

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA*

Sumario. Introducción. 1. Origen y desarrollo histórico de la responsabilidad del Estado en Colombia. 1.1 Los desarrollos de la responsabilidad estatal por parte de la jurisdicción civil. 1.1.1 Los principales desarrollos de la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad estatal en la época de competencia exclusiva (1864-1913). 1.1.2 Las contribuciones de la jurisprudencia de la jurisdicción privada durante el período de conocimiento mixto (1914-1963). 1.2 Antecedentes históricos sobre responsabilidad estatal en la jurisprudencia del Consejo de Estado. 1.2.1 Los desarrollos del Consejo de Estado durante la etapa de conocimiento mixto (1914 a 1963). 1.2.2 El afianzamiento de la responsabilidad estatal durante la etapa de competencia exclusiva por parte del Consejo de Estado (1964 a 1990). 2. La responsabilidad estatal en la actualidad, sus elementos y sus perspectivas de evolución. 2.1 El régimen de responsabilidad vigente en el derecho colombiano. 2.2 Los elementos de la responsabilidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia. 2.2.1 El daño antijurídico. 2.2.2 La imputación. 2.3 Perspectivas de evolución de la responsabilidad del Estado colombiano. 2.3.1 La aplicación del control de convencionalidad. 2.3.2 La introducción del principio de la buena administración. 2.3.3 La reparación integral. 2.3.4 La consolidación de los daños inmateriales y en especial a los daños constitucional o convencionalmente tutelados. 2.3.5 La Responsabilidad medioambiental. 2.3.6 Responsabilidad por daños causados en el conflicto armado interno. Conclusiones. Fuentes. A. Bibliográficas. B. Jurídicas.

INTRODUCCIÓN

LA responsabilidad extracontractual del Estado colombiano inició hace más de 150 años (1), aunque existen algunos antecedentes en la materia (2), con las

* Abogado, Sociólogo y Maestro en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Doctor en Estudios Jurídicos y Comparados de la Universidad de Estudios de Trento. Exmagistrado Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Profesor Principal de Carrera de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.

(1) ARENAS MENDOZA, H. A.: *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, luego de la Guerra Civil de 1876-1877*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2009.

(2) LEIVA RAMIREZ, E.: *La función legislativa en los orígenes de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia*. Tirant lo blanch. Bogotá. 2021.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

decisiones de la Corte Suprema Federal con base en las ideas liberales plasmadas en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 y en otras normas sectoriales, con el propósito de reparar los daños causados por los combatientes en las guerras civiles de la segunda mitad del siglo XIX.

El desarrollo de la responsabilidad continuó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, por ende, la Corte Suprema de Justicia debido a los cambios introducidos en la Constitución Política de 1886 y tomando como fundamento el régimen establecido en el Código Civil de 1887 vio ampliado su conocimiento en materia de responsabilidad estatal a diversas temáticas del derecho de daños.

Con base en la posibilidad establecida en la Constitución de 1886, en 1914 se instauró la jurisdicción contenciosa con lo que se inició el periodo de conocimiento mixto, atribuyéndole al Consejo de Estado los procesos de responsabilidad por los daños causados con ocasión de las guerras y en 1918 también resolvería los casos de daños causados por la ejecución de actos administrativos.

En 1941 aumentó la competencia de la jurisdicción especial por la expedición del Código Administrativo Ley 167 de 1941 cuando el legislador le dio competencia también sobre temas de obras públicas (1). El Consejo de Estado se fortaleció en 1957 cuando se equiparó su jerarquía a la de la Corte Suprema de Justicia (2) y con el Decreto 528 de 1964 todos los temas de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, van a ser competencia del derecho administrativo (3).

La etapa de conocimiento exclusivo por parte del Consejo de Estado se mantuvo en el Decreto 01 de 1984, la Constitución de 1991 y en la Ley 1437 de 2011, por lo que en la competencia en materia de responsabilidad extracontractual estatal corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa.

En la actualidad es el artículo 90 de la Constitución el que, dentro del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho (4), establece el régimen de responsabilidad del Estado, la acción de reparación directa quedó consagrada en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 y estos lineamientos han sido desarrollados en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia. Así mismo, el ordenamiento jurídico colombiano ha tenido que relacionarse con el derecho internacio-

(1) ARENAS MENDOZA, H. A.: *Un siglo de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ibáñez, Bogotá, 2015. pp. 56-73.

(2) El artículo 12 del texto indivisible incluido en el Decreto legislativo 247 de 1957 quedará así: Artículo 12. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán paritarios. [...]» Decreto Ley 1251 de 1957.

(3) «No obstante es importante aclarar que las diversas soluciones jurisprudenciales acogidas no sucedieron en forma secuencial: por el contrario, coexistieron por largos periodos, ya que la Corte Suprema regresaba constantemente a unas u otras sin abandonar ninguna hasta el año de 1914 en que la competencia en la materia pasó definitivamente al Consejo de Estado». SAAVEDRA BECERRA, R.: *De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo I*. Ibáñez. Bogotá. 2018. p. 153.

(4) «Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota respecto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional», bajo reglas y mandatos constitucionales”.

SANTOFIMIO GAMBAO, J. O.: *Tratado de derecho administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. p. 21

nal y con otras decisiones jurisdiccionales como las de la Corte Interamericana de derechos humanos.

Una vez presentada la historia de la responsabilidad en Colombia y sus lineamientos actuales, es necesario enfocarse en el análisis de sus perspectivas de evolución para poder tener una aproximación más cercana al régimen jurídico de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado y, en consecuencia, en este artículo se estudiarán los siguientes apartados: 1. Origen y desarrollo histórico de la responsabilidad del Estado en Colombia y 2. La responsabilidad estatal en la actualidad y sus perspectivas de evolución.

1. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

Para hacer una presentación metodológica tanto panorámica como profunda de la historia de la responsabilidad del Estado colombiano, es necesario comprender que se han presentado diversas fases las cuales se han desarrollado en períodos de conocimiento exclusivo como de conocimiento mixto. Así, la primera, será la etapa de conocimiento exclusivo por parte de la jurisdicción civil que va desde 1864 con las primeras decisiones de la Corte Suprema Federal sobre la materia hasta 1913; la segunda, de competencia mixta entre las dos jurisdicciones se desarrolló entre 1914 cuando se establece la jurisdicción contenciosa administrativa y se extendió hasta a 1963 y, finalmente, la tercera etapa, inicia en 1964 con el Decreto 528 y se mantiene hasta nuestros días.

Con base en lo anterior, para facilitar la presentación del tema se abordarán los siguientes puntos: 1.1. Los desarrollos de la responsabilidad estatal por parte de la jurisdicción civil y 1.2. Los Antecedentes históricos sobre responsabilidad estatal en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

1.1 LOS DESARROLLOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Los primeros desarrollos sobre la responsabilidad estatal extracontractual en Colombia se produjeron cuando la jurisdicción civil indemnizó algunos de los daños causados como consecuencia de las guerras civiles, en la segunda mitad del siglo XIX. De esta manera, será la Corte Suprema Federal la que emitirá las primeras sentencias sobre la materia a partir de 1864 y desde 1886 la Corte Suprema de Justicia continuará con la evolución de la protección patrimonial de las personas hasta 1964.

Durante el mencionado lapso, la jurisdicción ordinaria tuvo la competencia exclusiva hasta 1914, cuando se creó el Consejo de Estado y, en consecuencia, las dos jurisdicciones conocerán de la responsabilidad estatal colombiana.

En este orden, por cuestiones metodológicas, para presentar el aporte de la jurisdicción civil el presente apartado se subdivide en dos periodos: 1.1.1. Los principales desarrollos de la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

estatal en la época de competencia exclusiva (1864-1913) y 1.1.2. Las contribuciones de la jurisprudencia de la jurisdicción privada durante el período de conocimiento mixto (1914-1963).

1.1.1 Los principales desarrollos de la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad estatal en la época de competencia exclusiva (1864-1913)

El pensamiento de las revoluciones liberales se consolidó en la segunda mitad del siglo XIX (5), particularmente entre 1849 y 1885 (6). Durante este tiempo se fortalecieron los derechos fundamentales de las personas como la propiedad, lo que permitió, con base en la Constitución Política de 1863 y otras leyes específicas, condenar patrimonialmente al Estado por los daños causados a los particulares, como consecuencia de las guerras civiles entre los conservadores y los liberales.

De este modo, de manera general, se puede afirmar que como resultado de los daños causados en la guerra civil de 1860 a 1861 la Corte Suprema Federal realizó los primeros avances en materia de responsabilidad en Colombia y con las lesiones causadas a los particulares durante la confrontación de 1876 a 1877 se realizó un desarrollo uniforme sobre el tema, por parte de la jurisdicción ordinaria.

La jurisprudencia de la Corte Suprema Federal tuvo como fuentes normativas para sus decisiones la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863; la Ley del 15 de mayo de 1860 sobre procedimiento en los negocios civiles de la competencia de la Confederación Granadina; el Decreto de 18 de septiembre de 1861 sobre suministros y empréstitos, que determinó los lineamientos jurídicos para el reconocimiento de los daños causados en la anterior guerra civil; el Decreto de 10 de marzo de 1862 introdujo la posibilidad de responsabilizar al Tesoro Nacional por algunos bienes tomados por los rebeldes a los extranjeros y reconoció por primera vez la posibilidad de que el Estado indemnizara por los daños causados por sus enemigos y por la Ley 27 del 2 de mayo de 1865 se reconocieron los daños ocasionados por los enemigos del Estado a todos los ciudadanos colombianos y no solo a los extranjeros (7). Así mismo, para la responsabilidad por los daños causados en la guerra se fundamentaron en el Código de la Unión de 1876; la Ley 67 de 1877 sobre suministros, empréstitos y expropiaciones (8); la Ley 57 de junio de 1878, que se refiere a la forma de reconocer los créditos a los extranjeros y la Ley 60 del 3 de julio de 1878, que introduce algunas reformas puntuales a la Ley 64 de 1877.

(5) PALACIOS, M., y SAFFORD, F: *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida*. Norma. Bogotá. 2002, pp. 365-491.

(6) BUSHNELL, D.: *Colombia: una Nación a pesar de sí misma*. 17.^a ed.. Planeta, Bogotá. 2007. pp. 153-203.

(7) Ley 27 de 2 de mayo de 1865, sobre suministros, empréstitos y expropiaciones.

(8) «Art. 9: Los jueces nacionales conocerán en primera instancia de los juicios de que trata esta ley, y la Corte Suprema Federal en segunda; pero este Tribunal decidirá como Jurado, verdad sabida y buena fe guardada, tanto para fijar la cuantía de la reclamación, como para hacer la calificación de partidario o adversario del Gobierno general en el respectivo reclamante, y expondrá en la sentencia las razones de su fallo».

Ley 67 de 1877.

La primera sentencia en donde se asumió la responsabilidad estatal fue la del 30 de junio de 1864 en la que se condenó al Tesoro Nacional a pagar por el valor del ganado tomado por el Gobierno del Estado soberano del Magdalena para la manutención del Ejército Unido que, en defensa de la Federación, atacó y venció a las fuerzas centralistas en Santa Marta en 1860(9). A partir de esta sentencia, las providencias empezaron a proliferar y se reconocieron diversos tipos de bienes muebles que se habían empleado para la guerra que se pueden agrupar en empréstitos, bienes semovientes, alimentos para los soldados y sus bestias, armas y otros elementos para el sostenimiento.

Los bienes muebles podían ser recolectados por medio de empréstitos, suministros o expropiaciones. Los empréstitos se referían a los préstamos voluntarios de dinero hechos por los particulares; los suministros aludían a la entrega de otros tipos de bienes muebles o semimóviles y las expropiaciones, a las que se efectuaban en contra de la voluntad del asociado por razones de necesidad pública. También se produjeron fallos en los que se ordenó indemnizar al Estado por daños causados a bienes inmuebles, las tres primeras decisiones condenatorias fueron por la expropiación de una mina de oro (10), incendio de una casa (11) y destrucción de una casa en la que se hallaba un parque de artillería (12).

A su vez, La guerra civil de 1876-1878 es relevante para el estudio de la responsabilidad del Estado en Colombia, pues fue por causa de los daños provocados por estos ejércitos que la Corte Suprema Federal produjo una abundante y a la vez uniforme jurisprudencia que bajo los criterios de «verdad sabida y buena fe guardada» garantizaban a los particulares la defensa de su derecho de propiedad, a pesar de las circunstancias de orden público (13); en consecuencia, en los años posteriores a la guerra se desarrolló la responsabilidad del Estado, sobre todo debido al reconocimiento de los empréstitos, las expropiaciones y los suministros causados a los asociados por las guerras, sin importar cuál ejército la hubiera realizado.

Como resultado de la victoria de los conservadores en la Guerra Civil de 1884 de 1885 surgió la Constitución Política de 1886, orientada por el pensamiento centralista, católico y que recogía la ideología del partido azul. Este cambio constitucional hizo que continuara la jurisdicción civil, cambiando la denominación de Corte Suprema Federal a Corte Suprema de Justicia. También, el constituyente estructuró la posibilidad de implementar una jurisdicción contenciosa, que solo se materializaría hasta 1913, por lo que la jurisdicción ordinaria mantuvo su competencia exclusiva.

La Corte Suprema de Justicia para el desarrollo jurisprudencial entre 1886 y 1913, tuvo como fundamento los artículos 19, 20, 21, 31, 32 y 33 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1886 y el Código Civil de 1887, que

(9) Corte Suprema Federal, Sentencia de junio 30 de 1864, *Diario Oficial*, Año 1, núm. 61, p. 217.

(10) Corte Suprema Federal, Sentencia de agosto 30 de 1864.

(11) Corte Suprema Federal, Sentencia de noviembre 24 de 1864.

(12) HENAO, J. C.: *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, Evolución jurisprudencial 1864-1990, tomo I, vol. 2*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991. p. 641.

(13) ARENAS MENDOZA, H. A.: *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, luego de la Guerra Civil de 1876-1877*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009. p. 17.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

defendía el derecho de propiedad privada, por lo que, si ocurría un daño a la propiedad por parte del Estado, tendría que ser indemnizado por su causante.

A finales del siglo XIX se produjo un antecedente en materia de responsabilidad estatal muy importante con la sentencia del 22 de octubre de 1896 (14), por el asesinato de un ciudadano italiano en la ciudad de Panamá. Así mismo, en el siglo XX la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria continuó evolucionando, manteniendo como fundamento el Código Civil (15) y reparando los daños causados por las guerras civiles, de décadas anteriores (16).

1.1.2 Las contribuciones de la jurisprudencia de la jurisdicción privada durante el período de conocimiento mixto (1914-1963)

En 1914 se instauró la jurisdicción contenciosa administrativa y se le atribuyó el conocimiento residual de algunos temas de responsabilidad extracontractual. La jurisdicción especial conocería de los daños causados por las guerras y por ocupación de bienes para la ejecución de obras públicas, mientras la ordinaria mantendría el conocimiento general del tema.

A partir de 1941 entró en vigor el Código Contencioso Administrativo o Ley 167 de 1941, el cual amplió la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en materia de responsabilidad extracontractual del Estado. Su artículo 24 le atribuyó el conocimiento de las contenciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra y las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales. En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia continuó conociendo de la gran mayoría de casos en los que se demandara al Estado por daños producidos a los particulares.

Con el fin de introducir al lector en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia durante el lapso en estudio, se hará una breve referencia sobre los lineamientos que estableció la jurisdicción ordinaria.

1.1.2.1 *Las entidades de derecho público responden patrimonialmente por culpa*

La Corte Suprema de Justicia reafirma sus ideas en cinco puntos claves: el primero, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la Constitución, en el Código Civil y en algunas leyes particulares; el segundo, para que exista responsabilidad es necesario la presencia de la culpa; el tercero, que el Estado es

(14) «Era natural suponer que José Timoteo Rebolledo pretendiera vengar a su hermano, y la autoridad no debió darle ocasión para ejercer esa venganza. Por lo menos, debía suponerse que al comisionado Rebolledo le faltara la serenidad requerida por las circunstancias para impedir que los agentes de Policía ejecutaran un atentado contra la vida de Rosazza. Por consiguiente, la sola designación hecha en José Timoteo Rebolledo para el desempeño de comisión tan delicada, hace responsable a la autoridad del funesto resultado de esa comisión; y más si se considera lo inusitado de la autorización que se dio a Rebolledo para ordenar a los agentes de Policía que hicieran uso de sus armas contra Rosazza».

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de octubre de 1896.

(15) GARAVITO, F.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, años 1886 a 1913, tomo I*. Imprenta Nacional. Bogotá. 1915, pp. 245, 451, 695, 834 y 835.

(16) GARAVITO, F.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, años 1886 a 1913, tomo I*. Imprenta Nacional. Bogotá. 1915, p. 155.

una persona jurídica; el cuarto, que el Estado puede ser condenado patrimonialmente por responsabilidad civil y el quinto, es que el Estado no puede ser responsable penalmente (17).

1.1.2.2 *El Estado puede responder por actos de terceros*

El órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria señaló que el Estado colombiano no debe responder por daños causados por los contratistas que actúan autorizados por el Gobierno cuando se presentan la ocupación temporal de inmuebles en materia de obras públicas (18).

1.1.2.3 *La responsabilidad por culpa se rompe por caso fortuito o fuerza mayor*

La Corte Suprema de Justicia precisó que, a pesar de la presencia del daño y la culpa, la entidad demandada se puede exonerar si se interrumpe la relación de causalidad por una causa extraña, como el caso fortuito o la fuerza mayor (19).

1.1.2.4 *Introducción del reconocimiento de los daños morales causados por personas jurídicas de derecho público a particulares*

La Corte Suprema condenó a unos funcionarios municipales por haber trasladado el cadáver de una señora que estaba en una tumba a una fosa común sin autorización de los familiares y, en consecuencia, fue la primera vez que se condenó al Estado colombiano por los daños morales.

1.1.2.5 *Responsabilidad tanto por acción como por omisión*

El alto tribunal consideró que la responsabilidad de las entidades públicas puede provenir tanto de sus actuaciones como de sus omisiones en el ejercicio de la actividad administrativa y, por tanto, están obligados a reparar los daños causados (20).

1.1.2.6 *La responsabilidad es tanto de la Nación como de los entes territoriales*

La jurisprudencia ha sido constante en reconocer la responsabilidad civil proveniente de las distintas entidades de derecho público de todos los niveles territoriales. Es decir, responderá tanto por las acciones como por las omisiones de los funcionarios que trabajen para la nación, los departamentos o los municipios (21).

(17) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 22 de febrero de 1916.

(18) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de agosto de 1917. GARAVITO, F., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, años 1886 a 1913, tomo I*. Imprenta Nacional. Bogotá. 1915. p. 464.

(19) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de septiembre de 1918. GARAVITO, F., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, años 1886 a 1913, tomo I*. Imprenta Nacional. Bogotá. 1915, pp. 234, 235, 239 y 667.

(20) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de junio de 1924. GARAVITO, F., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, años 1886 a 1913, tomo I*. Imprenta Nacional. Bogotá. 1915, pp. 675 y 812.

(21) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de abril de 1925. GARAVITO, F., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, años 1886 a 1913, tomo I*. Imprenta Nacional. Bogotá. 1915, p. 673.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

1.2.2.7 *Aplicación de la teoría de las actividades peligrosas*

La Corte Suprema de Justicia incorpora la tesis francesa de las actividades peligrosas a los daños causados por una locomotora de ferrocarril, aplicando el artículo 2356 del Código Civil y presume la culpa del causante del daño. En todo caso, operan los eximentes de responsabilidad que deben ser probados por el demandado para que sea exonerado (22).

1.2.2.8 *Aplicación de la denominación de falla del servicio en los casos de culpa del Estado*

La teoría de la falla del servicio es una construcción del derecho público administrativo francés, que es adoptada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para poderla aplicar a los casos de responsabilidad del Estado. Estas ideas permitían implementar las teorías de responsabilidad subjetiva al Estado más fácilmente, creando un título de imputación propio para la Administración (23).

1.2.2.9 *La competencia de la Corte Suprema de justicia sobre responsabilidad por ocupación permanente de inmuebles*

Al analizar el «Capítulo XXII. Indemnización por trabajos públicos», del Código Contencioso Administrativo de 1941 o Ley 167 de 1941, la Corte Suprema, al declarar inexecutable algunos artículos concluyó que la competencia por ocupación permanente de inmuebles radicaba en la jurisdicción civil, porque se trataba de traspaso de la propiedad; mientras que, el conocimiento de las ocupaciones temporales o provisionales les correspondía a los jueces administrativos (24).

1.2.2.10 *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*

Antes de que la competencia en materia de responsabilidad pasara al Consejo de Estado en 1964, la Corte Suprema de Justicia tuvo la posibilidad en 1962 de presentar algunos de sus logros conceptuales sobre la materia (25) y concretamente recordó que la tesis aceptada en los últimos años fue de la falla del servicio,

(22) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de mayo de 1938, *Antología jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (1886-2006)*, Sala de Casación Civil, Tomo I, p. 227.

(23) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de agosto de 1938. *Antología jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (1886-2006)*, Sala de Casación Civil, Tomo I. Bogotá. 2007. p. 283.

(24) MARRIAGA, R.: *Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941. Con jurisprudencia del Consejo de Estado, comentarios y normas legales complementarias*. Ed. Librería Mundial, Bogotá. 1964. pp. 466-467.

(25) «Se trata de revolucionario que si bien tiene algunas incongruencias que analizaremos más adelante, de todas formas elimina la posibilidad de que las personas jurídicas sean condenadas con base en la responsabilidad civil por el hecho ajeno. Desde entonces, nuestra jurisprudencia civil o administrativa dejó de hacer la distinción entre órganos de dirección y órganos de ejecución y en consecuencia, cualquiera que sea el órgano causante del daño a la persona jurídica no se le aplica la responsabilidad indirecta del artículo 2347 del Código Civil».

TAMAYO JARAMILLO, J.: *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*. Legis, Bogotá. 2011, p. 793.

basada en la culpa y excepcionalmente, permitía la presunción de la culpa en actividades peligrosas (26).

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE RESPONSABILIDAD ESTATAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En 1914 se estableció la jurisdicción contencioso-administrativa y se le atribuyeron funciones jurisdiccionales al Consejo de Estado, por lo que los casos en materia de responsabilidad estatal serían de competencia de la jurisdicción ordinaria o de la contenciosa y con esto se inicia la etapa de conocimiento mixto que duró hasta 1964 cuando se le da preponderancia al Consejo de Estado para el conocimiento de los procesos de responsabilidad estatal (27). Estos años son muy interesantes puesto que van marcando el desplazamiento de la gran mayoría de los asuntos competencia de la Corte Suprema hacia el Consejo de Estado y la consolidación de un verdadero régimen basado en normas de derecho público.

Durante esos años el Consejo de Estado se fortalece incrementando su competencia, lo que se refleja con la expedición del Código Contencioso Administrativo de 1941 (28) y el reconocimiento de la igualdad entre este y la Corte Suprema de Justicia en 1957.

El período de 1914 a 1990 es de gran importancia debido a que es la etapa de nacimiento y consolidación de la responsabilidad del Estado en Colombia como una verdadera construcción de derecho administrativo, gracias a la obra jurisprudencial del Consejo de Estado. Es decir, en esta etapa se configuran una serie de tesis diversas a las propuestas por el derecho civil, construyéndose un sistema de derecho público independiente que se mantiene hasta nuestros días.

Durante el lapso mencionado, se presentan diferentes etapas en la evolución de la responsabilidad estatal por lo que se debe hacerse referencia a: 1.2.1. Los desarrollos del Consejo de Estado durante la etapa de conocimiento mixto (1914 a 1963) y 1.2.2. El afianzamiento de la responsabilidad estatal durante la etapa de competencia exclusiva por parte del Consejo de Estado (1964 a 1990).

(26) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de junio de 1962. *Antología jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (1886-2006)*, Sala de Casación Civil, Tomo I, Bogotá. 2007, pp. 520-537.

(27) «De aquí que calificamos este período como mixto; la razón de esta continuidad con dos jurisdicciones prácticamente conociendo de litigios de la administración pública nos demuestra el arraigo del sistema judicialista colombiano y la imposibilidad de una ruptura total frente a la importación francesa».

SANTOFIMIO GAMBAO, J. O.: *Tratado de derecho administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 327-328.

(28) «La responsabilidad atribuida al Consejo de Estado por el Código Contencioso Administrativo de 1941 era por ello mismo de derecho público, pero al fin y al cabo excepcional».

SAAVEDRA BECERRA, R.: *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, pp. 128-129.

1.2.1 Los desarrollos del Consejo de Estado durante la etapa de conocimiento mixto (1914 a 1963)

Con el Acto Reformatorio del 10 de septiembre de 1914(29), la Ley 130 de 1914(30) y la Ley 60 de 1914(31), se estableció la jurisdicción contencioso-administrativa, iniciando una etapa en la que conocerían conjuntamente de los casos de responsabilidad extracontractual del Estado; por un lado, la Corte Suprema de Justicia y por el otro, el Consejo de Estado.

Este período se conocerá doctrinariamente como período mixto, que hace referencia a una etapa que va desde 1914 a 1964. Durante este lapso la Corte Suprema se ocupaba de la gran mayoría de los asuntos, por lo que se mantendrá un régimen de responsabilidad de corte civilista y fundamentado en la noción de culpa; sin embargo, con el trascurso del tiempo se fue trasladando parte de la competencia al Consejo de Estado e introduciendo un régimen de derecho público excepcional, que se consolidará con el Código de lo Contencioso Administrativo de 1941.

Hasta la Ley 167 de 1941 el Consejo de Estado tenía una competencia limitada por lo que conocía de los procesos de daños por guerra o expropiaciones y daños en propiedad ajena por órdenes o providencias administrativas; no obstante, a partir de ese momento, el legislador le atribuyó las lesiones causadas a los asociados por la realización de trabajos públicos.

Con el trascurso de los años las demandas por expropiaciones a causa de la guerra fueron disminuyendo y en cambio, se fortaleció la responsabilidad estatal por la construcción de obras públicas y la prestación de los servicios públicos; es decir, se le atribuyeron verdaderas situaciones de daños patrimoniales durante el desarrollo de la actividad administrativa (32).

Ley 130 de 1914 le otorga al Consejo de Estado el conocimiento de los daños causados por los suministros, empréstitos y expropiaciones de guerra, en los artículos 18 y 84. Las primeras sentencias en materia de responsabilidad del Consejo de Estado se profirieron como consecuencia de daños causados por los empréstitos, suministros y expropiaciones que se produjeron como resultado de la Guerra Civil

(29) Acto Reformatorio del 10 de septiembre de 1914. En *Anales del Consejo de Estado*, Tomo 1, 1915, p. 4.

(30) Ley 130, de 13 de diciembre de 1914, sobre la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. En *Anales del Consejo de Estado*, Tomo 1, 1915, p. 13.

(31) «Art. 3.º El Consejo se dividirá en dos Salas que se denominarán: de Negocios Generales, la primera, y de lo Contencioso Administrativo la segunda. Esta la formarán cuatro Consejeros designados por el poder ejecutivo de entre los elegidos por el Congreso, y tendrá a su cargo todo lo relativo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y aquella, que se compondrá del primer Designado y de los otros dos individuos nombrados por el Congreso, tendrá a su cargo los demás asuntos que la Constitución y las leyes atribuyan al Consejo de Estado».

Ley 60 del 5 de septiembre de 1914. En *Anales del Consejo de Estado*, Tomo 1, 1915, p. 7.

(32) Aunque, se siguieron produciendo expropiaciones efectuadas por las fuerzas del gobierno posteriores a la guerra, con el fin de restablecer el orden público. Prueba de esto: Consejo de Estado, Sentencia del 22 de noviembre de 1923, C. P. Adriano Muñoz. En *Anales del Consejo de Estado*, Tomo 26, 1935, pp. 472-475.

iniciada el 18 de octubre de 1899 y que terminó el 18 de octubre 1903, tema que se reguló en el Decreto 104 del 29 de enero de 1903(33).

Así mismo, a partir de 1918 al Máximo Tribunal Administrativo se le asignaron los procesos de responsabilidad estatal por la realización de obras públicas o por el cumplimiento de los actos administrativos. Para su reconocimiento se usaron como fundamento el artículo 5 del Acto Legislativo No. 3 de 1910 y la Ley 130 de 1918. Esta ley en el artículo 1.º desarrolló el tema de las expropiación y daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas, fuera del caso previsto del artículo 33 de la Constitución; el artículo 2 atribuyó al Consejo de Estado la competencia para conocer de este tipo de situaciones y en el artículo 7 se amplió el reconocimiento de los daños, los cuales pueden ser nacionales, departamentales o municipales.

La jurisprudencia del Consejo de Estado fue bastante constante al reconocer como requisitos necesarios en la Ley 38 de 1918 los siguientes: 1. Que el daño redunde en beneficio de la nación; 2. Que el demandante sea legítimo propietario del objeto del daño o de la expropiación, y 3. Que los actos generadores del daño sean causados por el cumplimiento de actos administrativos (34).

Así entre 1914 y 1940 el Consejo de Estado conocerá de la responsabilidad del Estado por trabajos públicos, en que se originaba la responsabilidad por daños causados a particulares, los cuales se pueden agrupar de la siguiente forma: a) Construcción de carreteras, b) Excavaciones, extracciones de materiales y ampliaciones de calles, c) Trabajos de construcción de ferrocarriles, y d) Otros casos: prestación de los servicios públicos, accidentes aéreos y monopolio de licores.

La Ley 167 de 1941 o Código Contencioso, redactado por Ramón Miranda, consagró la tendencia jurisprudencial en materia de responsabilidad y fijó la acción de plena jurisdicción, que permitía la acción contra actos jurídicos y la reclamación por actuación material de la administración.

Excepcionalmente empezó a variar el fundamento de la responsabilidad, al pasar de las normas del Código Civil hacia una norma constitucional (35), sobre todo en los artículos 19 y 20 de la Constitución de 1886); se cambió de la teoría de la responsabilidad indirecta a la directa(36); en algunas decisiones, la teoría de la

(33) Decreto 104 del 29 de enero de 1903, por el cual se reglamenta el reconocimiento y pago de los suministros, empréstitos y expropiaciones causados durante la rebelión que empezó el 18 de octubre de 1899.

En *Anales del Consejo de Estado*, Tomo 1, 1915, pp. 92-96.

(34) Consejo de Estado, Sentencia del 5 de junio de 1941, C. P. Antonio Escobar., *En Anales del Consejo de Estado*, Tomo 45, 1941, pp. 425-432.

(35) «Hubo que esperar a que algunas decisiones empezaran a concluir que el verdadero fundamento de la responsabilidad pública se encontraba en el artículo 16 de la Constitución, tenida en cuenta la obligación del Estado de proteger la vida, honra y bienes de todos los residentes en el país, obligación cuyo incumplimiento constituiría la falla del servicio que hace responsable al Estado».

QUINTERO NAVAS, G.: «La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia», en *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, p. 237.

(36) «Esta responsabilidad directa fue delineándose a lo largo de numerosas providencias, sin perjuicio de la forma indirecta –que no pocas providencias siguieron aplicando; ni de la tesis organicista, que a poco fue acogida; ni del más nuevo criterio, en lo ateniendo a la responsabilidad del Estado, conocido con el nombre de las ‘fallas del servicio público’. Lo cual quiere anticipar que cada tesis

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

falla del servicio (37) se fue fortaleciendo en las providencias judiciales y se introdujo la tesis de responsabilidad objetiva por daño especial (38).

En los artículos 67 (39) y 68 (40) del Código Contencioso Administrativo de 1941 se instituyeron las principales acciones para demandar la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia del desarrollo de la actividad administrativa. De la misma manera, la expropiación por trabajos públicos, considerada como un tipo de juicio especial, se desarrolló en el Capítulo XII sobre indemnización por trabajos públicos, en los artículos 261 al 270.

Así, se presentaron decisiones con fundamento en la falla del servicio, la responsabilidad por obras públicas y a partir de 1947 se introdujo el título de imputación de daño especial. Los principales temas abordados fueron los daños causados en el desarrollo de obras públicas como la construcción de carreteras, ferrocarriles, infraestructura u obras hídricas y, también, algunos desarrollos puntuales como daños al periódico *El Siglo* por impedir su circulación, ocupación de un inmueble destinado a uso público, daños causados por la Segunda Guerra Mundial en Alemania a los bienes de un ciudadano colombiano, ocupación provisional de terrenos para operaciones del Ejército Nacional, omisión o resolución tardía de concesión de construcción y Responsabilidad por acto administrativo ilegal emitido por el alcalde (41).

mereció ser acogida por la jurisprudencia en diversas ocasiones pero no en etapas definidas, sino alternándose unas con otras, en una misma época, sin el predominio de ninguna».

LÓPEZ MORALES, J.: *Responsabilidad patrimonial del Estado. Evolución de la jurisprudencia colombiana. Doctrina y Ley*. Bogotá, 2001, p. 102.

(37) «Como ya lo indicamos en algún momento, esta teoría de la culpa o falla del servicio es propia del derecho administrativo, pues fue creada por la jurisprudencia francesa precisamente para aplicarla a la responsabilidad del Estado, considerando que este requería un régimen especial diferente del de los particulares».

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.: *Derecho Administrativo. General y colombiano*. Temis. Bogotá, 2015, p. 542.

(38) «En lo que toca a la generalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede entonces anotar que se consolida antes de 1964 la fundamentación de la responsabilidad del Estado, basada en el artículo 16 de la C. P. C., sin que ello significara que la noción de falla del servicio fuere utilizada recurrentemente –lo cual se explica por la competencia residual que básicamente giraba en torno a la responsabilidad objetiva del trabajo público y de la expropiación–, al igual que la teoría del daño especial, que sin ser utilizada con frecuencia, sí encuentra el importante antecedente en el cual se abre campo en nuestro discurso jurisprudencial».

HENAO PÉREZ, J. C.: «Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia», en *Segundas Jornadas colombo-venezolanas*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996, p. 748.

(39) «Art. 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca su derecho.

La misma acción tendrá todo aquel que se hubiera hecho parte del juicio y demostrado su derecho».

Ley 167 de 1941.

(40) «Art. 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes».

Ley 167 de 1941.

(41) ARENAS MENDOZA, H. A.: *El régimen de responsabilidad subjetiva*, Segunda Edición, Legis, Bogotá, 2018, pp. 36-49.

1.2.2 El afianzamiento de la responsabilidad estatal durante la etapa de competencia exclusiva por parte del Consejo de Estado (1964 a 1990)

Al reorganizar la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Decreto 528 de 1964 fortaleció al Consejo de Estado hasta hacerlo el cuerpo colegiado preponderante en materia de conocimiento en los juicios de responsabilidad en los que interviniera la Nación (42). En su artículo 30 le asigna la competencia para conocer de los casos de responsabilidad del Estado, lo que contribuyó a acabar con el conflicto existente entre las dos Cortes (43).

En esta nueva etapa, la responsabilidad del Estado se reconoció con base en los artículos 19, 20, 31, 32 y 33 de la Constitución de 1886, según el caso concreto. El artículo 20 de la Constitución revistió una gran importancia para el desarrollo de la responsabilidad por inactividad, mientras los artículos 19, 31, 32 y 33 facilitaron la protección de los derechos fundamentales, en especial el de la propiedad privada, con lo que sirvieron de sustento a la responsabilidad estatal por los daños causados a estos.

Además, el Decreto 528 de 1964 contribuyó a generar nuevas ideas en relación con la responsabilidad directa, la tesis de la falla del servicio y a la responsabilidad sin culpa, con lo que se concibió a la Administración como una entidad que podía causar daños por su comportamiento y, por tanto, respondería patrimonialmente por los daños que ocasionara a los asociados.

Desde las primeras decisiones del Consejo de Estado, entre 1964 y 1983, se vio la mención de los elementos de daño, imputación y relación de causalidad para que la Administración pública respondiera patrimonialmente.

Entre los logros de esta época se destacan: un fundamento más concreto en el Derecho Público, una determinación más clara de las diversas entidades del Estado, el desarrollo de la falla del servicio, los títulos de imputación objetivos, la profundización en los requisitos para la generación de la responsabilidad y el fortalecimiento de la acción de repetición. Adicionalmente, se endureció la responsabilidad por títulos de imputación objetivos, se produjeron ideas innovadoras en materia de imputación por omisión y, en general, se presentó una gran cantidad de situaciones que debió conocer el Consejo de Estado debido a la amplitud de las nuevas competencias asignadas por el Decreto 528 de 1964.

Otro punto destacable es la referencia a diversos tipos de responsabilidad según la actuación de la Administración (por hechos, operaciones, vías de hechos). La posibilidad de atribuir responsabilidad por omisiones se fortaleció en los años siguientes.

(42) «Hasta 1964, indicábamos, el control jurisdiccional de la Administración Pública se compartió con la jurisdicción ordinaria. A partir de 1994, con la asunción de la competencia en materias contractuales del Estado y de responsabilidad extracontractual, la jurisdicción contenciosa se fortalece pero no se configura como única».

SANTOFIMIO GAMBEO, J. O.: *Tratado de derecho administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia*. Bogotá. p. 331.

(43) «[...] se inclinó en favor de la tesis de la competencia administrativa, sin perjuicio de establecer que fueran de conocimiento de los jueces civiles los asuntos del Estado en que se ventilen cuestiones de derecho privado».

VIDAL PERDOMO, J.: *Derecho Administrativo*. Temis. Bogotá. 2009, p. 476.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

Durante este periodo se presentaron daños causados por las fuerzas armadas estatales, por trabajos públicos, ocupaciones temporales, eventos públicos, actividad administrativa, administración de justicia y por omisiones (44).

En 1984 se expidió un Código de lo Contencioso Administrativo que reemplazó al Código Contencioso Administrativo de 1941. Este decreto recogió los avances más destacados en materia de responsabilidad del Estado construidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que fue la entidad que desde 1964 tuvo la competencia exclusiva sobre el tema.

En cuanto a la atribución de responsabilidad, el artículo 1 y el 82 del Código de lo Contencioso Administrativo presentaron una lista enunciativa de las entidades públicas que podían generar la responsabilidad del Estado. De estos textos se destacan dos puntos fundamentales que recogieron las sentencias del Consejo de Estado: el primero, se reconocía la responsabilidad de cualquier rama (Ejecutiva, Legislativa o Judicial), incluidas las entidades de control y las electorales y el segundo estableció la posibilidad de que las entidades privadas comprometieran la responsabilidad estatal al cumplir funciones administrativas.

Otro aspecto relacionado con la responsabilidad estatal es el contenido en la acción de reparación directa definida en el artículo 86, cuya redacción fue modificada por el artículo 16 del Decreto 2304 de 1989 y, con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, con lo que se buscaba acoplarla a los lineamientos constitucionales. La redacción final del artículo 86 fue la siguiente:

«Art. 86. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o exservidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.»

En la jurisprudencia del Consejo de Estado, durante este lapso, se mantuvo la falla del servicio como título preponderante en materia de responsabilidad estatal, se continuó fortaleciendo el daño especial y se introdujo un nuevo título: el riesgo excepcional (45).

(44) ARENAS MENDOZA, H. A.: *Un siglo de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual*. Primera Edición. Ibáñez. Bogotá. 2015, pp. 78-110.

(45) ARENAS MENDOZA, H. A., *El régimen de responsabilidad objetiva*. Segunda Edición. Legis. Bogotá. 2017, pp. 15-40.

2. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN LA ACTUALIDAD, SUS ELEMENTOS Y SUS PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN

En la actualidad el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia tiene como piedra angular el artículo 90 de la Constitución y su desarrollo en la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 140 establece la pretensión de reparación directa.

Como en Colombia no existe una ley sobre la materia, la jurisdicción contenciosa administrativa encabezada por el Consejo de Estado, ha sido la encargada de tomar las decisiones y, por esto, ha generado una abundante jurisprudencia en la que se incluyen sentencias de unificación. Por tanto, para presentar el objeto de esta parte del texto se analizará: 2.1. El régimen de responsabilidad vigente en el derecho colombiano y 2.2. Los elementos de la responsabilidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia.

2.1 EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD VIGENTE EN EL DERECHO COLOMBIANO

En el derecho colombiano en la actualidad la responsabilidad patrimonial extracontractual estatal se ha construido con base en la Constitución Política de Colombia de 1991, que en su artículo 90 elevó a rango constitucional la materia por primera vez en nuestra historia precisando:

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

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

El artículo 90 de la Constitución está compuesto por dos párrafos que desarrollan el tema de la responsabilidad del Estado. El primero, establece los lineamientos generales de responsabilidad patrimonial de la Administración pública y el segundo, la acción de repetición que tienen las entidades estatales contra sus funcionarios públicos en los casos en los que la responsabilidad sea consecuencia de su comportamiento culposo o doloso; por lo tanto, es necesario concentrarse en el primer párrafo.

Se debe empezar por mencionar, que el artículo citado introduce la noción de daño antijurídico proveniente del ordenamiento jurídico español (46), por lo que alguna parte de la doctrina afirmó incorrectamente que en Colombia se había implantado un sistema de responsabilidad objetiva como en España. Sin embargo,

(46) «Amparados en el pensamiento de García de Enterría, la Asamblea Constituyente y, posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia nacionales creyeron encontrar la más asombrosa revolución normativa, propicia para dejar atrás casi un siglo de difícil y juiciosa creación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia».

TAMAYO JARAMILLO, J.: *La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico (Cons. Pol., Art. 90). El riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Temis. Bogotá. 2000, pp. 15-16.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

al poco tiempo de manera casi unánime los operadores jurídicos coincidieron en que el régimen general seguía siendo el de carácter subjetivo y tan sólo se podría recurrir a la utilización de títulos objetivos en casos específicos.

Esta unanimidad de criterio se mantuvo tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como en la de la Corte Constitucional y en los más reconocidos tratadistas colombianos, que sustentan la permanencia de un régimen basado en la presencia de la culpa, dentro de los que se destacan: Jaime Vidal Perdomo (47), Fernando Hinestrosa Forero (48), Ramiro Saavedra Becerra (49), Diego Younes (50), Javier Tamayo Jaramillo (51), Libardo Rodríguez Rodríguez (52), Juan Carlos Henao (53), Enrique Gil (54) y Hugo Andrés Arenas Mendoza (55).

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reemplaza y deroga el Decreto 1.º del 2 de enero de 1984, que reformaba y establecía un Código Contencioso Administrativo. Fue redactado por la Comisión para la reforma de la jurisdicción contenciosa administrativa, integrada por representantes de la Rama Ejecutiva y de la Rama Judicial. Después de sesionar por cerca de dos años, el 17 de noviembre de 2009 presentó el proyecto de ley, que pasó a ser discutido por las dos cámaras (Senado y Cámara) y fue aprobado por el Congreso de la República en sesiones del 14 de diciembre de 2010, cuyo resultado fue la Ley 1437 de 2011 (56).

Como es natural, esta ley aludió al tema de la responsabilidad del Estado, principalmente en los artículos 104 y 140, que explican la competencia del Consejo de Estado y fijan los lineamientos de la acción de reparación directa, respectivamente.

El artículo 104 puntualiza el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en su numeral 1.º atribuye a los jueces especiales el conocimiento de los procesos relativos a la responsabilidad pública de cualquier entidad pública sin importar el régimen que tenga:

«Art. 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además

(47) VIDAL PERDOMO, J.: *Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá, 2009, p. 476.

(48) HINESTROSA FORERO, F.: «Prólogo», en *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 2.ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 15.

(49) SAAVEDRA BECERRA, R.: *De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo I*. Ibáñez. Bogotá. 2018.

(50) YOUNES, MORENO, D.: *Curso de Derecho Administrativo*, 9.ª ed., Temis, Bogotá, 2014, p. 312.

(51) TAMAYO JARAMILLO, J.: *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*. Legis, Bogotá. 2011, p. 230.

(52) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.: *Derecho Administrativo. General y colombiano*. Temis. Bogotá. 2015, p. 529.

(53) HENAO PÉREZ, J. C.: «Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia», en *Segundas Jornadas colombo-venezolanas*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996, p. 750.

(54) GIL BOTERO, E.: *Tratado de Responsabilidad extracontractual del Estado*, Tirant Lo Blanch. Bogotá, 2020.

(55) ARENAS MENDOZA, H. A.: *El régimen de responsabilidad subjetiva*, Segunda Edición, Legis, Bogotá, 2018.

(56) ÁLVAREZ JARAMILLO, L. F.: «Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011». En *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Legis. Bogotá. 2011, pp. xxxi.

de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable [...].»

A su vez, el artículo 140 del nuevo Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, que trata la acción de reparación directa con las siguientes palabras:

«Art. 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.»

La acción de reparación directa está desarrollada en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, texto que se subdivide en cuatro párrafos.

En el inciso 1.º del artículo 140 se aprecia la intención del Legislador de mantener en los mismos términos el régimen de responsabilidad definido por el artículo 90 de la Constitución de 1991, al recordar la fórmula del daño antijurídico y repetir la posibilidad de responder por los daños provenientes de la acción u omisión; sin embargo, reemplaza la expresión constitucional de *autoridades públicas* por la de *agentes del Estado*, que en la práctica no varía en nada el régimen de responsabilidad. A su vez, da la oportunidad a la persona afectada por un daño de demandar al Estado por medio de la acción de reparación, para que su causante lo indemnice.

En el inciso 2º, señala una serie de hipótesis no taxativas o ejemplos por los cuales la Administración pública debe responder: cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos y reitera que el Estado debe responder por cualquier otra causa imputable a este o a un particular que haya obrado por una instrucción expresa del mismo. Estos preceptos son los que mismos que contenía el Decreto 01 de 1.984 en su artículo 86 que desarrolló el tema de la acción de reparación directa.

El tercer párrafo establece que las entidades públicas tienen el deber de ejercer la acción de reparación cuando han sido afectadas por una lesión causada, bien sea por otra entidad pública u organismo del Estado. Con esto se pretende proteger el

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

patrimonio público y lograr una verdadera reparación a la entidad que sufra un menoscabo patrimonial.

El inciso final precisa que, cuando se produzcan daños causados por los particulares y las entidades públicas, es necesario que la sentencia determine el porcentaje de participación de cada una de las partes con base en la influencia causal en la ocurrencia de la lesión. Con ello se busca facilitar la acción de repetición del Estado frente al particular responsable, puesto que así ya se habrá determinado el monto que debe solicitar. Sin embargo, frente a la víctima, la Administración será responsable por la totalidad y solo una vez le haya pagado al lesionado podrá repetir contra el particular que ha sido también causante del supuesto; de lo contrario, el lesionado podrá verse afectado por la insolvencia del particular.

2.2 LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA

Se debe empezar por mencionar que no existe unanimidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno al número de elementos de la responsabilidad estatal, puesto que unos magistrados consideran que son el daño e imputación y otros sostienen que son daño, imputación y relación de causalidad (57). Sin embargo, en este artículo se hará referencia a la tesis más difundida que parte de la presencia de dos elementos que son: 2.2.1. El daño antijurídico y 2.2.2. La imputación.

2.2.1 El daño antijurídico

El artículo 90 de la Constitución introduce el término de daño antijurídico, proveniente del ordenamiento jurídico español, siendo este el primer elemento (58) que se debe acreditar para que se configure la responsabilidad estatal en Colombia (59). El daño antijurídico se ha definido como un detrimento patrimonial que la persona no está obligada a soportar.

Por regla general la materialización del daño antijurídico se tiene que probar tanto en los regímenes objetivos como en los subjetivos y requiere para su reparación que tenga las características de ser cierto, personal e injusto.

(57) ARENAS MENDOZA, H. A.: «¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia son dos o tres? A propósito de la relación de causalidad», *Revista Universitas*. Universidad Javeriana, núm. 69, Bogotá, (2020), pp. 1-17. ISSN: 0041-9060 <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.erec> [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20\(2020\)/82563265013/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20(2020)/82563265013/).

(58) «La directriz del sistema de responsabilidad patrimonial lo constituye en la actualidad el daño; así lo predicen la jurisprudencia, la doctrina y lo impone la ley (C. P., art. 90), en nuestro medio». GIL BOTERO, E.: *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá. Temis. 2013. p. 25.

(59) «Es claro, entonces, que si se ha establecido la existencia de un daño, su cuantificación es un problema secundario que en últimas puede suplirse por presunciones que tendrían por objeto expresar los estándares mínimos a los que ya nos hemos referido, y que serían aceptables en la medida en que la existencia del daño esté acreditada».

HENAO PEREZ, J. C.: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. 2.^a reimp.. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. p. 43.

El daño debe ser cierto (60) o efectivo (61), es decir que tiene ser probado por parte de quien lo padece. En algunas ocasiones la configuración de un daño antijurídico se demuestra fácilmente, pero en otras no y, en todo caso, el juez tiene que llegar a su convencimiento utilizando los diferentes mecanismos probatorios establecidos en la legislación, por ejemplo, los documentos, los testimonios, los peritajes o las fotografías.

El segundo requisito es que se establezca que el daño antijurídico fue personal o que afectó a un individuo o a un grupo de personas determinadas. (62) Esto permite encontrar al titular de los daños sufridos o víctima, que es el que tiene el interés jurídico y, en consecuencia, el procesalmente legitimado en la causa por parte activa para demandar al Estado.

Con esto, el legislador colombiano pretende principalmente dos cosas: la primera, que el Estado no responda por daños que no tengan un perjudicado determinado y la segunda, que se excluyan los daños generales que graven a un grupo muy amplio de ciudadanos para que no se convierta en una carga colectiva, pues su protección patrimonial sería imposible debido a los costos y entraría a operar otra figura jurídica diferente para solventar las lesiones sufridas.

Finalmente, se debe demostrar que el daño reviste la característica de ser injusto o antijurídico, para el profesor García de Enterría «un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible *siempre que y solo cuando* la persona que lo sufre *no tiene el deber jurídico de soportarlo*; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado» (63). A partir de esto, existen algunos daños que el asociado está en principio obligado a soportar, como cuando el detrimento no tiene incidencias nocivas o son de mínima entidad, cuando es una obligación derivada de la constitución, de la ley o de un contrato o se trata de un funcionamiento norma de los servicios públicos en que no se pruebe un daño especial o un riesgo excepcional.

Por otra parte, se debe destacar que en la actualidad a partir de las 8 sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014 el máximo tribunal de lo contencioso administrativo estableció que existen tres tipos de daños que son: el daño moral,

(60) «Si no existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva. Sin embargo, la certidumbre del daño está sujeta a una serie de matices y de dificultades en el espacio y en el tiempo que hacen demasiado volátil cualquier principio general que trate de establecerse al respecto».

TAMAYO JARAMILLO, J.: *La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico* (Cons. Pol., Art. 90). *El riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Temis. Bogotá. 2000, pp. 336.

(61) «El daño ha de ser efectivo, lo que implica la necesidad de probar su existencia; prueba que suele ser rigurosa: “total, plena, y evidente” o simplemente “convinciente”, por emplear expresiones recogidas por la jurisprudencia».

MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*. Iustel. Madrid. 2005. p. 56.

(62) «Si, en definitiva, el fundamento último de la responsabilidad patrimonial –como de la institución expropiatoria– es el principio de igualdad ante las cargas públicas, es obvio que únicamente serán indemnizados los que afecten individualmente a una persona o grupo de personas y no lo que afecte con carácter general a todos los administrados».

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. 6.ª ed.. Navarra. Civitas. 2012. p. 381.

(63) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo II*. 14.ª ed., Navarra, Civitas, 2015. p. 383.

el daño a la salud y los daños causados a los bienes constitucional o convencionalmente tutelados.

2.2.2 La imputación

El segundo elemento para que se configure la responsabilidad estatal requerido en las decisiones del Consejo de Estado es el de la imputación o atribución del daño a una persona que pueda generar la responsabilidad del Estado. El segundo de los elementos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es la imputación o posibilidad de ser atribuido el daño al Estado, debido a su acción u omisión en un caso específico (64).

La Administración puede actuar de diversa forma haciéndolo directamente, por medio de sus funcionarios o con la ayuda de particulares vinculados o controlados por la Administración Pública (65). De esta forma, se puede concluir que, en principio, para imputar la responsabilidad subjetiva al Estado es necesario que se cumplan dos requisitos: que el daño haya sido consecuencia de la actuación u omisión de una de las administraciones públicas y que se presente la culpa de la Administración.

El Consejo de Estado en Sentencia del 8 de junio de 2011, cuyo magistrado ponente es Hernán Andrade Rincón, define la imputación como: «[...] la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)» (66).

La imputación variará dependiendo del sistema de responsabilidad en frente al que se esté. Si es un sistema objetivo no será necesario probar la presencia de la culpa; pero en cambio, si se trata de un régimen subjetivo será obligatorio demostrar la culpa de la persona pública (o alguien que pueda generar la responsabilidad estatal) para poder cumplir con requisito de la imputación.

El régimen general o principal fuente de la responsabilidad estatal es de carácter subjetivo, que tiene como título de imputación el denominado como falla del servicio tanto por acción u omisión y, en este régimen, es obligatorio

(64) «Para que una persona pública pueda ser considerada responsable de algo, debe haberse producido ante todo, una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona pública haya sido autora.»

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L: *Derecho Administrativo. General y colombiano*. Temis. Bogotá. 2015. p. 527.

(65) «[...] resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción. [...]

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos».

Corte Constitucional. Sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

(66) Consejo de Estado. 8 de junio de 2011, M. P. Hernán Andrade Rincón. En *Consejo de Estado. Relatoría. Jurisprudencia*. 1915-2011.

demostrar la culpa (67); así, se habla de responsabilidad por funcionamiento anormal, por culpa o ilegal y se ha explicado que hay funcionamiento inadecuado de los servicios públicos cuando no funcionó, lo haya hecho incorrectamente o lo hizo tardíamente.

A su vez, existen supuesto de responsabilidad objetiva, sin culpa o por funcionamiento normal como fuente de responsabilidad del Estado, que se ha implementado de manera complementaria del sistema subjetivo en Colombia. En el régimen objetivo, como lo explica Ricardo Rivero Ortega: «La culpa [...] no es un presupuesto de la responsabilidad de la Administración que impide excluir del sistema los supuestos de normal funcionamiento de los servicios administrativos» (68); es decir, se puede generar la responsabilidad del Estado así no se presente el elemento subjetivo. Es decir, el funcionamiento normal de los servicios públicos se presenta cuando el Estado actúa con fundamento en los parámetros del ordenamiento jurídico o dentro de los que se espera utilice al realizar o dejar de efectuar sus funciones, pero siempre dentro de la búsqueda del interés general; sin embargo, dicha actuación produce consecuencias dañosas e indeseadas a los particulares.

En el derecho colombiano se han desarrollado dos títulos de imputación que son el del daño especial y el de riesgo excepcional. Así mismo, se debe tener presente que las tesis que más se utilizan para atribuir el daño a las personas son la de la causalidad adecuada y la de la imputación objetiva; sin embargo, en los últimos años se ha venido fortaleciendo la teoría de la pérdida de oportunidad, para algunos supuestos específicos.

Por último, para romper la imputación y de esta manera posibilitar que el Estado pueda eximirse de responsabilidad, la persona puede argumentar que se trató de una fuerza mayor, un caso fortuito, un hecho de tercero, una culpa exclusiva de la víctima o se incurrió en una legítima defensa.

2.3 PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO

Una vez presentada brevemente la historia de la responsabilidad del Estado en Colombia, a partir de los aportes tanto de la jurisdicción civil como de la contenciosa administrativa y de explicar los rasgos del régimen nacional en la actualidad,

(67) «Para determinar si hay culpa, no es preciso atender a los conocimientos y a la capacidad del agente público en concreto. Hay, simplemente, que comparar su comportamiento con un modelo objetivo de conducta, fijado por el ordenamiento, que es el del buen padre de familia (culpa objetiva o *in abstracto*), equivalente a la del *reasonable man* del derecho anglosajón. En estos casos, se afirma que la Administración ha incurrido en culpa porque la conducta (culposa) del agente dañoso se imputa a la Administración, por el dato de su integración en la organización administrativa. Encerrada también en la fórmula del funcionamiento anormal, la *culpa institucional* se verifica cuando el daño deriva de la falta de funcionamiento o del funcionamiento defectuoso del servicio público. En estos casos, lo relevante no es que el empleado público haya ajustado su actuación a un modelo objetivo de conducta, sino que no lo haya hecho la Administración en su conjunto.»

MEDINA ALCOZ, L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (II). Elementos. Factores de exoneración». En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. vol. 4. Iustel. Madrid. 2009. pp. 107-108.

(68) RIVERO ORTEGA, R.: *El Estado vigilante*, Tecnos Madrid. 2000. p. 227.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

corresponde hacer referencia a algunas perspectivas de evolución que puede tener la responsabilidad patrimonial extracontractual pública nacional.

Para la construcción de este apartado se recurrirá tanto a las tendencias que existen tanto en el derecho interno y en el derecho internacional, especialmente se seguirán los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el propósito de destacar algunos temas que en los próximos años serán objeto de desarrollo por parte del Consejo de Estado de Colombia en sus sentencias.

A pesar de que existen otras posibles perspectivas de evolución están son las más evidentes: 2.3.1. La aplicación del control de convencionalidad; 2.3.2. La introducción del principio de la buena administración; 2.3.3. La reparación integral; 2.3.4. La consolidación de los daños inmateriales y en especial a los daños constitucional o convencionalmente tutelados; 2.3.5. La Responsabilidad medioambiental y 2.3.6 Responsabilidad por daños causados en el conflicto armado interno.

2.3.1 La aplicación del control de convencionalidad

Además de la existencia de los controles de legalidad y de constitucionalidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia ha venido incorporando en sus decisiones un control de convencionalidad, que permite incluir los parámetros desarrollados por el derecho internacional para ampliar las garantías jurídicas de las víctimas(69). A partir de esto, se debe precisar que: «El control de convencionalidad es un mecanismo de control de la actividad estatal que complementa a los tradicionales de legalidad y de constitucionalidad, que permite al juez administrativo incorporar en su decisión toda la normatividad necesaria, incluyendo la internacional, para dar la mejor respuesta posible a un caso concreto y así amparar plenamente los derechos de los asociados» (70).

En cuanto a la jurisprudencia del Máximo Tribunal Contencioso, como lo explica Manuel Quinche: «Se identifican cuatro escenarios concretos de aplicación del derecho convencional: los derechos de las víctimas del conflicto armado; los derechos de las mujeres; los derechos de las personas en condición de discapacidad y los derechos de las personas despojadas de la tierra y desplazadas» (71).

(69) «Desde la función integradora, se sigue entonces que los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia son de obligatorio cumplimiento y de aplicación directa, de donde surge el concepto de control de convencionalidad, principio de obligatorio cumplimiento que fue creado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, y mediante el cual se puede verificar si los países miembros del Sistema Interamericano han violado los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos supranacionales como el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada, entre otros instrumentos».

GIL BOTERO, E.: *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Séptima edición. Editorial Temis. Bogotá, 2017, p. 24.

(70) ARENAS MENDOZA, H. A.: *Derecho Administrativo*, Primera edición, Legis. Bogotá. 2020, p. 76.

(71) QUINCHE RAMÍREZ, M. F.: *El control de convencionalidad*. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2018, p. 212.

2.3.2 La introducción del principio de la buena administración

El deber a una buena administración ha tenido un amplio desarrollo en el derecho comparado tanto en el anglosajón (norteamericano (72)) como en el europeo (el art. 41 de la Carta Europea, formalmente vigente a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2009). (73) Adicionalmente, el derecho a una buena administración está entrando a ser pieza fundamental en el derecho administrativo iberoamericano, como lo demuestra el estado central ocupado en la «Carta de derechos y deberes del ciudadano en Relación con la Administración Pública» de 2013.

El derecho a la buena administración es incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo como fundamento los principios constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 83 y 209 de la Constitución Política de 1991 y la normatividad desarrollada sobre el tema del derecho administrativo. En este orden de ideas, la buena administración incluye el deber estatal de actuar adecuadamente o prestar los servicios públicos sin causar daños a los asociados; no obstante, el Estado con su comportamiento, normal o anormal, causa un detrimento patrimonial a los particulares los priva de un derecho y, en consecuencia, el mecanismo de la responsabilidad estatal debe entrar a restablecer el bien afectado.

2.3.3 La reparación integral

La fórmula de la reparación integral ha tenido amplia acogida en el derecho comparado, como se observa al estudiar el régimen europeo o el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se originó a partir de la necesidad de mejorar la función reparadora de la responsabilidad estatal; debido a que, en ocasiones, no se reparaba totalmente a la víctima y se daba mucha preponderancia a la indemnización dineraria.

La búsqueda de la reparación integral de los daños causados como un derecho de las víctimas (74) es otro de los lineamientos que debe continuar fortaleciendo el

(72) «Aunque en el derecho público norteamericano no se conoce el término legal «buena administración», la jurisprudencia y la doctrina jurídica usan un concepto similar al entender que los procedimientos administrativos son importantes para la calidad de las decisiones.

[...]

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano ha tratado de defender los derechos de los individuos y, a la vez, promover la buena administración, sin excederse de sus límites constitucionales, a partir de los años setenta del pasado siglo, mediante la doctrina judicial denominada “hard look”».

PONCE SOLÉ, J.: «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración». En *Derecho administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010, pp. 100-101.

(73) «Se puede y se debe discutir cuándo y cuánto debe actuar la Administración pero no cómo debe actuar porque ese “cómo apunta” a lo que ahora es ya un derecho ciudadano: el derecho a una buena Administración; un derecho implícito en el carácter servicial que de ella predica la Constitución pero de un derecho expresamente previsto en el artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, formalmente vigente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009».

REBOLLO, L.: «Nota a la 4.ª edición». En *La inactividad de la Administración*. Cuarta Edición. Editorial Aranzadi. Navarra. 2011, p. 35.

(74) «En este sentido es mucho y materialmente más que un simple concepto indemnizatorio, al involucrar ideas de reconstrucción y reivindicación del ser humano en la sociedad. Luego el concepto de reparación conlleva cargas de individualismo, pero también de responsabilidad colectiva. Desde

Consejo de Estado, puesto que: «No cabe en efecto, concebir una responsabilidad administrativa que no tenga como objetivo prioritario la compensación de daños, la indemnización a las víctimas» (75). En este orden, el derecho colombiano ha reconocido la importancia de la figura de la reparación integral, ha entendido su complejidad y la necesidad de reparar los daños tanto materiales como inmateriales; para esto, los operadores jurídicos nacionales han introducido la posibilidad de utilizar medidas de reparación individuales y colectivas (76).

2.3.4 La consolidación de los daños inmateriales y en especial a los daños constitucional o convencionalmente tutelados

En el derecho colombiano se han reconocido la existencia tanto de daños materiales como inmateriales. En los últimos años ha tomado gran importancia la necesidad de organizar los diferentes tipos de perjuicios inmateriales en categorías y, por esto, el Consejo de Estado en las 8 sentencias de unificación de 2014 estableció tres subtipos que son: El daño moral, que afecta el interior de las personas como sus creencias, sus sentimientos y todos los demás detrimentos a su parte espiritual o individual; el daño a la salud, relacionado con los detrimentos físicos que sufra la víctima y a los bienes constitucional o convencionalmente tutelados, que protegen otros derechos que pueda verse afectados.

La categoría más novedosa al ser incorporada al ordenamiento jurídico a partir de agosto de 2014 (77), por lo que tiene menos desarrollos, es la de los bienes constitucional o convencionalmente tutelados, según las sentencias de unificación del Consejo de Estado, presenta las siguientes características:

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

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

una perspectiva estrictamente jurídica, *es un derecho de toda víctima*, sustentado en las ideas de verdad y justicia».

BREWER-CARÍAS, A., y SANTOFIMIO, J.: *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2013. p. 239.

(75) PUIGPELAT, M.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid. Civitas. 2002, p. 144.

(76) Sobre las medidas de reparación individuales y colectivas en Colombia ver:

ARENAS MENDOZA, H. A.: «Las medidas de reparación integral establecidas en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la Construcción de una paz estable y duradera», *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 9-29, set./dez. 2017. ISSN 2236-7284.

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v62i3.50780>.

(77) «El 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado profirió ocho sentencias de unificación, en las que se trazaron los lineamientos para el resarcimiento de los perjuicios inmateriales clasificándolos en *daño moral, daño a la salud u daño a bienes convencional y constitucionalmente aparados*. Igualmente, se establecieron las principales características y formas de reparación de cada uno de dichos perjuicios.»

ARAQUE ARIZA, J. E.: *El daño a bienes convencional o constitucionalmente protegidos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2022, p. 113.

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

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales» (78).

2.3.5 La Responsabilidad medioambiental

La conservación del medio ambiente para las futuras generaciones es un tema prioritario para los Estados (79), puesto que de no tomar las medidas adecuadas la tierra se puede convertir en un planeta que no cumpla las condiciones mínimas para la supervivencia de los seres humanos.

La Constitución de 1991 da una importancia esencial al medioambiente desarrollándolo en varios artículos de los que se desprende que al Estado le corresponde la función de protección del medio ambiente frente a los daños o amenazas que puedan causarse. Para cumplir con este objetivo se ha creado el mecanismo de la responsabilidad medioambiental del Estado, que puede partir de la siguiente definición: «[...] daño o la amenaza de su ocurrencia causado por un agente (que puede comprometer la responsabilidad del Estado) a un bien jurídicamente protegido por la normatividad medioambiental y que hace que surja la obligación de restaurarlo» (80).

Finalmente, resulta evidente que la responsabilidad medioambiental del Estado será un tema recurrente en la agenda de los próximos años y se evidencia la necesidad de expedir una ley sobre la materia. Puesto que, como lo precisa Paola Holguín: «Probablemente el escenario que le exige más al campo de la responsabilidad es el medio ambiente; los problemas de causalidad se ven evidenciados porque no se sabe quién ha contaminado y quién debe reparar. Los mecanismos y elementos con los que se cuenta el sistema de responsabilidad son insuficientes, las formas tradicionales de reparar los daños en materia civil y del Estado, se quedan cortos cuando de daños ambientales se trata» (81).

(78) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 28 de agosto de 2014, M. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Exp. 32988.

(79) «La preocupación por la preservación del medio ambiente en un estado óptimo para las generaciones futuras, constituye uno de los principales problemas ante los que se enfrentan las Administraciones Públicas.»

GARCÍA AMEZ, J.: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Thomson Reuters. Navarra. 2015. p. 31.

(80) ARENAS MENDOZA, H. A.: *La responsabilidad medioambiental del Estado*. Legis. Bogotá. 2020. p. 81.

(81) HOLGUÍN DÍAZ, J. P.: *La imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado. Principios de Prevención y daños de peligro en el derecho ambiental*. Tirant lo blanch. Bogotá. 2021. p. 83.

2.3.6 Responsabilidad por daños causados en el conflicto armado interno

Desde hace más de 150 años el Estado colombiano ha reconocido los daños causados como consecuencia de las guerras civiles, postulados que se han mantenido y se han aplicado a los casos de daños ocasionados por el conflicto armado interno entre las fuerzas armadas y los grupos ilegales. A pesar de que el pueblo colombiano, representado por el poder público, firmó un Acuerdo de Paz con el principal grupo armado revolucionar las FARC, la guerra se mantiene por las disidencias, otras guerrillas, los paramilitares y otros grupos armados que quieren hacer presencia armada en las zonas.

Como lo explica Edier Álzate el régimen predominante de responsabilidad por los daños causados dentro del conflicto interno es el subjetivo, es decir:

«[...] dicha responsabilidad por falla del servicio existe cuando ante una situación previsible por la denuncia oportuna de los afectados, los cuerpos de seguridad no cumplen con sus deberes legales omitiendo desplegar acciones idóneas para prevenir la comisión de actos terroristas o actuando tardíamente ante estos. También existe responsabilidad imputable al Estado cuando este mismo es el que consuma el acto de terrorismo u otorga su aquiescencia para que los ataques se lleven a cabo, apoyando con armamento, recursos o logística o simplemente dejando de cumplir con sus obligaciones de seguridad y protección.» (82)

Del mismo modo, se reconocen los daños causados en el conflicto armado en los supuestos de responsabilidad objetiva, por medio de los títulos de imputación de daño especial y de riesgo excepcional (83).

Por último, se debe tener presente que la responsabilidad del Estado por daños causados por grupos ilegales se puede clasificar en los siguientes grupos: «i) secuestros extorsivos provenientes de los grupos armados; ii) homicidio de particulares; iii) homicidio de funcionarios públicos; iv) ataques a instalaciones oficiales provenientes de los grupos armados ilegales; y v) tomas guerrilleras» (84).

CONCLUSIONES

1. La historia de la responsabilidad extracontractual del Estado fue desarrollada inicialmente por la jurisdicción civil, con las primeras decisiones de la Corte Suprema Federal de la segunda mitad del siglo XIX y continuó su construcción la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1913.

(82) ALZATE SANABRIA, E. A.: *Responsabilidad del Estado por actos terroristas. Estudio de derecho comparado entre Colombia y España*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2020, p. 89.

(83) ARENAS MENDOZA, H. A.: *El régimen de responsabilidad objetiva*. Segunda Edición. Legis Bogotá. 2020.

(84) ARENAS MENDOZA, H. A.: «Capítulo 1. La responsabilidad estatal por los daños causados como consecuencia del comportamiento de los grupos armados: algunos parámetros jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado de Colombia». En *La responsabilidad estatal por los daños causados por los grupos armados en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2022, p. 27.

2. A partir de 1914 la Corte Suprema de Justicia junto con el recién instaurado Consejo de Estado, tendrán una competencia para conocer del tema conjuntamente hasta 1963. La primera, conocerá de la mayoría de los casos; mientras que, al segundo, le correspondieron los procesos de daños ocasionados como consecuencia de la guerra y, en 1918, también se le atribuyeron los daños causados en ejecución de los actos administrativos o los provenientes de obras públicas.

3. Desde el Decreto 528 de 1964 la jurisdicción administrativa es la única competente para conocer de los procesos de responsabilidad y esta atribución fue confirmada por el Decreto 01 de 1984, la Constitución de 1991 y por la Ley 1437 de 2011, por lo que hasta nuestros días conoce de los casos de responsabilidad extracontractual estatal.

4. Aunque existe un debate sobre los elementos de la responsabilidad dentro de la misma jurisprudencia del Consejo de Estado, la tendencia es la de aplicar los de daño e imputación, sin embargo, en los últimos años se ha presentado un fortalecimiento de la utilización de los tres elementos y, esto se evidencia, sobre todo en los casos de responsabilidad médica o sanitaria.

5. Además de la aplicación de los controles de legalidad y de constitucionalidad el Máximo Tribunal Administrativo en sus providencias está incorporando un control de convencionalidad y en particular cita las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. El principio de buena administración, aunque tuvo su apogeo en la jurisprudencia entre 2011 y 2014, al parecer está siendo retomado, principalmente por la doctrina administrativista colombiana, por lo que su posible aplicación volverá a ser fuente del debate durante los años siguientes.

7. La reparación integral es uno de los criterios orientadores en la materia que aparece constantemente en las decisiones de la jurisdicción administrativa y reconoce la centralidad de las víctimas en los casos de responsabilidad extracontractual en Colombia, con el propósito que quede resarcida en cada uno de los elementos de su vida o patrimonio que se vieron afectados con el daño.

8. A partir de las 8 sentencias de unificación en daños inmateriales proferidas en 2014 se crearon las tipologías de daño: moral, a la salud y a los bienes constitucional y convencionalmente tutelados. Los últimos fueron de reciente creación por lo que se espera que se consoliden y tengan una aplicación que se vaya ampliando con su utilización tanto en los temas clásicos como en los más novedosos.

9. Teniendo en cuenta las necesidades de los seres humanos, la visión del Estado colombiano y los lineamientos internacionales en los próximos años el tema medioambiental y, sobre todo, los daños causados al medioambiente serán un tema recurrente en el que se aplicarán los principios de prevención y precaución.

10. Por último, se debe enfatizar que la historia colombiana ha estado fuertemente influenciada por las guerras civiles y, específicamente, desde la segunda mitad del siglo xx por los conflictos entre las fuerzas armadas estatales y los grupos ilegales, como las guerrillas y los paramilitares. Esto ha repercutido en que la jurisdicción especial tenga una muy abundante jurisprudencia por los daños causados en el conflicto armado interno y que se requiera una revisión de sus lineamientos para poder hacer frente a todos los casos que se han presentaron y se presentarán sobre el tema.

FUENTES

A. BIBLIOGRÁFICAS.

- ÁLVAREZ JARAMILLO, L. F.: «Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011». En *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Legis. Bogotá. 2011.
- ALZATE SANABRIA, E. A.: *Responsabilidad del Estado por actos terroristas. Estudio de derecho comparado entre Colombia y España*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2020.
- ARAQUE ARIZA, J. E.: *El daño a bienes convencional o constitucionalmente protegidos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2022.
- ARENAS MENDOZA, H. A.: *¿Estado irresponsable o responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, luego de la Guerra Civil de 1876-1877*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2009.
- ARENAS MENDOZA, H. A., *El régimen de responsabilidad objetiva*. Segunda Edición. Legis. Bogotá. 2017. PP. 15-40.
- *El régimen de responsabilidad subjetiva*, Segunda Edición, Legis, Bogotá, 2018.
- *La responsabilidad medioambiental del Estado*. Legis. Bogotá. 2020.
- *Derecho Administrativo*, Primera edición, Legis. Bogotá. 2020.
- «¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia son dos o tres? A propósito de la relación de causalidad», *Revista Universitas*. Universidad Javeriana, no. 69, Bogotá, (2020), pp. 1-17. ISSN: 0041-9060 <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.eree>; [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20\(2020\)/82563265013/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20(2020)/82563265013/)
- «Las medidas de reparación integral establecidas en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la Construcción de una paz estable y duradera», *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil*, v. 62, n. 3, p. 9-29, set./dez. 2017. ISSN 2236-7284 DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i3.50780>.
- «Capítulo 1. La responsabilidad estatal por los daños causados como consecuencia del comportamiento de los grupos armados: algunos parámetros jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado de Colombia». En *La responsabilidad estatal por los daños causados por los grupos armados en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2022.
- BREWER-CARÍAS, A., y SANTOFIMIO, J.: *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2013.
- BUSHNELL, D.: *Colombia: una Nación a pesar de sí misma*. 17.^a ed.. Planeta, Bogotá. 2007.
- GARAVITO, F.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, años 1886 a 1913, tomo I*. Imprenta Nacional. Bogotá. 1915.
- GARCÍA AMEZ, J.: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Thomson Reuters. Navarra. 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo II*. 14.^a ed., Navarra, Civitas, 2015.
- GIL BOTERO, E.: *Tratado de Responsabilidad extracontractual del Estado*, Tirant Lo Blanch. Bogotá. 2020.
- *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá. Temis. 2013.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. 6.^a ed.. Navarra. Civitas. 2012.

- HENAO PÉREZ, J. C.: «Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia», en *Segundas Jornadas colombo-venezolanas*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996.
- *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. 2.^a reimp.. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.
- *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, Evolución jurisprudencial 1864-1990, tomo I, vol. 2*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.
- HINESTROSA FORERO, F.: «Prólogo», en *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 2.^a reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- HOLGUÍN DÍAZ, J. P.: *La imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado. Principios de Prevención y daños de peligro en el derecho ambiental*. Tirant lo blanch. Bogotá. 2021.
- LEIVA RAMIREZ, E.: *La función legislativa en los orígenes de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia*. Tirant lo blanch. Bogotá. 2021.
- LÓPEZ MORALES, J.: *Responsabilidad patrimonial del Estado. Evolución de la jurisprudencia colombiana*. Doctrina y Ley. Bogotá. 2001.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*. Iustel. Madrid. 2005.
- MARRIAGA, R.: *Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941. Con jurisprudencia del Consejo de Estado, comentarios y normas legales complementarias*. Ed. Librería Mundial, Bogotá. 1964.
- MEDINA ALCOZ, L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (II). Elementos. Factores de exoneración». En *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. vol. 4. Iustel. Madrid. 2009.
- PALACIOS, M., y SAFFORD, F.: *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida*. Norma. Bogotá. 2002.
- PONCE SOLÉ, J.: «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración». En *Derecho administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010.
- PUIGPELAT, M.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid. Civitas. 2002,
- QUINCHE RAMÍREZ, M. F.: *El control de convencionalidad*. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2018.
- QUINTERO NAVAS, G.: «La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia», en *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2009.
- REBOLLO, L.: «Nota a la 4.^a edición». En *La inactividad de la Administración*. Cuarta Edición. Editorial Aranzadi. Navarra. 2011.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L.: *Derecho Administrativo. General y colombiano*. Temis. Bogotá. 2015.
- RIVERO ORTEGA, R.: *El Estado vigilante*, Tecnos Madrid. 2000.
- SAAVEDRA BECERRA, R.: *De la responsabilidad patrimonial del Estado*. Tomo I. Ibáñez. Bogotá. 2018.
- *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.
- SANTOFIMIO GAMBAO, J. O.: *Tratado de derecho administrativo. Tomo V. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2017.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

- La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico (Cons. Pol., Art. 90). El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Temis. Bogotá. 2000.
- *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I.* Legis, Bogotá. 2011.
- VIDAL PERDOMO, J.: *Derecho Administrativo.* Temis. Bogotá. 2009.
- YOUNES, MORENO, D.: *Curso de Derecho Administrativo.* 9.^a ed. Temis. Bogotá. 2014.

B. JURÍDICAS

- Acto Reformatorio del 10 de septiembre de 1914.
- Consejo de Estado, Sentencia del 5 de junio de 1941.
- Consejo de Estado. 8 de junio de 2011.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 28 de agosto de 2014, Exp. 32988.
- Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863.
- Constitución Política de Colombia de 1886.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional. Sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Suprema Federal, Sentencia de junio 30 de 1864.
- Corte Suprema Federal, Sentencia de agosto 30 de 1864.
- Corte Suprema Federal, Sentencia de noviembre 24 de 1864.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de octubre de 1896.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 22 de febrero de 1916.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de agosto de 1917.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de septiembre de 1918.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de junio de 1924.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de abril de 1925.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de mayo de 1938.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de agosto de 1938
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de junio de 1962.
- Decreto Ley 1251 de 1957.
- Decreto 104 del 29 de enero de 1903.
- Decreto 01 de 1984
- Ley 27 de 2 de mayo de 1865.
- Ley 67 de 1877.
- Ley 130 de diciembre 13 de 1914,
- Ley 60 del 5 de septiembre de 1914.
- Ley 167 de 1941
- Ley 1437 de 2011.