audiencia pública de discusión, para que las partes expongan sus argumentos sobre los límites y formas de reparación (<i>alto participativo en el camino</i>).	
<i>Con enfoque diferencial</i>	1 pto
18. La sentencia debería tener en cuenta las condiciones de vulnerabilidad previas al despojo, y no solamente la magnitud del daño.	
19. A justar la base de liquidación del perjuicio lucrocesante en aquellos casos en los que no se logra probar un ingreso de la víctima superior al salario mínimo.	1 pto
<i>Con alcance regional</i>	1 pto
20. Órdenes concretas de reparación que comprometan a los departamentos y municipios	

a hacer esfuerzos presupuestales e institucionales dentro del marco de sus competencias.	
PUNTAJE TOTAL	18 ptos

Nos corresponde ahora “medir” cada uno de los ejemplares con la *escala de fuga teórica*. Lo haremos a través de sendas tablas aclaratorias.

Tabla 18. Aplicación de la Escala de Fuga al Caso La Gabarra

<i>Líneas de fuga teórica</i>	<i>Consideraciones y órdenes órdenes del fallo</i>	<i>Puntaje asignado</i>
<i>Daño</i>		
<i>Daño cultural</i>		
1. Desconocimiento y estigma social de la tragedia humanitaria y de la condición de víctima.	Se admitió que el desplazamiento implicaba un deterioro de la condición social y cultural de las víctimas, determinado por el estigma que sufren en las ciudades de recepción. Sin embargo, se relacionaron como parte del daño moral.	0,0
<i>Daño político.</i>		
2. Pérdida de la capacidad de organización y asociación para superar la tragedia humanitaria.	Admitió que el desplazamiento desajusta las relaciones familiares y pone en manos de las mujeres las riendas de muchos hogares, tradicionalmente dirigidos por varones. Sin embargo, se relacionaron como parte del daño moral.	0,0
<i>Imputación</i>		
<i>Frente al éxodo</i>		
3. Presunción de falla del servicio en la ocurrencia del éxodo.	<i>Aligeramiento de cargas probatorias:</i> Al definir si el desplazamiento era previsible tuvo en cuenta que las víctimas hubiesen dado noticia de la probable ocurrencia del hecho. Sin embargo, también admitió la previsibilidad cuando la circunstancia de alteración grave del orden público permitió inferir que la expulsión de población civil era inminente. En este sentido, se descargó a las víctimas de la obligación de probar la previsibilidad del hecho, pero no se admitió por ello que el título jurídico fuera el de presunción de falla.	0,0
<i>Frente al día después del éxodo</i>		
4. Considerar la omisión en la búsqueda de recursos (humanos, económicos e institucionales) para la política pública de atención a la PSD, como un caso de inactividad	<i>Valoración de la falta de recursos suficientes para atender a la población después del éxodo:</i> El juez encontró que hubo una omisión en la provisión de recursos institucionales, posterior al desplazamiento: no se instaló un puesto de policía que permitiera prevenir nuevas expulsiones de población, a pesar de los múltiples patrullajes que se hicieron después en la zona. Sin embargo, la declaratoria de responsabilidad se hizo por el desplazamiento y no por esta omisión posterior.	0,0

administrativa que dé lugar a la falla del servicio, que también se presume.		
<i>Reparación</i>		
<i>Con alcance colectivo:</i>		
5. Proferir órdenes de reparación a la comunidad y ampliar la extensión de los remedios individuales a los demás afectados, aún aquellos que no demandaron.	Los alcances del fallo se extendieron a quienes no estaban inicialmente incluidos en los registros de las autoridades. La prueba de su desplazamiento llegó por iniciativa propia. El juez inaplicó algunos apartes del artículo 55 de la ley 472 de 1998 para permitir que las víctimas que no demandaron pudieran beneficiarse de la indemnización. Aún en aquellos casos en los que sus recursos individuales estuviesen caducados.	1
<i>Con alcance simbólico:</i>		
6. Decretar medidas concretas de no repetición, rehabilitación y satisfacción para sanar los daños morales, a la salud y a la vida de relación.	<i>Orden de publicación del fallo en medio de comunicación de amplia circulación nacional:</i> Se profirió para dar cumplimiento al artículo 61 de la ley 472. Su objetivo directo no es ofrecer una medida de satisfacción a las víctimas, sino informar a otras para que se vinculen y reclamen la indemnización que les corresponda. <i>Para brindar reparación con alcance simbólico:</i> La sentencia menciona la importancia de proteger los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas, además del de reparación. Dicha consideración no trascendió a las órdenes del fallo.	0,5 0,0
<i>Con alcance regional</i>		
7. Órdenes concretas de reparación que comprometan a los departamentos y municipios a hacer esfuerzos presupuestales e institucionales dentro del marco de sus competencias.	<i>Para brindar reparación con alcance regional:</i> Al reunir la prueba para determinar la REPE, el juez encontró que las autoridades departamentales, municipales y algunas nacionales, como la Red de Solidaridad Social, tenían conocimiento de los conflictos que por la época se dieron en la zona. Sin embargo, en sus órdenes no vinculó a ninguna. Sus dichos se tuvieron en cuenta para acreditar la existencia del desplazamiento. El juez no discute la responsabilidad del Departamento de Norte de Santander. Plantea la posibilidad de que sea deudor solidario con la Nación pero la deja en puntos suspensivos: si la Nación así lo considera, podría intentar la correspondiente repetición.	0,0
PUNTAJE TOTAL		1,5 ptos
<i>Consideraciones sensibles a líneas de fuga teórica</i>	8	
<i>Consideraciones con impacto alto</i>	1	
<i>Consideraciones con impacto medio</i>	1	
<i>Consideraciones con impacto bajo</i>	6	
<i>Índice de Fuga Teórica</i>	0,08	

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 19. Aplicación de la Escala de Fuga al Caso Alto Naya

<i>Líneas de fuga teórica</i>	<i>Consideraciones y órdenes del fallo</i>	<i>Puntaje asignado</i>
<i>Daño</i>		
<i>Daño cultural</i>		
1. Desconocimiento y estigma social de la tragedia humanitaria y de la condición de víctima.	<i>Valoración del daño cultural:</i> Admitieron que el desplazamiento genera el estigma social que encasilla a sus víctimas en las categorías de “guerrillero”, “ladrones”, “mendigos”... Sin embargo, fijaron el mismo monto de indemnización a todas los demandantes, sin tener en cuenta el particular impacto que el desarraigo causó en cada víctima.	0,0
<i>Imputación</i>		
<i>Frente al día después del éxodo</i>		
2. Considerar la omisión en la búsqueda de recursos (humanos, económicos e institucionales) para la política pública de atención a la PSD, como un caso de inactividad administrativa que dé lugar a la falla del servicio, que también se presume.	<i>Valoración de la falta de recursos suficientes para atender a la población después del éxodo:</i> El juez hizo eco del llamado de atención de la Corte Constitucional acerca de la sistemática violación de derechos de la PSD. Recogió el argumento de responsabilidad estatal contenido en la sentencia de la Corte Constitucional SU-1150 de 2000 (ya que el Estado no pudo evitar el despojo de ciudadanos, que se haga responsable de la atención y garantía de sus derechos con posterioridad al desplazamiento) pero no lo tuvo en cuenta para identificar el evento dañino.	0,0 pto
<i>Reparación</i>		
<i>Con alcance colectivo:</i>		
3. Proferir órdenes de reparación a la comunidad y ampliar la extensión de los remedios individuales a los demás afectados, aún aquellos que no demandaron.	<i>Para brindar reparación con alcance colectivo:</i> El juez inaplicó algunos apartes del artículo 55 de la ley 472 de 1998 para permitir que las víctimas que no demandaron pudieran beneficiarse de la indemnización. Aún en aquellos casos en los que sus recursos individuales estuviesen caducados.	1
<i>Con alcance simbólico:</i>		
4. Decretar medidas concretas de no repetición, rehabilitación y satisfacción para sanar los daños morales, a la salud y a la vida de relación.	<i>Orden de publicación del fallo en medio de comunicación de amplia circulación nacional:</i> Se profirió para dar cumplimiento al artículo 61 de la ley 472. Su objetivo directo no es ofrecer una medida de satisfacción a las víctimas, sino informar a otras para que se vinculen y reclamen la indemnización que les corresponda.	0,5
PUNTAJE TOTAL		1,5 ptos
<i>Consideraciones sensibles a líneas de fuga teórica</i>	4	
<i>Consideraciones con impacto alto</i>	1	
<i>Consideraciones con impacto</i>	1	

<i>medio</i>	
<i>Consideraciones con impacto bajo</i>	2
<i>Índice de Fuga Teórica</i>	0,08

Tabla 20. Aplicación de la Escala de Fuga al Caso Filogringo

<i>Líneas de fuga teórica</i>	<i>Consideraciones y órdenes órdenes del fallo</i>	<i>Puntaje asignado</i>
<i>Daño</i>		
<p><i>Daño económico:</i></p> <p>1. Alteración del reparto de recursos materiales al momento de la expulsión.</p>	<p><i>Indemnización de daños materiales:</i> se reconoció para 14 integrantes del grupo un monto de 10 SMMLV para cada uno. Aunque no se pudo establecer una prueba directa, el juez tuvo en cuenta el hecho de que hubieran recibido ayuda humanitaria de la Red de Solidaridad Social. El monto se fijó con criterio de equidad. No se discriminó si se recibían a título de perjuicio emergente o lucrocesante.</p>	1
<i>Imputación</i>		
<p><i>Frente al éxodo</i></p> <p>2. Presunción de falla del servicio en la ocurrencia del éxodo.</p>	<p><i>Impacto y participación del Estado en el conflicto armado:</i> Para el juez, el evento del desplazamiento se enmarca dentro del conflicto armado que se vivía en la zona durante 1999 y 2000. Debido a su potencial para la producción de estupefacientes, los paramilitares se disputaban el área con las guerrillas del ELN y EPL, y las fuerzas estatales participaban en el concierto del conflicto fumigando e impidiendo la proliferación de cultivos.</p> <p><i>Aligeramiento de cargas probatorias:</i> Por una parte, al definir si el desplazamiento era previsible tuvo en cuenta que las víctimas hubiesen dado noticia de la probable ocurrencia del hecho. Sin embargo, también admitió la previsibilidad cuando la circunstancia de alteración grave del orden público permitió inferir que la expulsión de población civil era inminente. En este sentido, se descargó a las víctimas de la obligación de probar la previsibilidad del hecho, pero no se admitió por ello que el título jurídico fuera el de presunción de falla.</p> <p>Por otra parte, la redacción de la sentencia dejó ver que para el juez, era una obligación del Estado probar la imposibilidad de cumplir su deber de protección. Sin mencionar la presunción de falla, exigieron a las autoridades un medio de prueba en este sentido, para discernir si se trataba o no de una falla absoluta del servicio.</p>	0,0 0,0
<i>Reparación</i>		
<p><i>Con alcance colectivo:</i></p> <p>3. Proferir órdenes de reparación a la comunidad y ampliar la extensión de los remedios individuales a los demás afectados, aún aquellos que no demandaron.</p>	<p><i>Para brindar reparación con alcance colectivo:</i> consideró que la sentencia debe favorecer al grupo demandante pero también al grupo afectado que no demandó.</p> <p>El juez de primera instancia buscó configurar la identidad del grupo afectado solicitando pruebas documentales como listas de usuarios de servicios públicos, de estudiantes y docentes en escuelas y colegios, y de beneficiarios de ayuda humanitaria en acción social. El de</p>	1

	segunda tuvo en cuenta dicho esfuerzo probatorio.	
<i>Con alcance simbólico:</i>		
4. Decretar medidas concretas de no repetición, rehabilitación y satisfacción para sanar los daños morales, a la salud y a la vida de relación.	<p><i>Distinción entre ayuda humanitaria e indemnización:</i> el juez fue enfático al afirmar que no se descontarían de la indemnización aquellos montos de dinero entregados por la Red de Solidaridad Social. La primera es la consecuencia lógica de la REPE, mientras que la segunda obedece al trato solidario que el Estado brinda a las víctimas del DEFO.</p> <p><i>Orden de publicación del fallo en medio de comunicación de amplia circulación nacional:</i> Se profirió para dar cumplimiento al artículo 61 de la ley 472. Su objetivo directo no es ofrecer una medida de satisfacción a las víctimas, sino informar a otras para que se vinculen y reclamen la indemnización que les corresponda.</p> <p><i>Distinción entre ayuda humanitaria e indemnización:</i> el juez fue enfático al afirmar que no se descontarían de la indemnización aquellos montos de dinero entregados por la Red de Solidaridad Social. La primera es la consecuencia lógica de la REPE, mientras que la segunda obedece al trato solidario que el Estado brinda a las víctimas del DEFO.</p>	1 0,5 0,0
PUNTAJE TOTAL		3,5 pts
<i>Consideraciones sensibles a líneas de fuga teórica</i>	7	
<i>Consideraciones con impacto alto</i>	3	
<i>Consideraciones con impacto medio</i>	1	
<i>Consideraciones con impacto bajo</i>	3	
<i>Índice de Fuga Teórica</i>	0,19	

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 21. Aplicación de la Escala de Fuga al Caso Bellacruz

<i>Líneas de fuga teórica</i>	<i>Consideraciones y órdenes órdenes del fallo</i>	<i>Puntaje asignado</i>
<i>Daño</i>		
<p><i>Daño económico:</i></p> <p>1. Alteración del reparto de recursos materiales al momento de la expulsión.</p>	<p><i>Patrimonial (emergente):</i> Se reconoció perjuicio material en la modalidad de emergente por la destrucción de las viviendas. La pérdida de enseres no se consideró debidamente probada, tampoco el perjuicio lucrocesante, pero se ordenó su liquidación en incidente posterior.</p>	1
<p><i>Daño cultural</i></p> <p>2. Desconocimiento y estigma social de la tragedia humanitaria y de la condición de víctima.</p>	<p><i>Valoración del daño cultural:</i> Admitieron que el desplazamiento genera el estigma social que encasilla a sus víctimas en las categorías de “guerrillero”, “ladrones”, “mendigos”... Sin embargo, fijaron el mismo monto de indemnización a todas los demandantes, sin tener en cuenta el particular impacto que el desarraigo causó en cada víctima.</p>	0,0
<i>Imputación</i>		
<p><i>Frente al éxodo</i></p> <p>3. Presunción de falla del servicio en la ocurrencia del éxodo.</p>	<p><i>Aligeramiento de cargas probatorias:</i> Por una parte, al definir si el desplazamiento era previsible tuvo en cuenta que las víctimas hubiesen dado noticia de la probable ocurrencia del hecho. Sin embargo, también admitió la previsibilidad cuando la circunstancia de alteración grave del orden público permitió inferir que la expulsión de población civil era inminente. En este sentido, se descargó a las víctimas de la obligación de probar la previsibilidad del hecho, pero no se admitió por ello que el título jurídico fuera el de presunción de falla.</p> <p>Por otra parte, la redacción de la sentencia dejó ver que para el juez, era una obligación del Estado probar la imposibilidad de cumplir su deber de protección. Sin mencionar la presunción de falla, exigieron a las autoridades medio de prueba en este sentido, para discernir si se trataba o no de una falla absoluta del servicio.</p>	0,0
<p><i>Frente al día después del éxodo</i></p> <p>4. Considerar la omisión en la búsqueda de recursos (humanos, económicos e institucionales) para la política pública de atención a la PSD, como un caso de inactividad administrativa que dé lugar a la falla del</p>	<p><i>Valoración de la falta de recursos suficientes para atender a la población después del éxodo:</i> El juez hizo eco del llamado de atención de la Corte Constitucional acerca de la sistemática violación de derechos de la PSD. Recogió el argumento de responsabilidad estatal contenido en la sentencia de la Corte Constitucional SU-1150 de 2000 (ya que el Estado no pudo evitar el despojo de ciudadanos, que se haga responsable de la atención y garantía de sus derechos con posterioridad al desplazamiento) pero no lo tuvo en cuenta para identificar el evento dañino.</p>	0,0

Es hora de hallar el *índice de fuga teórica*. Como lo dijimos antes de inundar estas páginas de tablas, corresponde a un ejercicio matemático de comparación entre un valor real y otro ideal, para reducirlo a un solo dígito. En términos más sencillos y numéricos, se trata de dividir el dígito que obtuvimos después de aplicar la escala a cada sentencia, entre 18. La razón es que éste es el máximo puntaje que podría obtener un fallo en la medición. Así podríamos saber qué tan cerca estuvieron de la “perfecta fuga teórica”. Los resultados de dicha operación se ilustran en la tabla 11.

Tabla 22: Índice de fuga teórica de los ejemplares

Ejemplar	A. Resultado de medición en escala de fuga teórica	B. Índice de fuga teórica (A/18)
La Gabarra	1,5 puntos	0,08
Alto Naya	1,5 puntos	0,08
Filogringo	3,5 puntos	0,19
Bellacruz	3 puntos	0,16
Promedio general	2,37 puntos	0,13

Nuestro índice tiene dos extremos: el de *ausencia de fuga teórica* y el de *máxima fuga teórica*. En el primer caso el valor es cero, lo que indica que el juez no fue sensible a las líneas porque no se reflejaron en sus órdenes ni en los argumentos que las soportaron. En el segundo, el dígito es 1, es decir que el autor de la sentencia tuvo en cuenta todas las líneas de fuga para confeccionar sus consideraciones medulares y dar solución al problema jurídico concreto.

4.2.3. A manera de conclusión

Después de apreciar el edificio numérico que construimos, la conclusión salta a la vista. En los ejemplares que estudiamos buena parte de sus órdenes y argumentos más luminosos, que parecieran renovar el paradigma, reflejan un impacto bajo de las líneas de fuga. Casi todos los planteamientos se quedan en consideraciones auxiliares que no trascendieron a las órdenes concretas del fallo.

Si miramos el índice de fuga, de cada ejemplar y en conjunto, dimensionamos mejor la distancia tan grande que existió entre los fallos del Consejo de Estado y las líneas de fuga teórica. En otros términos, los números nos permiten afirmar que la práctica judicial de la REPE no satisfizo las exigencias teóricas que surgieron del estudio del DEFO en Colombia: el juez fue amplio considerando, pero tímido fallando.

Para un cierre culinario y más amable, digamos que quien preparó las recetas se esforzó por expresar su deseo de deleitar al comensal, pero sus palabras no llegaron al paladar. Los platos que sirvió causaron muy pocos instantes de satisfacción en su rostro.

5. CONCLUSIONES

Iniciamos esta aventura con la inquietud de saber si la proliferación de respuestas teóricas al desplazamiento forzado, impulsada con la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en 2004, generó algún cambio de paradigma en la estructura de la responsabilidad patrimonial del Estado que orientó al Consejo de Estado al definir la responsabilidad estatal por estos eventos entre 2004 y 2010.

Pensamos que sería más fácil responder si intentáramos primero solucionar algunas inquietudes previas. Indicaremos primero las respuestas a estas preguntas auxiliares y luego nos concentraremos en la inicial.

5.1. ¿Cuáles son los elementos del paradigma tradicional de la REPE, que ha orientado la práctica jurisprudencial del Consejo de Estado?

Hemos emprendido un viaje extenso por el paradigma tradicional de la REPE, de la mano del profesor Kuhn, para tratar de evidenciar los elementos con los que tradicionalmente se ha dado respuesta al problema de la responsabilidad estatal. Para ello, nos apoyamos en la metáfora culinaria para desentrañar el significado de sus principales conceptos, creencias y valores.

Al Verificar primero los elementos más visibles de la matriz disciplinar (generalizaciones simbólicas o conceptos) encontramos una serie de enunciados complejos, contruidos a partir de lecturas transformadas de aquellas elaboraciones hechas en otras latitudes. Los ingredientes de nuestra receta son daño, imputación y reparación. Se condensan en dos máximas (redes conceptuales): la primera es que *la obligación de reparar surge ante un daño antijurídico imputable a las autoridades responsables (R=D+I)*. La segunda: *la reparación no va más allá del daño (R=D)*.

Claros los ingredientes y la receta, procedimos a interrogarnos por los momentos en que deberíamos cocinarlos y servirlos. Al explorar las creencias del paradigma,

encontramos que se trataba de enunciados que marcan los límites de los conceptos. Así como los platos fuertes que se acostumbran al almuerzo no suelen servirse en horas de la mañana, vimos como las generalizaciones simbólicas de la REPE tienen alcances muy cortos frente a daños colectivos (*no se reparan daños colectivos*), y operan con instrumentos que pocas veces reaccionan con remedios distintos al dinero (*el alcance de la reparación es puramente patrimonial*).

Finalmente, los constructores del edificio de conceptos dejaron ver que su obra buscaba principalmente reparar o compensar perjuicios. Prevenir, castigar o controlar la conducta de las autoridades se quedaron como desvelos secundarios (*la función de la responsabilidad es reparar o compensar*).

De la misma manera que podemos desayunar con recetas propias de un almuerzo o viceversa, advertimos que las creencias son enunciados eventuales. Pueden cambiar con las actitudes de la sociedad. No son verdades absolutas porque están sujetas a discusión.

Si el trabajo de identificar las creencias fue difícil, el de encontrar los valores del paradigma nos dejó sin aliento. Como los propósitos en la cocina, los de la REPE resultaron ser variados y cambiantes. En un intento por hacer más claras las explicaciones, intentamos definir los valores del derecho y descubrimos otra metáfora: es como tratar de hallar figuras en las nubes. ¿Justicia? ¿Libertad? ¿Felicidad? No pudimos definir con total certeza cuál de ellos orientaba las normas. Sin embargo, advertimos que la justicia hace parte de la esencia del derecho.

Sobre la misma lógica, y después de varios intentos fallidos tras un concepto de justicia, concluimos con Aristóteles y el profesor Fernando Molina, que el paradigma de la REPE está montado sobre la búsqueda de justicia restaurativa, pero además de la dignidad humana de quienes participan como víctimas en el drama del daño.

Comenzamos este viaje en busca de un edificio sólido y estable, que pudiéramos recorrer con facilidad sin miedo a extraviarnos. Pero resultó ser un laberinto peligroso, sinuoso, cambiante, con recovecos por doquier, que ofrece la sensación de perplejidad y

temor de perderse al intentar cruzarlo (resolverlo). Sin embargo, procuramos dejar algunas luces encendidas por el camino, para tratar de recogerlo, mejorarlo y corregirlo si es posible.

5.2. ¿Cuáles han sido las principales respuestas teóricas ofrecidas al problema del DEFO, surgidas después de la declaratoria del ECI en 2004?

Desde la urdimbre de enfoques delineamos algunas *líneas de fuga* como opciones alternativas que podrían llevarnos a soluciones más adecuadas desde el punto de vista judicial. Fue así como llegamos a consolidar algunas frente a cada concepto del paradigma tradicional.

En cuanto al daño, encontramos que el DEFO es un evento generador de injusticias de orden distributivo, de reconocimiento y representación. Por ello, vimos la necesidad de pensar en nuevos rubros como el *cultural* y el *político*. Respecto de la imputación, nos tropezamos con el corto alcance de algunos títulos jurídicos y por eso propusimos la *presunción de falla* como el más eficaz. Además, planteamos que puede ser aplicado en eventos de éxodo y de omisión en la búsqueda de los recursos necesarios para implementar la política pública de atención a la PSD.

Sobre la reparación hicimos una adaptación del concepto de *reparaciones transformadoras* para proponer líneas de fuga que permitieran al juez alcanzar mejores remedios al daño. En este orden, propusimos algunos ajustes frente a tres momentos del fallo judicial: la configuración de las partes del litigio (antes), la definición de sus efectos (durante) y el control y seguimiento de sus órdenes (después). En cada caso indicamos las puertas que podrían conducir a un ejercicio de reparación colectivo, simbólico, participativo, con enfoque diferencial y regional, que además permitiera ajustar las distorsiones temporales cuando la sentencia “llega tarde”.

5.3. ¿Cuál fue el impacto de las principales respuestas teóricas, identificadas con el estudio del DEFO, sobre el paradigma de la REPE que orientó al Consejo de Estado a la hora de definir la responsabilidad de las autoridades públicas por el desplazamiento forzado de ciudadanos colombianos, después de la declaratoria del ECI?

Después de apreciar el edificio numérico que construimos, la conclusión salta a la vista. En los ejemplares que estudiamos buena parte de sus órdenes y argumentos más luminosos, que parecieran renovar el paradigma, reflejan un impacto bajo de las líneas de fuga. Casi todos los planteamientos se quedaron en consideraciones auxiliares que no trascendieron a las órdenes concretas del fallo.

Si miramos el índice de fuga, de cada ejemplar y en conjunto, dimensionamos mejor la distancia tan grande que existió entre los fallos del Consejo de Estado y las líneas de fuga teórica. En otros términos, los números nos permitieron afirmar que la práctica judicial de la REPE no satisfizo las exigencias teóricas que surgieron del estudio del DEFO en Colombia: el juez fue amplio considerando, pero tímido fallando.

5.4. ¿Tuvimos al fin un cambio de paradigma o no?

Para responder esta pregunta tendremos en cuenta la información contenida en los fallos estudiados y las etapas descritas por Kuhn al describir un *cambio de paradigma: consciencia de la anomalía, exploración conceptual, operaciones de retoque o descubrimiento, comunicación y construcción de consenso*.

En cuanto a la *consciencia de la anomalía*, el Consejo de Estado manifestó que el DEFO era un evento de responsabilidad *sui generis*. Algunas consideraciones de los fallos dejaron ver cierta sensibilidad ante el problema. En todos los casos consideró la gravedad del fenómeno: su textura histórica e impacto territorial. Además, resaltó el papel activo de la Corte Constitucional en la definición de soluciones.

Sin embargo, la mención de algunas características del DEFO no pasó de un ejercicio de ambientación del fallo. Sus órdenes no reflejaron la misma preocupación.

Aunque indicaron las terribles condiciones de la PSD o la falta de atención de las autoridades del SNAIPD, en ningún momento se aventuraron a proponer montos indemnizatorios con enfoque diferencial o la responsabilidad de las entidades territoriales, por ejemplo.

La *exploración conceptual del paradigma* tampoco se hizo completa. Con base en las consideraciones auxiliares que utilizaron para ambientar la decisión plantearon algunos cambios, pero en ningún momento indicaron con claridad las exigencias conceptuales del fenómeno que quedaban insatisfechas. El juez *exploró* la receta sin darse cuenta, es decir, contrastó algunos elementos clásicos de la REPE con ciertas características del DEFO pero en ningún momento admitió que sus conceptos tuvieran corto alcance.

Fue como si el cocinero hubiera visto el gesto de insatisfacción del comensal y de inmediato hubiera retirado el plato de la mesa, sin pedir su autorización ni preguntarle las razones de la mueca.

En cinco oportunidades pudimos apreciar este ejercicio incompleto de *exploración conceptual*. Los presentaremos uno a uno para descifrar si se trata de una *operación de retoque* o de algún *descubrimiento*. Además, frente a cada manifestación indicaremos si existió *comunicación y construcción de consenso*.

Recordemos que la diferencia entre uno y otro está en que los primeros son ajustes conceptuales que no alteran radicalmente los conceptos, creencias ni valores del paradigma. En cambio los segundos, son cambios que dan lugar a nuevos métodos, instrumentos y criterios de selección de problemas⁶⁴³.

La *primera manifestación de exploración conceptual* se observó en los casos de acción de clase (La Gabarra, Alto Naya y Filogringo). En todos ellos el juez vio la necesidad de vincular en el fallo a todas las víctimas, incluso aquellas que no demandaron.

⁶⁴³ Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas...*, pp. 141-164.

Para lograrlo, aplicó la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 55 de la ley 472 de 1998. En concreto, el inciso que impedía acceder a los beneficios del fallo a aquellos que no habían demandado pero cuyos recursos individuales ya estaban caducados⁶⁴⁴. El principal argumento fue que la norma limitaba el acceso material a la administración de justicia de aquellos que no hacían uso de los recursos judiciales.

La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad permitió el acceso material a la administración de justicia, además brindó al fallo un alcance colectivo que tiene mucha relación con la línea de fuga que esbozamos en este sentido. Sin embargo, la fuente de inspiración estuvo en dos sentencias de la Corte Constitucional que habían formulado el argumento (C-1062/2000 y C-569/2004) no en las propuestas teóricas de la urdimbre⁶⁴⁵.

Este ajuste se comunicó a otras sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Además, fue el insumo de un acuerdo posterior. En los casos de Filogringo y Alto Naya se citó fielmente el argumento contenido en el fallo La Gabarra. La Corte Constitucional acogió los argumentos que presentó el Consejo de Estado al declarar la inconstitucionalidad de la norma (C-241/2009)⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ **Ley 472 de 1998. Artículo 55. Integración al grupo.** Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas.

La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella.

Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo. (las subrayas son propias).

⁶⁴⁵ En ninguna se debatió la constitucionalidad del inciso, sino que se consideró la acción de grupo debía facilitar el acceso material a la administración de justicia de todos los afectados. El punto de la discordia de la C-1062/2000 fue la naturaleza colectiva de los derechos que se protegían con la acción. En la C-564/2004 la preexistencia del grupo como exigencia inconstitucional.

⁶⁴⁶ En un estudio posterior de constitucionalidad, la Corte determinó que la restricción atentaba contra el acceso material a la justicia, el debido proceso y la igualdad de las víctimas. Corte Constitucional, sentencia C-241 de 2009, M.P.: Nilson Pinilla.

Consideramos que la ampliación de los alcances del fallo a todas las víctimas, partes o no en el proceso, es un *descubrimiento*. Muestra de ello es que reconfiguró la creencia tradicional de que la reparación solamente tiene alcances individuales y cambió la práctica judicial a la hora de integrar las partes del litigio de acción de clase. La declaratoria posterior de inconstitucionalidad de la norma así lo refleja.

La segunda *manifestación de exploración conceptual* que identificamos fue la aplicación de medidas de justicia restaurativa. En el caso Bellacruz, el juez tomó algunos correctivos para evitar que se presentaran nuevos desplazamientos. Consideró que era necesario proteger los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas, además del de reparación. Sobre esa base ordenó medidas de satisfacción y de no repetición: remisión del caso a la Fiscalía para que se investigara la responsabilidad penal, publicación del fallo, instalación de placa conmemorativa y desarrollo de cursos para el personal militar y de Policía.

Las principales fuentes de inspiración de la medida fueron dos sentencias del propio Consejo de Estado: sentencia del 20/feb/2008, Radicación. No. 16996, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: María Delfa Castañeda y otros. Sentencia del 19/ago/2009, Radicación. No. 18364, C. P.: Enrique Gil, actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros⁶⁴⁷.

En ambos casos se utilizó la expresión “medidas de justicia restaurativa” con el fin de brindar remedios simbólicos de reparación, pero los argumentos en cada uno fueron distintos. En la sentencia de 2008 se recuperaron las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación⁶⁴⁸, mientras que en la de 2009 se tuvieron en cuenta los argumentos de la sentencia T-576/2008 de la Corte Constitucional⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ En ambos casos se determinó la responsabilidad estatal por evento de daño distinto al DEFO. En el primero, por la muerte de ciudadanos privados de la libertad por las autoridades, en el segundo, por fallas en procedimiento médico de ginecología.

⁶⁴⁸ Las recomendaciones de la CNNR se orientaban a sugerir a las autoridades encargadas de implementar la ley 975 un programa administrativo de reparaciones. pensó en un esquema de justicia restaurativa alrededor de cuatro criterios: 1) de acceso a la justicia, para esclarecer la verdad; 2) de identificación de los distintos daños sufridos por las víctimas, para adoptar medidas de reparación integral; 3) de prueba de dichos daños y de las pretensiones de reparación realizadas por las víctimas, con el fin de brindar restauración proporcional a su impacto; 4) de vínculo entre daños sufridos y medidas de reparación, tendientes a equilibrar las medidas de reparación judicial y las de orden administrativo. *Acnur, Comunicado de prensa: Recomendación de criterios de*

El ajuste propuesto por el Magistrado Fajardo hace parte de acuerdos sembrados previamente en la misma Corporación. No parece una muestra de innovación sino la ratificación de un *descubrimiento* previo. En todo caso, se trata de una serie de medidas que alteraron las creencias tradicionales que ven en la reparación un ejercicio puramente patrimonial y resarcitorio. Con esta orden se puso de presente que también puede ser simbólico y preventivo. La práctica judicial se ha visto alterada en este sentido.

La tercera *manifestación de exploración conceptual* apareció en el caso Filogringo. El juez distinguió entre medidas de asistencia y medidas de reparación. Advirtió que no podían compensarse. Las primeras se otorgaban para satisfacer las necesidades básicas de la PSD, a título de solidaridad y en cabeza de las autoridades del SNAIPD. Las segundas, para reparar el daño, bajo el rótulo de la responsabilidad estatal y en cabeza de las fuerzas militares (Fundamento 5).

Su fuente de inspiración fue la sentencia SU-1150 de la Corte Constitucional, pero no logramos identificar si se comunicó a otros fallos o si permitió configurar nuevos acuerdos. En últimas, una apreciación como éstas sólo se vio una vez.

Consideramos que se trata de un *descubrimiento* porque con esta advertencia el juez logró precisar el concepto de la reparación y blindó los derechos de las víctimas de las arbitrariedades conceptuales del Estado. En adelante, no funcionaría la acostumbrada defensa de la *compensatio lucri cum damnum*.

La *cuarta manifestación* apareció en los casos Filogringo y Bellacruz. Se trata de la orden de reparar perjuicios materiales sin una prueba directa de su existencia. En el

reparación y de proporcionalidad restaurativa, 7 de mayo de 2007. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/recursos/informacion-sobre-pais-de-origen/detalle-documento-coi/recomendacion-de-criterios-de-reparacion-y-de-proporcionalidad-restaurativa/> Visita del 22 de abril de 2013.

⁶⁴⁹ Se trata del dramático caso de la muerte del menor Daniel Felipe Rivera por causa de la negligencia de la EPS en el diagnóstico y tratamiento adecuado de su enfermedad. En dicha sentencia la Corte consideró que la petición del accionante carecía de objeto. Sin embargo, ordenó medidas de reparación simbólica (publicación de algunos apartes del fallo, placa conmemorativa) porque consideró que permitían proteger la dimensión objetiva de los derechos vulnerados, ya que desde el punto de vista subjetivo no quedaba nada por hacer. Corte Constitucional, sentencia T-576/2008, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

primer fallo se hizo conforme al criterio de equidad, en el segundo, se ordenó su liquidación en incidente posterior.

Las dos órdenes fueron manifestaciones genuinas del respectivo juez. No aparece ninguna referencia a otras sentencias o textos que indiquen lo contrario. Tampoco se pudo identificar si dieron lugar a órdenes similares en fallos posteriores.

Consideramos que la medida no alteró el panorama conceptual del paradigma, ni sus creencias, ni sus valores. Simplemente ajustó la práctica probatoria que se venía aplicando frente al perjuicio material de la PSD. Se queda con el rótulo de *operación de retoque*, aunque no debe entenderse que se trate de órdenes irrelevantes.

La *quinta expresión de exploración conceptual* se puede apreciar en el caso Bellacruz. La Sala decidió darle trámite urgente al recurso de apelación para que los demandantes pudieran tener una pronta decisión definitiva. No encontramos antecedentes de la medida en ningún otro fallo de los que tomamos como ejemplares.

Si bien el juez fue coherente con la exigencia conceptual (línea de fuga) de brindar soluciones judiciales oportunas a la PSD, pensamos que la medida no representa una alteración trascendental en la estructura de la REPE. En ese orden, la calificamos como *operación de retoque*.

Después de este balance persiste la pregunta: ¿tuvimos algún cambio de paradigma en la REPE con la proliferación de propuestas teóricas (líneas de fuga teórica) después del ECI?

La respuesta es no. Para hablar de un *cambio de paradigma* en este sentido tendríamos que haber encontrado una serie de *descubrimientos* que alteraran toda la matriz disciplinar de la REPE: conceptos, creencias y valores. Lo que hallamos fueron algunos descubrimientos pero solo frente al concepto de reparación. Podríamos pensar en un cambio del paradigma de la reparación, pero no de la responsabilidad estatal.

No obstante, afirmar el cambio de paradigma de la reparación resulta muy aventurado en el contexto de nuestro estudio. Tenemos dos razones. La primera, es que no brotó de la explosión teórica surgida con la declaratoria del ECI por DEFO. La segunda, que se trata de un cambio insuficiente para las víctimas del desplazamiento.

En primer lugar, ninguno de los descubrimientos en torno a la reparación se inspiró directamente en las propuestas teóricas que brotaron después de la declaratoria del ECI en 2004. Todos bebieron de las páginas de sentencias de la Corte Constitucional o del propio Consejo de Estado. Ninguna relacionada con el desplazamiento, ni con la hazaña de la T-025. Ningún ajuste tuvo su génesis inmediato en la urdimbre de enfoques que describimos en el capítulo segundo.

Este hallazgo nos deja preocupados. Evidencia que las explicaciones de los teóricos tienen poco eco (por no decir nulo) en las sentencias del juez de lo contencioso administrativo. La misma preocupación nos queda frente a la declaratoria del ECI por DEFO. Tampoco alcanzó a filtrarse entre las líneas de la Sección Tercera. ¿Serán argumentos tan complejos que por lo mismo resultan poco “audibles”? ¿Será una creencia arraigada en el juez la que lo lleva a pensar en lo inútil que resulta explorar la producción teórica sobre desplazamiento? Las respuestas requieren fuerzas y herramientas que no tenemos en este momento.

En segundo lugar, afirmar que los descubrimientos del Consejo de Estado representan un cambio del paradigma de la reparación suficiente, sería ignorar aquellas exigencias teóricas que se quedaron pendientes. Pensar que hubo una revolución científica por el hecho de que los remedios contra el daño ahora tienen alcance colectivo y simbólico, sería conformarnos con un concepto pequeño, que no le daría la talla al reto que representa sanar las heridas del desplazamiento en un contexto como el colombiano.

Recordemos que buena parte de las exigencias que hace la academia se orientan hacia una reparación que transforme la condición de vulnerabilidad y marginación estructural de las víctimas. De manera que no basta con ofrecer medidas colectivas o de justicia restaurativa. Se necesitan además remedios con enfoque diferencial, de impacto

regional, más participativos, que corrijan el desajuste temporal de las sentencias al que ya nos acostumbraron los jueces.

Un buen día un comensal exigente entró al restaurante y su cocinero se esmeró en atenderlo. Sirvió en los manteles como lo había hecho durante los últimos veinte años pero no le prestó mucha atención a su reacción. Cuando el invitado probó el primer bocado dejó ver su insatisfacción: levantó la mano para llamar a la mesa.

Antes de que el comensal pudiera decirle algo, el chef recogió los platos y se incorporó en su cocina. Sólo arregló los ingredientes de la sopa como se lo recomendó su abuelo, que también había trabajado en las maravillosas artes culinarias. Sin preguntarle al invitado, sirvió nuevamente. En el segundo sorbo el convidado se levantó furioso de la mesa y no volvió jamás. Lo que nadie se explica es la sonrisa de satisfacción que le quedó al cocinero.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abramovich, Víctor. Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
2. _____. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 2007, 9, (1), pp. 9-33.
3. ACNUR, *Comunicado de prensa: Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa, 7 de mayo de 2007*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/recursos/informacion-sobre-pais-de-origen/detalle-documento-coi/recomendacion-de-criterios-de-reparacion-y-de-proporcionalidad-restaurativa/> Visita del 22 de abril de 2013.
4. Alessandri, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, Editar Editores, Santiago, 1983, pp. 533 y ss. En: Duque, José (compilador). *Del daño*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 497-510.
5. Álvarez, Óscar. *Estado social de derecho, Corte Constitucional y desplazamiento forzado en Colombia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.
6. Amado, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. En *Controversias constitucionales*/Fabricio Mantilla (coordinador). Editorial Universidad del Rosario Bogotá, 2008, pp. 24-69.
7. Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.
8. Araujo-Oñate, Rocío Mercedes, “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”. *Revista Estudios Sociojurídicos*, 2011, 13(1), pp. 247-291.
9. Arenas, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*, Legis, Bogotá, 2007.
10. Arenas, Hugo. *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano luego de la Guerra Civil de 1876-1877*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
11. _____. *El régimen de responsabilidad objetiva*, Legis, Bogotá, 2013.

12. Atehortúa, Adolfo y Rojas, Diana. “La política de consolidación de la seguridad democrática: balance 2006 – 2008”. En: *Revista Análisis Político*, Número 66, mayo - agosto de 2009. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – IEPRI- Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009., pp. 59 – 80.
13. Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México D.F., 2005.
14. Barreto, Alejandro. *La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo*. Tesis de Maestría, Universidad de los Andes, Bogotá, 2004.
15. Barreto, Antonio. *Venturas y desventuras de la regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2011.
16. Beladiez, Margarita. *La vinculación de la administración al derecho*, en: *Revista de Administración Pública*, num. 153, sept – dic/2000, pp. 315-349.
17. Bello, Martha. El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación de capital y exclusión social. En: *Desplazamiento forzado. Dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo*. Agencia de la ONU para los refugiados –ACNUR- Universidad Nacional de Colombia, primera edición, Bogotá, 2004, pp. 19 – 30.
18. Barreto, Antonio. *Venturas y desventuras de la regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2011.
19. Bermúdez, Martín. El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal. En: *Temas de derecho administrativo contemporáneo* –Jaime Vidal (coordinador), Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 306 - 338.
20. _____. *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
21. Bernal, Carlos. La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En: *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado, Bogotá, 2005, pp. 95 – 111.
22. Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1999.

23. Bodenheimer, Édgar. *Teoría del derecho* (traducción de Vicente Herrera), Fondo de Cultura Económica, México:FCE, 2010, pp. 56-71.
24. Botero, Luis. *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá, LEGIS, 2007.
25. Bustamante, Álvaro. *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Leyer, 2003.
26. Bustamante, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
27. Cancado, Antonio. Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal. En: *Revista Estudios Sociojurídicos*, junio de 2006, Volumen 8, No. 1, Bogotá, Universidad del Rosario, pp. 15 – 36.
28. Cansino, Miguel. *Responsabilidad civil de la administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 193-234.
29. Cassagne, Juan. Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el alcance de la reparación. En: Cassagne, Juan Carlos (coordinador), *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, pp. 45-65.
30. Cerda, Hugo. *Los elementos de la investigación. Cómo reconocerlos, diseñarlos y construirlos*, Editorial El Búho, Bogotá, 1998.
31. Chalmeta, Gabriel. *La justicia política en Tomás de Aquino. Una interpretación del bien común político*, Eunsa, Navarra, 2002.
32. Chinchilla, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* -2 edición- Temis, Bogotá, 2009.
33. Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. Proceso Nacional de Verificación. Noveno Informe a la Corte Constitucional: *Declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional respecto de la situación de la población desplazada*, 15 de octubre de 2008. Disponible en internet en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=56&dir=ASC&order=date&Itemid=51&limit=10&limitstart=10. Visitada el uno (1) de octubre de 2010.
34. _____, *Séptimo informe de verificación sobre el cumplimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento*, Bogotá, octubre de 2008. Disponible en internet en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52. Visitada el quince (15) de octubre de 2010.

35. _____, *Décimo Primer Informe: Cuantificación y valoración de las tierras y los bienes abandonados o despojados a la población colombiana en Colombia. Bases para el desarrollo de procesos de reparación*, Bogotá, 2009. Disponible en: <http://www.nrc.org.co/docs/XIinformecomisiondeseguimientopppdeno2009.pdf>. Visita del 28 de abril de 2010.
36. _____, *Lineamientos para la formulación de la política pública de vivienda para la población desplazada*, Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado, Bogotá, enero de 2010. Disponible en internet en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52. Visitada el cuatro (4) de enero de 2011, p. 25.
37. _____. *Tercer informe de verificación sobre el cumplimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento*, CODHES, Bogotá, diciembre de 2010. Disponible en internet en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52. Visitada el tres (3) de enero de 2011.
38. _____. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reconocer y resarcir debidamente los daños y perjuicios*, volumen 10, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado –CODHES–, Bogotá, 2011, pp. 111-168.
39. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES–, *Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisibilizada* CODHES INFORMA. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 79 - Bogotá, Quito, Marzo de 2012, Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/CODHES_Informa_79_Desplazamiento_creciente_y_crisis_humanitaria_invisibilizada_Marzo_2012.pdf?view=1. Visita del 14 de febrero de 2013.
40. _____, *Desplazamiento creciente y crisis humanitaria invisibilizada* CODHES INFORMA. Boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Número 80 - Bogotá, Quito, diciembre de 2012, Disponible en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=64&Itemid=50 Visita del 31 de mayo de 2013.
41. Cortés, Édgar. El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de los modelos europeos.

En: *Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 333-349.

42. _____. Moreno, María. *Daño no patrimonial y desplazamiento forzado en Colombia. El papel de la responsabilidad civil. En: Cátedra UNESCO. Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El Desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia – primera edición, Bogotá, 2007., pp. 251 – 273.
43. _____. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
44. _____. Constitución y responsabilidad una relación ambivalente. En: *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello des Juristes Franco – Latinoamericans*. Larroumet, Christian (Director) & Ríos, Sebastián (Coordinador), Association Andrés Bello des Juristes Franco – Latinoamericans - Universidad Externado de Colombia – Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 527-535.
45. Cortés, Johanna. *Análisis de la atención a la población desplazada por la violencia desde el punto de vista presupuestal*. Universidad del Rosario, Tesis de grado para optar por el título de Abogado, Bogotá, 2005.
46. Cuadros, Oscar. *Responsabilidad del Estado: fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*. Abeledo Perrot, 2008.
47. Cuello, Gustavo. *El daño especial, como título de imputación de la responsabilidad del Estado*, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2009.
48. Dangond, Jorge. Responsabilidad extracontractual del Estado. En: López, Jairo. *Responsabilidad extracontractual del Estado, ochenta años de jurisprudencia*, 2º edición, Ediciones Lex, Bogotá, 1981, pp. 481-524.
49. De Ángel, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
50. _____. *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusta, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

51. De Coulanges, Fustel. *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho, las instituciones de Grecia y Roma* (Traducción de Cigés Aparicio). Editorial Panamericana, Bogotá, 2001.
52. De Cupis. *El Daño. Traducido por Ángel Martínez Sarrión*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1970.
53. Deng, Francis. *Informe Amplio preparado por el Señor Francis M. Deng, Representante del Secretario General sobre las cuestiones de Derechos Humanos relacionadas con los desplazados internos, de conformidad con la Resolución 1992/73 de la Comisión de Derechos Humanos*. UN Doc. E/CN.4/1993/35, 21 de enero de 1993. Disponible en internet en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/105/98/IMG/G9310598.pdf?OpenElement>. Visitada el cuatro (4) de junio de 2010.
54. _____, *Los desplazados internos Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis Deng, presentado en cumplimiento de la resolución 1993/95 de la Comisión de Derechos Humanos Adición Estudio de casos de desplazamiento: Colombia*. Doc. E/CN.4/1995/50/Add.1. de 3 de octubre de 1994. Disponible en internet en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/144/45/PDF/G9414445.pdf?OpenElement>. Visitada el cuatro (4) de junio de 2010.
55. _____, *Guiding Principles on Internal Displacement*. En: *International Migration Review*, Vol. 33, No. 2 (Summer, 1999), pp. 484-493., The Center for Migration Studies of New York, Inc. Disponible en internet: <http://www.jstor.org/stable/2547706>. Visitada el trece (13) de mayo de 2010.
56. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit –GTZ–. *Daño y reparación judicial en el ámbito de la ley de Justicia y Paz*, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2010, pp. 261-266.
57. Díez-Picazo, Luis. La culpa en la responsabilidad civil extracontractual. En: De Ángel, Ricardo & Yzquierdo, Mariano. *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 101-120.
58. Dueñas, Óscar. *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
59. _____. *Desplazamiento interno forzado: un estado de cosas inconstitucional que se agudiza. Efectos de la sentencia T – 025 de 2004 de la Corte Constitucional*. Universidad del Rosario. Colección textos de jurisprudencia, Bogotá, 2009.

60. Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho Público*. Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaen, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, pp. 303 - 369.
61. Elster, Jon. Land, Justice and Peace. In: *Distributive Justice in Transitions*. Mortem Bregmsmo, César Rodríguez, Pablo Kalmanovitz and María Paula Saffón (editors), Torkel Opsahl Academic E Publisher and Peace Research Institute Oslo, Oslo, 2010, pp. 12-23.
62. Esguerra, Juan. *La protección constitucional del ciudadano*, Legis, Bogotá, 2004.
63. Estevill, Luis Pascual. *Derecho de daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*. Tomo I, Bosch, Barcelona, 1995.
64. Fernández, Carlos. Breves reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del derecho. En: *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo, Tomo II*. Diké, Medellín, 2011, pp. 1355-1373.
65. Flórez, Miguel. *La responsabilidad estatal y el desplazamiento forzado*. Tesis de grado, Especialización en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.
66. Franco, Catalina & Hernández, Alier. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.
67. Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo (traductoras), Siglo del Hombre, Bogotá, 1997, pp. 3-53.
68. _____. La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento, participación. En: *Estudios Ocasionales CIJUS. Cátedra Ciro Angarita Barón*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pp 9-29.
69. _____. *Escalas de justicia. Antoni Martínez Rui (Traductor)*, Herder, Barcelona, 2008, p. 15-64.
70. Fueyo, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

71. García de Enterría, Eduardo., & Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo. T. II.* Bogotá - Lima: Temis – Palestra, 2008.
72. García, Fernando. *Fundamentación ideológica de la responsabilidad sin falta en el derecho público colombiano*, Tesis de Maestría, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.
73. García Villegas, Mauricio. Justicia, mercado y democracia: un examen crítico de las teorías económicas sobre el (in) cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y al democracia. En: *¿Justicia ¿para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, editorial Norma, Bogotá, 2006.
74. _____Saffón, María Paula. Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 2011 (1), pp. 75-107.
75. Garrido, Lidia. *Los daños colectivos*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.
76. Garrido, Lidia. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad colectiva, En *Universitas*, Bogotá, No. 118, 61-80, enero-junio de 2009. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n118/n118a03.pdf>, Visita del 1 de sept de 2013.
77. Gaviria, Enrique. *Derecho Internacional Público*, quinta edición, Bogotá, TEMIS, 1998
78. Gherzi, Carlos. *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 7-81.
79. Gherzi, Carlos. *Teoría general de la reparación de daños. Análisis epistemológico del daño económico y extraeconómico. Relación de causalidad y factores de atribución. Violación de confianza. Tercerización. Abuso de marca. Incumplimiento de tratados internacionales. Apéndice jurisprudencial*, Bogotá, Astrea-Universidad del Rosario, 2013.
80. Gil, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Librería Jurídica Comlibros, Bogotá, 2006.
81. _____. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Cuarta edición-* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.

82. _____. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Quinta edición-* Temis, Bogotá, 2011.
83. _____. *Responsabilidad extracontractual del Estado -Sexta edición-* Temis, Bogotá, 2013.
84. Giraldo, César. *Finanzas públicas en América Latina. La economía política*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2005.
85. Giraldo, Luis. *La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
86. Goldenberg, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
87. Gómez, Gustavo, *Derecho administrativo*, ABC Editores, Bogotá, 2004.
88. Gómez, Jaime. *Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia. Aplicaciones, presunciones e interpretaciones jurisprudenciales. Crisis en el sistema judicial contencioso administrativo de la conciliación*. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2003.
89. Gómez, Marcos. *La inactividad de la administración*, Aranzadi editorial, Madrid, 2000.
90. González Fernán, *Conflicto Violento en Colombia: una perspectiva de largo plazo*. Revista Controversia, N° 181 de Febrero de 2004. En: www.cinep.org.co/revistas/controversia, Visitada el 22 de Junio de 2006.
91. _____. ¿Una historia violenta? Continuidad y rupturas de la violencia política en las guerras civiles del siglo XIX y la violencia del siglo XX. En J. F. Ocampo, *Historia de las ideas políticas en Colombia. De la independencia hasta nuestros días*, Taurus, Bogotá, pp. 299-344.
92. Guadarrama, Pablo. *Dirección y asesoría de investigación científica*. Bogotá, Investigar Magisterio, 2009.
93. Guataquí, Juan. “La dimensión del desplazamiento en Colombia: la problemática del sistema de registro y caracterización de la población desplazada”. En: *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en*

Colombia (César Rodríguez coordinador), Bogotá, Ediciones Uniandes – ACNUR – ASDI, 2009, pp. 39 – 71.

94. Guechá, Ciro. *Derecho procesal administrativo. Primera parte*, Universidad Santo Tomás Tunja – Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004, pp. 65-98.
95. Guitrón, Julián. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil? En: Kemelmajer (coord.). *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2007, pp. 99-114.
96. Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987.
97. Henao, Juan Carlos. Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En: *II Jornadas colombo-venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 732-802.
98. _____. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
99. _____. “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés”. En: *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría. 1963-2003, Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. p. 57 – 114.
100. _____. De tal derecho lesionado tal acción. En: *V Jornadas de derecho constitucional y derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 486-541.
101. _____. De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios. En: *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho –Estudios en homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo– Tomo I* (coordinado por: Maximiliano Aramburo). Biblioteca Jurídica Diké – Universidad Pontificia Bolivariana – Pontificia Universidad Javeriana-, Medellín, 2011, pp. 139-163.
102. Hernández, Alier. Principio de responsabilidad y responsabilidad del estado por daños causados por actos terroristas. En: *La constitucionalización de las sociedades contemporáneas*. Universidad Santo Tomás. Bogotá, 2007. pp. 157 a 176.

103. Herrera, Camila. Fundamentos filosóficos de la responsabilidad jurídica. Apuntes desde el realismo jurídico clásico. En: Escobar, Lina & Monsalve, Vladimiro (editores). *La responsabilidad. Una mirada desde lo público y lo privado*, Ediciones Uninorte – Universidad de la Sabana – Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 285-305.
104. Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
105. Huici, Laura. *El hecho internacionalmente ilícito de las Organizaciones internacionales. El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 47 - 71.
106. Hurtado, María. El análisis de género del desplazamiento forzado. En: *¿Justicia Desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*, Bogotá, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer –UNIFEM–, 2009, p. 266. Disponible en internet en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=738. Visitada el seis (6) de abril de 2010.
107. Ibáñez, Ana María. *El impacto del desplazamiento forzado en Colombia: condiciones socioeconómicas de la población desplazada, vinculación a los mercados laborales y políticas públicas. Serie Políticas Sociales*. Bogotá, Comisión Económica para América Latina –CEPAL–, 2008.
108. _____. *El desplazamiento forzado en Colombia. Un camino sin retorno hacia la pobreza*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2009.
109. Jolly, Jean. Territorialidad y sectorialidad de las políticas públicas. Aspectos analíticos y utilidades normativas de un esquema de análisis de las políticas públicas en el territorio. En: *Ensayos sobre políticas públicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 289-349.
110. Josserand, Louis. *Del abuso del derecho y otros ensayos*, Temis, Bogotá, 1982.
111. Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Calsamiglia, Albert (traductor), Ariel, Barcelona, 1982, pp. 35-63.
112. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho (Cap I) – 4 ed.*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2005.

113. Koteich, Milagros. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
114. Kuhn, Thomas Samuel. *La estructura de las revoluciones científicas*; trad. de Carlos Solís Santos. -2 ed.- México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2004.
115. _____ . *Segundos pensamientos sobre paradigmas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978.
116. Lair, Eric. Transformaciones y fluidez de la guerra en Colombia: un enfoque militar. En: *Violencias y estrategias colectivas en la región andina. Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela*, Norma, Bogotá, 2004, pp. 105 – 143.
117. _____. El Terror, recurso estratégico de los actores armados. En: *Guerra en Colombia: Actores Armados*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales –IEPRI-. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004, pp. 131 – 161.
118. Larrañaga, Pablo. *El concepto de responsabilidad*, Biblioteca Jurídica de Ética y Filosofía del Derecho y Política, Fontanamara, Ciudad de México, 2000.
119. Londoño, Beatriz. Corte Constitucional y justicia social: el caso de los desplazados en Colombia. En: Molina, Carlos (Compilador). *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho*, Universidad de Medellín, Medellín, 2007, pp. 213-240.
120. Londoño, Beatriz. Carrillo, Arturo. *Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos / Beatriz Londoño Toro - Arturo Carrillo (editores)*.1 ed. Bogotá: Defensoría del Pueblo - The George Washington University Law School - Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010. Disponible en: <http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/accionesGrupo.pdf> Visita del 4 de junio de 2013.
121. López, Carlos. *La acción de grupo: mecanismo adecuado y efectivo para reparar graves violaciones a los derechos humanos*, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
122. López, David. “¿Reparar o sostener? Eficacia simbólica del derecho en la ley de víctimas”, *Revista Escenarios Sociojurídicos*, No. 6., año 2012. Disponible en: <http://www.redsociojuridica.org/escenarios/edicion-6/REPARAR%20O%20SOSTENER%20EFICACIA-SIMBOLICA-DEL-DERECHO-EN-LA-LE-%20DE-VICTIMAS.pdf> Visita del 28 de mayo de 2013.

123. López, Diego. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004.
124. _____. *El derecho de los jueces* (segunda edición), Legis, Bogotá, 2006.
125. López, Diego. Alviar, Helena. Rodríguez, César. *Estudio diagnóstico de la actividad litigiosa de la Nación en su componente transversal “gestión jurídica de la nación” (Informe final de investigación presentado al Ministerio del Interior y de Justicia) ¿Justicia Mediante Litigio? Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia-, Bogotá, 2007.
126. López, Julián Daniel. Bateman, Alfredo. Vengoechea, Juliana. López, Juanita. *La garantía de los derechos sociales*, Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.
127. _____ & Acosta, Juana. Asistencia estatal a los desplazados y reparaciones en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos. *Revista International Law*, 2006, 8, pp. 161-194. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/cjuridicas/pubrev/documents/lopez-4000.pdf>. Recuperado el 5 de junio de 2011.
128. López, Marcelo. *Elementos de la responsabilidad civil*, Pontificia Universidad Javeriana – Biblioteca Jurídica Díké, Bogotá, 2009.
129. _____. Balance y perspectivas de la responsabilidad civil en el derecho moderno. En: Celis, Javier (coord.), *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Biblioteca Jurídica Díké – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 23-120.
130. López, Miguel. “Examen general de los alcances de la responsabilidad patrimonial del Estado en la política pública de desplazamiento forzado”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 451-487.
131. Lorenzetti, Ricardo. Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivo. En: *Revista Responsabilidad civil y seguros, No. 10: Homenaje al Profesor Atilio Aníbal Alterini/* coordinado por Fulvio Santarelli y Fernando Sagarna, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 234-245.

132. Malagón, Miguel. *Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
133. Marienhoff, Miguel. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del derecho público*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996.
134. Molina, Fernando. Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad). En: *La responsabilidad en el Derecho*. Pantaleón, Fernando (coordinador). Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4 (2000), Universidad Autónoma e Madrid, Madrid, 2001, pp. 57-137.
135. _____. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo IV, Abeledo Perrot (sexta edición), Buenos Aires, 1997
136. Martínez, Gilberto & Tamayo, Catalina, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Temis, undécima edición, Bogotá, 2003.
137. Meertens, Donny. Entre la vulnerabilidad y la reconstrucción: mujeres desplazadas en la costa Caribe colombiana. En: *Violencias y estrategias colectivas en la región andina. Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela*, Bogotá, Norma, 2004, pp.600-625.
138. Meertens, Donny. La tierra, el despojo y la reparación: justicia de género para mujeres víctimas en Colombia. En: *¿Justicia Desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*, Bogotá, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer –UNIFEM-, 2009, pp. 197 - 225. Disponible en internet en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=738. Visitada el seis (6) de abril de 2010.
139. Mir Puigpelat, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.
140. Mondragón Báez Héctor Hernán. *La Organización Campesina en un Ambiente de Terror. Cuadernos Tierra y Justicia*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos –ILSA-; Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo -ASDI- Secretariado Nacional de Pastoral Social. Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional –IDEA-, Bogotá, Agosto de 2002.
141. Montes, Cristobal. *La estructura y los sujetos de la obligación*, Editorial civitas, 1998.

142. Moreso, José. Casanovas, Pompeu. *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994.
143. Mosset, Jorge. Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones. En: Bueres, Alberto (director), *Responsabilidad por daños*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 28-50.
144. Navia, Felipe. “La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio-diciembre de 2000, (6), pp. 211-231.
145. _____. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
146. Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho* (segunda edición), Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 382-416.
147. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Resolución 56/83 Documento: A/56/PV.85 12 dic. 2001 sin votación*. Disponible en internet en: http://www.un.org/Depts/dhl/spanish/resdecls/res56_1s.htm. Visitada el cuatro (4) de noviembre de 2010.
148. _____, Comisión de Derechos Humanos. *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Documento E/CN.4/2005/102*, 18 de febrero de 2005, Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contrainpunidad.pdf>, Visita del 5 de marzo de 2013.
149. _____, Asamblea General, *Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006. Disponible en: http://cms.onic.org.co/wp-content/uploads/downloads/2012/03/Principios_y_directrices_basicos_sobre_reparacion.pdf* Visita del 5 de febrero de 2013.
150. Orjuela, María Alejandra. López, Miguel. *Desplazamiento forzado y sostenibilidad fiscal: entre la solidaridad y la sostenibilidad*, Red Universitaria para el

Estudio de la Fraternidad, Santiago de Chile, 2011. Disponible en: biblioteca/efcf0e72b85a195b984568a192d3ad29.pdf Visita del 16 de junio de 2013.

151. Paillet, Michel. *La responsabilité administrative*. Traducción y estudio introductorio de Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera reimpresión, 2003.
152. Pantaleón, Fernando. Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas). En: De Ángel, Ricardo & Yzquierdo, Mariano (coord.). *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto Gómez Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp.190-216.
153. Pedraza, Betty. Restrepo, Darío. *Las entidades territoriales en la realización de los derechos de la población desplazada. Limitaciones y posibilidades de los entes territoriales frente al estado de cosas inconstitucional*. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento -CODHES-, Bogotá, 2009.
154. Peirano, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 1981.
155. Peláez, Juan. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Bogotá, Septiembre de 2000.
156. _____. “Los límites del derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia de desplazamiento forzado”. En: *Cátedra UNESCO. Derechos Humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El Desplazamiento forzado interno en Colombia: un desafío a los Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia – primera edición, Bogotá, 2007, pp. 277 – 302.
157. Penagos, Gustavo. *Derecho administrativo*, Tomo II, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1995, pp. 689-700.
158. Peña, Carlos. *Reparación integral. Consideraciones críticas. Una aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediciones Veramar, Bogotá, 2011.
159. Petit, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano* (Traducción de José Fernández), Ediciones Esquilo, Bogotá, 2002.
160. Picasso, Sebastián. Constitucionalización de la responsabilidad civil y reparación integral. En: *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer*

Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des Juristes Franco – Latinoamericans. Larroumet, Christian (Director) & Ríos, Sebastián (Coordinador), Association Andrés Bello des Juristes Franco – Latinoamericans - Universidad Externado de Colombia – Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 517-525.

161. Pizarro, Eduardo. *Elementos para una sociología de la guerrilla colombiana*. En: *Guerra en Colombia: Actores Armados*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales –IEPRI-. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004., pp. 29-75.
162. Pizarro, Rafael. Londoño, Beatriz (Compiladores). *Derechos humanos de la población desplazada en Colombia. Evaluación de sus mecanismos de protección*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.
163. Pizarro, Ramón. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual. Parte General*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006.
164. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-. *Desplazamiento forzado tierras y territorios. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación*. Colección Cuadernos INDH, Bogotá, 2011.
165. Programa Somos Defensores. Efecto placebo. *Informe anual 2012. Sistema de Información sobre Agresiones contra Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en Colombia –SIADDHH-*, Programa Somos Defensores-Asociación Minga, Bogotá, 2012. Disponible en: <http://www.oidhaco.org/uploaded/content/article/1661103593.pdf>. Visita del 3 de marzo de 2013.
166. Quinche, Manuel. *Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
167. Quintana, Juan. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2001.
168. Quintero, Gustavo. Incidencias del Código de Napoleón en la adopción de un criterio de responsabilidad para las personas públicas en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, No. 33, diciembre de 2004, pp. 71-93.
169. _____. La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia: entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica. En: Alviar, Helena

(coordinadora). *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, pp. 231-258.

170. Ramírez, Ana. *Desplazamiento interno forzado en Colombia. Producción académica y política pública*. Documento disponible en internet en: <http://www.udenar.edu.co/viceacademica/CICLOS%20PROPED%20UTICOS/C ONVENIO%20ALCALDIA UDENAR/TALLER%20ASPECTOS%20CURRIC ULAR/DT%20PROYECTO/desplazamiento%20forzado.pdf>. Visitada el trece (13) de mayo de 2010.
171. Rawls, John. *Teoría de la justicia* (segunda edición en español), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997, pp. 17-61.
172. Rebollo, Luis Martín, Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas. En: Moreno, Juan (coord.). *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 539-569.
173. Reglero, Fernando. *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
174. República de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional*. Sesión Comisión No. 1 del seis (6) de mayo de 1992. Bogotá: Presidencia de la República.
175. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 29/jul/1947, C. P.: Gustavo Valbuena, actor: El Siglo.
176. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 6/may/1993, Radicación. No. 7428, C. P.: Julio César Uribe Acosta, actor: John Jairo Meneses Mejía y otros.
177. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 13/abr/2000. Radicación No 11892 C. P.: Ricardo Hoyos; actor: Franklyn Lievano.
178. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 19/jul/2000, Radicación. No. 11842, C. P.: Alier Eduardo Hernández, actor: José Manuel Gutiérrez y otros.
179. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 15/mar/2001, Radicación. No. 11222, C. P.: Alier Hernández, actor: Luis Yela Sambón y otros.

180. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 6/sept/2001, Radicación. No. 13232-15646 (acumulados), C. P.: Alier Eduardo Hernández, actor: Belén González y otros - William Alberto González y otra.
181. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 26/ene/2006, Radicación No. 47001-23-31-000-2002-00614-01(AG), C. P.: Alier Eduardo Hernández, actor: Juan Cãñate y otros.
182. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 26/ene/2006, Radicación. No. 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG)B, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, actor: Jesús Emmel Jaime Vaca y otros.
183. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 16/mar/2006, Radicación No. 19001-23-31-000-2002-01472-01, C. P.: María Helena Giraldo Gómez, actor: William Ángel Quina y otros.
184. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 5/jul/2006, Radicación. No. 14686, C. P.: Mauricio Fajardo, actor: Etelvina Mariela Romo y otros.
185. _____, Consejo de Estado. S 3. Sentencia del 3/may/2007. Exp. 16209. C. P.: Ramiro Saavedra. Actor: Sociedad Iskra Stevci.
186. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 190012331000200300385-01, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Antonio María Ordóñez Sandoval y otros.
187. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 15/ago/2007, Radicación. No. 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG), C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, actor: Yudy Esther Cáceres y otros.
188. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 30/ago/2007, Radicación. No. 15724, C. P.: Ramiro Saavedra, actor: Oswaldo Pérez Barrios y otros.
189. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 20/feb/2008, Radicación. No. 16996, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: María Delfa Castañeda y otros.
190. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 19/ago/2009, Radicación. No. 18364, C. P.: Enrique Gil, actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros.
191. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 18/feb/2010, Exp. No. 18.436 (reparación directa), C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Manuel Narváez Corrales y otros.

192. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 18/feb/2010, Radicación. No. 17179, C. P.: Ruth Stella Correa, actor: Berenice Serenia Peña y otros.
193. _____, Consejo de Estado. S3. Sentencia del 9/jun/2010 Radicación. No.19849, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: José William Rico Mendoza y otros.
194. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 30/mar/2011, Radicación. No. 33238, C. P.: Jaime Orlando Santofimio, Actor: Asdrúbal Cárdenas Muñoz y otros.
195. _____, Consejo de Estado. S3. Sentencia del 25/may/2011 Radicación. No.18747, C. P.: Jaime Orlando Santofimio, actor: Dalila Castro de Molina y otros.
196. _____, Consejo de Estado, S. 3. Sentencia del 28/may/2012, C. P.: Enrique Gil Botero, actor: Noelia Ospina y otros.
197. _____, Corte Constitucional, Salvamento de voto a la sentencia C -263 – 1996. Magistrado: Eduardo Cifuentes Muñoz.
198. _____, Corte Constitucional, sentencia C-1062 de 2000. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
199. _____, Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes.
200. _____, Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
201. _____, Corte Constitucional, Sentencia T – 327 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
202. _____, Corte Constitucional, Sentencia C-569 de 2004, M.P.: Rodrigo Urpimny Yepes.
203. _____, Corte Constitucional, Aclaración de voto a la sentencia T-654 de 2004, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
204. _____, Corte Constitucional, sentencia T – 025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda.

205. _____, Corte Constitucional, sentencia T-576/2008, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
206. _____, Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. MM.PP: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.
207. _____, Corte Constitucional, sentencia C-241 de 2009, M.P.: Nilson Pinilla.
208. _____, Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento, Auto 008 de 2009, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.
209. _____, Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento, Auto 385 de 2010, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas.
210. _____, Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento, Auto 219 de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas.
211. _____, Corte Constitucional, Sentencia C-715 de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas.
212. _____, Corte Constitucional, Sentencia C-099 de 2013. M.P.: María Victoria Calle.
213. _____, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, S. del 30/jun/1962 –Gaceta XCIX-87. Publicada en: República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Antología jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886-2006*, Tomo I, Bogotá, 2007, pp. 520-537.
214. _____, Departamento Nacional de Planeación, *Documento CONPES 2804. Ministerio del Interior – Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, DNP: UJS – DEGAI “Programa Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia”* (13 de septiembre de 1995). Disponible en internet: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Biblioteca/Catalogoenl%C3%ADnea/tabid/523/Default.aspx>. Visitada el 4 de junio de 2010.
215. _____, Departamento Nacional de Planeación, *Documento CONPES 3712: Plan de Financiación para la sostenibilidad de la ley 1448*, Bogotá, 1 de diciembre de 2011, Disponible en:

<http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=tbxvV6M0DGg%3D&tabid=1080> Visita del 31 de agosto de 2012.

216. _____, Observatorio de Justicia Constitucional. *Tres lustros de jurisprudencia constitucional. Primer informe del observatorio de justicia constitucional marzo de 1992-febrero de 2007*, Tomo I, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2009, pp. 230-253.
217. Restrepo, Esteban. ¿Cómo garantizar justicia a los desplazados? El desplazado como paria. La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia. En: *Más allá del Desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* – César Rodríguez (coordinador), Ediciones Uniandes – ACNUR - ASDI, Bogotá, 2009, pp. 293 – 430.
218. Restrepo, Manuel. Younes, Diego. Ruiz, Flor Alba. Tavera, María. *Dimensión de la congestión en la jurisdicción administrativa. Análisis y propuestas de solución*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009
219. Restrepo, Ofelia. *Elementos para el análisis del desplazamiento forzado en Colombia*. Disponible en internet en: http://www.migracionesforzadas.org/pdf/RMF12/RMF12_38.pdf. Visitada el dieciocho (18) de mayo de 2010.
220. Reyes, Alejandro. *Guerreros y campesinos*, Bogotá, Norma, 2009.
221. Rincón, Tatiana. *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
222. Riveros, Héctor. “La eficacia de los derechos de la población en situación de desplazamiento: un desafío para la aplicación de los principios constitucionales de organización territorial”. En: Rodríguez, César (coordinador). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. ediciones Uniandes – ACNUR - ASDI, Bogotá, 2010, pp. 261 a 291.
223. Roca, Encarna. Derecho de daños, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 171 y ss. En: Duque (compilador). *Del daño*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 5-19.

224. Rodríguez, Andrés. Uprimny, Rodrigo. *Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación*, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2008.
225. Rodríguez, César. Alfonso, Tatiana. Cavelier, Isabel. *El desplazamiento afro. Tierra, violencia y derechos de las comunidades negras en Colombia*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.
226. _____, Rodríguez, Diana. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional. En: *Más allá del Desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* – César Rodríguez (coordinador), Ediciones Uniandes – ACNUR - ASDI, Bogotá, 2009, pp. 14 – 35.
227. _____, Más allá del desplazamiento, o cómo superar el estado de cosas inconstitucional. En: *Más allá del Desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* – César Rodríguez (coordinador), Ediciones Uniandes – ACNUR - ASDI, Bogotá, 2009, pp. 434 - 492.
228. _____, Rodríguez, Diana. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2010.
229. _____, Orduz, Natalia. Rubiano, Sebastián. Boada, Sebastián. Arias, Felipe. *Pueblos indígenas y desplazamiento forzado. Evaluación del cumplimiento del Gobierno colombiano del auto 004 de la Corte Constitucional colombiana*, Universidad de Los Andes, 2010. Disponible en: <http://www.justiciaglobal.info/docs/fa2.pdf> Visita del 01 de marzo de 2013.
230. Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*, 16^o edición, Temis, Bogotá, 2008, pp. 511-522.
231. Ruiz, Wilson. “Responsabilidad del Estado frente al desplazamiento forzado”. En: *Responsabilidad del Estado frente a: Estado legislador, medios de comunicación, responsabilidad fiscal, desplazamiento forzado, actos terroristas* – 1^a edición. ECOE Ediciones, Bogotá, 2008, pp. 145 a 182.
232. Saavedra, Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública* – primera edición. Bogotá, ediciones Gustavo Ibáñez, 2005.
233. Sabino, Carlos. *El proceso de Investigación*, Editorial Panamericana, Bogotá, 1997.

234. Santofimio, Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Tomo II*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
235. _____. *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
236. Sarmiento, Manuel. *Estudios de responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
237. Schapp, Jan. *La libertad en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1998.
238. Sen, Amartya. *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos. Lamprea, Everaldo (Traductor)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
239. Sepúlveda, José. *Responsabilidad del Estado por el desplazamiento forzado. Tesis de grado para optar por el título de especialista en instituciones jurídico procesales*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002.
240. Serrano, Luis. *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2011.
241. SNAIPD. *Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004*. 1 de julio de 2010. Recuperado el 20 de febrero de 2011, de www.acnur.org: <http://www.acnur.org/pais/docs/2813.pdf?view=1>
242. Solarte, Arturo. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. En: Celis Javier (coordinador). *Tendencias de la responsabilidad civil en el Siglo XXI*. Biblioteca jurídica Diké – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 121 – 155.
243. Suárez, David. Las consecuencias morales del desplazamiento: una demanda por la reconstrucción del <<proyecto de vida>>. En: *Desplazamiento en Colombia. Prevenir, asistir, transformar. Cooperación internacional e iniciativas locales*. Dony Meertens, Cristina Churuca (compiladoras). La Carreta Editores, Medellín, 2010, pp. 277-304.

244. Tamayo, Javier. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Díké, Medellín, 2001.
245. _____. *La responsabilidad del estado. El daño antijurídico (Constitución Política. Artículo 90) el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Legis, Bogotá, 2000.
246. _____. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Legis, Bogotá, 2007.
247. _____. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II, Legis, Bogotá, 2007.
248. _____. Análisis de la interpretación valorista del derecho. En *Controversias constitucionales*/Fabricio Mantilla (coordinador). Editorial Universidad del Rosario Bogotá, 2008, pp. 70 – 135.
249. Tovar, Claudia. *Desplazamiento forzado y acompañamiento psicosocial: a propósito de la emergencia de nuevos actores políticos*. Publicado en: Revista Sparta No. 5 enero – abril de 2006, pp. 147 – 162., Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en internet en: http://sparta.javeriana.edu.co/psicologia/publicaciones/actualizarrevista/archivos/V5N111desplazamiento_forzado.pdf. Visitada el quince (15) de diciembre de 2009.
250. Trujillo Carlos. *Orígenes de las Guerras Civiles en Colombia*. Ediciones Historia y Sociedad, Bogotá – 1931.
251. Uprimny, Rodrigo. *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Bogotá, 1992.
252. _____. Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas. En: *Debate a la Constitución*, ILSA-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 55-72.
253. _____. *¿Existe o no conflicto armado en Colombia?* Disponible en Internet: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=355. Visitada el seis (6) de abril de 2010.

254. Uprimny, Rodrigo & Saffón María Paula. Reparaciones transformadoras. Justicia distributiva y profundización democrática. En: Díaz, Catalina; Sánchez, Camilo; Uprimny, Rodrigo (editores) *Reparar en Colombia. Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Dejusticia, Bogotá, 2009, pp. 31-71.
255. _____ . Distributive justice and the restitution of dispossessed land in Colombia. In: *Distributive Justice in Transitions*. Mortem Bregmsmo, César Rodríguez, Pablo Kalmanovitz and María Paula Saffón (editors), Torkel Opsahl Academic E Publisher and Peace Research Institute Oslo, Oslo, 2010, pp. 379-420.
256. _____ . Sánchez, Nelson. Bolívar, Aura. Concepto jurídico en el proceso T-24060 AC. Respuesta al Oficio UPT-A-460/2010. Corte Constitucional. Accionantes: Saín Aguilar. Accionados: Acción Social, Bogotá, 2010. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&litigio=36, visita del trece (13) de diciembre de 2011.
257. _____ . Sánchez, Camilo. Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En: *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*/Miembros de la mesa de expertos Leonardo Villa Arcila... [et. Al.]; Coordinadora de mesa de expertos Santiago Martínez Castillo –Editora académica Catalina Díaz Gómez, Centro Internacional para la Justicia Transicional –ICTJ- Bogotá, 2010, pp. 193-269.
258. Uribe, María Teresa y otros. *Desplazamiento Forzado en Antioquia 1985 - 1998 – Volumen 0: aproximaciones teóricas*. Secretariado Seccional de Pastoral Social Sección de Movilidad -Universidad de Antioquia, Bogotá, 2001.
259. Valencia, Arturo & Ortiz, Álvaro. *Derecho civil. De las obligaciones* -9 edición-, Temis, Bogotá, 2004.
260. _____ . *Derecho Civil. Parte general y personas* -16 edición-, Temis, Bogotá, 2010.
261. Valencia Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Panamericana Editorial, Bogotá, 2010.
262. Velásquez, Luis. *Bienes* -9 edición-, Temis, Bogotá, 2004, pp. 89-93.
263. Vidal, Jaime. *Derecho administrativo*, 13º edición, Legis, Bogotá, 2008, pp. 470-475.

264. Vidal, Roberto. *Derecho global y desplazamiento interno. Creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el Derecho contemporáneo*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.
265. Villegas, Andrés. La materialización del riesgo inherente y su diferencia con la culpa médica. *Responsabilidad Civil y del Estado*, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Medellín, noviembre de 2008, (24), pp. 9-31.
266. Villoro, Miguel. *Introducción al estudio del derecho – 5 ed.*, Editorial Porrúa, México D.F., 1982., pp. 133-148.
267. Yantén, Diego. *La indeterminación judicial de la responsabilidad extracontractual por “funcionamiento anormal del servicio” en la función administrativa*. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
268. Yzquierdo, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
269. Zabalza, Joaquín. *El derecho objetivo del 25%*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1991.
270. _____. Cárdenas, Alberto. *Tomás de Aquino: el horizonte económico*. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1993
271. _____. Houghton, Teresa. *Tomás de Aquino: el bien y el bien común en economía*. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1996.
272. Zanoni, Eduardo. *La obligación (concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria)*, San Isidro - Pcia de Buenos Aires, Buenos Aires, 1984, pp. 46-81.
273. _____. *El daño en la responsabilidad civil*. Editorial Astrea y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993.
274. Zavala, Matilde. *Responsabilidad por riesgo*, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1997.
275. Zuluaga, Jaime. La guerra interna y el desplazamiento forzado. En: BELLO, Martha y otros. *Desplazamiento forzado. Dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo*. Bogotá, Agencia de la ONU para los refugiados –ACNUR- Universidad Nacional de Colombia, primera edición, 2004, pp. 31 – 47.