

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

Juan Carlos ESGUERRA PORTOCARRERO*

SUMARIO: I. *El fenómeno de la “constitucionalización” de la responsabilidad patrimonial del Estado.* II. *La constitucionalización de la responsabilidad del Estado en Colombia.* III. *El sentido de la norma constitucional.* IV. *Las principales características de la responsabilidad patrimonial del Estado como garantía ciudadana.*

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 dispone:

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

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

I. EL FENÓMENO DE LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La idea de la “constitucionalización” de los postulados básicos sobre la responsabilidad patrimonial del Estado no brotó por generación espontánea. Ella no fue simplemente cuestión de que en un determinado mo-

* Miembro de la Asamblea Constituyente de 1991; profesor de derecho constitucional y derecho administrativo en las universidades Javeriana y Externado de Colombia en Bogotá; juez *ad-hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

mento constitucional de un país hubiera surgido la luminosa ocurrencia de elevar a la categoría de canon constitucional la afirmación de tal responsabilidad.

En realidad, y como tantas otras veces, se trató más bien de una dinámica. Basta con mirar el camino que poco a poco había venido construyendo la jurisprudencia a su paso y la dirección a donde él apuntaba para poder apreciar con claridad cómo los dictados de la lógica indicaban que la confirmación de la unción de la responsabilidad estatal como uno de los bastiones fundamentales del Estado de derecho tenía que correr parejas con su anclaje en la carta fundamental.

Dicho de otro modo, si, tal como con razón lo habían venido pregonando los jueces, la responsabilidad del Estado constituía uno de los postulados esenciales del ordenamiento jurídico de una nación civilizada, ella tenía que tener una expresión constitucional. Y no simplemente con el propósito de dar satisfacción a quienes, de antiguo, habían reclamado para esa responsabilidad un régimen jurídico que, en vez de tener que apelar al socorrido préstamo de las reglas del Código Civil, pudiera exhibir un sistema propio fundado en el derecho público, aunque hay que reconocer que, al comienzo, era de eso precisamente de lo que se trataba.

En realidad, lo más importante —lo verdaderamente importante—, como se constató con el tiempo, era que pudiera proclamarse que en torno del concepto de responsabilidad el Estado gravitaban unos derechos fundamentales de los ciudadanos y unos deberes correlativos de las autoridades públicas, vinculados a la necesidad básica de darle permanente protección a la vida, la honra y los bienes de las personas. Más aún, que esos derechos y esos deberes estaban —tenían que estar— íntima e inseparablemente relacionados con la propia razón de ser del Estado, y debían por tanto formar parte del contrato social.

Y que era por eso por lo que esa responsabilidad —mucho más que cualquiera otra— tenía que ser, en todo tiempo y sin ambages, un axioma empotrado en la base misma del orden jurídico. Y que, por consiguiente, era asimismo por eso por lo que, a falta de una norma constitucional que la afirmara de manera expresa y terminante, había que derivar sus postulados de las disposiciones que de modo general establecían las obligaciones primarias del Estado y de sus órganos y funcionarios. Y que, finalmente, también era por eso por lo que debía buscarse la oportu-

nidad de entronizar en la Constitución una regla clara y precisa sobre el particular que no requiriera de un proceso más o menos complejo de inducción o de deducción. Una regla de derecho que hiciera expreso reconocimiento de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado como una de las garantías sociales de carácter fundamental.

La verdad es que en la mayoría de los países ese proceso no ha ocurrido aún. Pero, por otro lado, también es cierto que hay casos como el de España, en donde él tuvo lugar hace cerca de un cuarto de siglo, con ocasión de la elaboración y adopción de la nueva carta política.

Efectivamente, el artículo 9.3 de la Constitución de 1978, que proclama algunas garantías fundamentales, de modo por demás significativo incluyó dentro de ellas, al lado de principios como el de la legalidad, el de la publicidad, el de la no retroactividad de las normas, el de su organización jerárquica y el de la seguridad jurídica, “la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Y luego, como parte del título IV relativo al gobierno y la administración, dispuso (artículo 106.2): “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Más aún, posteriormente, la ley que vino a desarrollar este precepto¹ puntualizó en su preámbulo que el tema de “la responsabilidad de las administraciones públicas y de sus autoridades... constituye, junto al principio de legalidad, uno de los grandes soportes del sistema [jurídico].”

Y también hay casos más significativos aún, si se quiere, en razón de su ámbito, como el de la Comunidad Europea, que instituyó una norma semejante en el artículo 215 de su Tratado Constitutivo, que expresamente dispone que “en materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros”.²

¹ Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30 del 26 de noviembre de 1992).

² Segundo inciso del artículo 215, que forma parte de las “Disposiciones generales y finales” del Tratado (sexta parte). Citado en López Garrido, Diego *et al.*, *Derecho comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1986.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

En Colombia, la exaltación explícita de la responsabilidad del Estado a la condición de norma constitucional y su inclusión dentro del conjunto de los instrumentos de protección de los derechos, tuvieron lugar en 1991.

Y aunque la verdad es que en un comienzo sólo uno de los proyectos que se presentaron a la consideración de la Asamblea Constituyente de aquel año estaba específicamente concebido en ese sentido, al final la Asamblea acogió la idea por una gran mayoría.

En efecto, mientras el grueso de las propuestas de reforma no mencionaba el tema de la responsabilidad del Estado, tal vez como reflejo del pensamiento que considera que ese no es un asunto del resorte de la carta, o acaso porque lo entendía implícito en la norma relativa al deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de las personas,³ las muy pocas que sí hablaron de él apenas lo hicieron en forma lacónica.

Así, por ejemplo, el proyecto presentado por el gobierno nacional de una parte afirmaba escuetamente que entre los principios rectores de la actividad estatal está el de que “el Estado y los funcionarios públicos serán responsables de acuerdo con la ley”,⁴ y por otro lado planteaba la inclusión de un capítulo específico en materia de responsabilidad, pero conformado por un único artículo del siguiente tenor:

Artículo 66: Los artículos 21 y 51 de la Constitución Política pasarán a ser el artículo 66 y quedarán así:

Responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado

1. Las leyes determinarán la responsabilidad de los funcionarios públicos que atenten contra los derechos garantizados en la Constitución, así como la de los órganos estatales a los cuales estuvieren vinculados.

2. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

³ Como ejemplo de esta afirmación puede citarse el Proyecto núm. 1 presentado por el constituyente Pérez González-Rubio (*Gaceta Constitucional*, núm. 4, p. 2, punto 9).

⁴ Numeral 3 del artículo 7o. del Proyecto núm. 2 (en *Gaceta Constitucional*, núm. 5, p. 2).

3. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.⁵

El único proyecto que, a más de afirmar de modo expreso y rotundo la responsabilidad del Estado, se abocaba a la definición de su contorno básico era el núm. 72, presentado por el constituyente Esguerra Portocarrero, a cuyo tenor:

ARTÍCULO. Tanto el Estado como los funcionarios públicos y los particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos serán responsables de los daños injurídicos [*sic*] que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de sus tareas.

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.⁶

La propuesta era ciertamente novedosa. En primer lugar, por lo ya dicho, en el sentido de que hasta entonces la Constitución colombiana jamás había contado con un postulado claro y definido en materia de responsabilidad estatal. Pero principalmente porque, además, la propuesta daba un paso adicional, al adentrarse en el señalamiento de los elementos esenciales de esa responsabilidad.

Como se dijo en la exposición de motivos que se acompañó al proyecto, eso era precisamente lo que se buscaba.

En razón de la materia, el examen del proyecto se le asignó a la Comisión Primera y, dentro de ella, a la Subcomisión Tercera, que concretamente tuvo a su cargo, entre otros,⁷ el tema de los instrumentos de protección de los derechos.

La Subcomisión le encargó su estudio preliminar y la elaboración de la ponencia respectiva al constituyente Esguerra. Dicho estudio dio lugar a que él mismo le hiciera algunos ajustes y modificaciones al proyecto original, que quedó entonces así:

⁵ Proyecto núm. 2 (*Gaceta Constitucional*, núm. 5, p. 7).

⁶ *Gaceta Constitucional*, núm. 23, p. 48.

⁷ Esos otros fueron el de los mecanismos de participación democrática y el de la reforma constitucional.

Las autoridades públicas serán responsables por infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones.

Cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también podrá demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.⁸

Como se dijo en la respectiva ponencia, la idea básica era muy clara: “la consagración constitucional de un régimen integrado que envuelva tanto las responsabilidades de tipo penal y disciplinario que pesan sobre los funcionarios públicos, como la patrimonial, que debe incumbirles por igual a todas las autoridades públicas y al Estado”.⁹

Pero no fue sólo eso. Basta comparar el texto de la propuesta original con este segundo para percibir de qué manera éste se enriqueció con el aporte de nuevas ideas. Especialmente las que recogían las preocupaciones que subyacían, aislada pero repetidamente, en varios proyectos y propuestas en relación con la necesidad de precisar una responsabilidad personal de los propios funcionarios públicos, que apuntara a proteger el patrimonio público y a combatir la indolencia y el desgüeño administrativos. Esa preocupación dio lugar a la agregación del inciso final que, en el evento de una condena contra el Estado que le impusiera el pago de una reparación patrimonial, lo obligaba a iniciar una *acción de repetición* contra el funcionario que hubiera incurrido en culpa.

Por otra parte, la ponencia explicó, mucho más detalladamente de lo que lo había hecho la exposición de motivos original, el sentido y el alcance que tenían algunas de las innovaciones que se proponían por el lado de la estructura conceptual de la responsabilidad patrimonial del Estado. En ella dijo lo siguiente el constituyente Esguerra:

⁸ *Gaceta Constitucional*, núm. 56, p. 15.

⁹ *Ibidem*, p. 14.

Conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la “responsabilidad por daño especial”.

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que, para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para el efecto quedará, naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia.¹⁰

De otro lado, el artículo que ahora se proponía adolecía de un evidente error de técnica, ya que incorporaba, en su segundo inciso, una especie de embrión de una acción de cumplimiento, que por supuesto nada tenía que ver con el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La Subcomisión acogió lo sustancial del proyecto y, con la sola eliminación del inciso relativo al tema de la acción de cumplimiento, acordó someterlo a la consideración de la Comisión Primera.¹¹

Esta Comisión, por su parte, se abocó de lleno a su examen y discusión. En ellos, el constituyente Ramírez Ocampo sugirió que el artículo se limitara al tema de la acción de repetición, ya que, a su juicio, el artículo que definía los principios básicos sobre organización y funciona-

¹⁰ *Ibidem*, p. 14.

¹¹ Así quedó consignado en el informe-ponencia que los constituyentes Arias López, Mejía Agudelo y Esguerra Portocarrero elaboraron con destino a dicha comisión, el cual aparece publicado en el núm. 52 de la *Gaceta Constitucional* (pp. 7 y ss.).

miento del Estado, ya definía lo esencial en materia de responsabilidad patrimonial. Expresó, además, que la institución de la acción de repetición podría conducir “a que no haya quien acepte desempeñar cargos públicos”. Este temor, del que participaban también los delegatarios Uribe Vargas y Pastrana Borrero dio lugar a que el constituyente Emiliani Román propusiera entonces limitar la responsabilidad del funcionario y la consiguiente acción de repetición sólo a los eventos en que él incurriera en culpa grave o dolo.¹²

Y así, luego de que el delegatario Esguerra insistiera en lo esencial del proyecto, en el sentido de consagrar de modo expreso la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado, ya que a su juicio el artículo sobre principios básicos de organización y funcionamiento del Estado no era suficiente, pues apenas hablaba vagamente de una responsabilidad personal de los funcionarios públicos, la Comisión aprobó unánimemente el siguiente artículo:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, el funcionario o uno y otro.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.¹³

Concluido su trámite en la Comisión, el proyecto se remitió a la plenaria de la Asamblea para el primer debate reglamentario, junto con una ponencia en la que se destacaban tanto los aspectos más sobresalientes de la propuesta, como el resultado de las discusiones que se habían desarrollado en torno de ella a lo largo de las etapas preliminares.¹⁴

Ese primer debate en plenaria se desarrolló con la participación muy activa de varios constituyentes y en medio de un rico debate.¹⁵ Al final,

¹² El recuento de los debates aparece publicado en el núm. 132 de la *Gaceta Constitucional* (p. 19).

¹³ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

¹⁴ Esta ponencia estuvo a cargo de los delegatarios Arias y Esguerra, y aparece publicada en la *Gaceta Constitucional*, núm. 77, pp. 7 y ss.

¹⁵ Tal como se señaló atrás, inexplicablemente, el acta correspondiente a la sesión del 6 de junio de 1991, en la que se desarrolló dicho debate, apenas contiene una melancólica

votado que fue el proyecto de artículo proveniente de la Comisión Primera,¹⁶ su primer inciso fue aprobado unánimemente, en tanto que el segundo lo fue sin votos en contra pero con dos abstenciones.

Luego, en desarrollo de lo dispuesto por el reglamento de la Asamblea, el proyecto pasó a la consideración de la Comisión Codificadora a fin de que ella lo estudiara dentro del contexto global del articulado aprobado en primer debate y, eventualmente, propusiera una formulación alternativa. La Comisión integró el proyecto al capítulo relativo a los instrumentos de protección de los derechos y, con el mismo texto que traía, lo presentó para segundo debate en plenaria, en donde fue aprobado, sin modificaciones, con 45 votos afirmativos.¹⁷

III. EL SENTIDO DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

1. *La responsabilidad principal y directa del Estado*

Como ha quedado dicho, el fin básico que persigue el precepto que finalmente quedó consagrado en el artículo 90 de la carta es el de afirmar explícitamente, por encima de toda discusión y de toda duda, y sin nece-

relación de las proposiciones sustitutivas que se presentaron a lo largo del mismo, pero en ella brilla por su ausencia la relación de las incidencias de los planteamientos y las discusiones que en él tuvieron lugar (*Gaceta Constitucional*, núm. 129, pp. 2 y ss.). En relación con el tema de la responsabilidad del Estado, en ella no aparece, por ejemplo, el debate que se suscitó a raíz de la inquietud planteada por el constituyente Ramírez Cardona, quien proponía que se eliminara el calificativo de “antijurídicos” de los daños que habrían de comprometer la responsabilidad del Estado, de manera que ésta cobijara ilimitadamente todo daño que se causara a un particular. El debate concluyó cuando se explicó que, puesto que en derecho el concepto de daño se refiere genéricamente a cualquier detrimento o menoscabo patrimonial que sufre una persona, la precisión era indispensable para que quedaran excluidos —como tenían que quedarlo— aquellos casos de verdaderos daños que sin embargo no son antijurídicos, como los impuestos, las multas y los demás gravámenes y cargas que pueden establecerse a cargo de las personas y en beneficio de la colectividad. Ellos, por supuesto, generan verdaderos menoscabos patrimoniales, pero —en cuanto se imponen en la forma prescrita por la ley— no pueden calificarse de antijurídicos sino todo lo contrario.

¹⁶ En la sesión del 14 de junio de 1991 (*Gaceta Constitucional*, núm. 136, pp. 13 y 14).

¹⁷ En la sesión plenaria del 29 de junio (*Gaceta Constitucional*, núm. 142, p. 19). Por decisión reglamentaria de la Asamblea, en el segundo debate sólo se contabilizaban los votos con los que se aprobaba o se improbaba un artículo.

sidad de más lucubraciones hermenéuticas por parte de los jueces, la responsabilidad patrimonial del Estado como una de las piedras angulares del Estado de derecho y como una garantía ciudadana fundamental.

También ha quedado dicho que se trata de una verdadera responsabilidad estatal. Es decir, de un deber jurídico que, sin ambigüedad ninguna, le ha sido señalado directa y personalmente al Estado. Así pues, es a él y no a sus funcionarios a quien incumbe pechar con las consecuencias de las acciones o las omisiones cumplidas en el marco de una tarea pública, en cuanto ellas produzcan como efecto un daño que, en justicia y en derecho, reclama una reparación.

Y es él, entonces, el primer obligado a esa reparación, así esté también comprometida —como en efecto la propia norma dispone que lo está— la responsabilidad personal del agente que obró o debió obrar en su nombre y que, en ese trance, incurrió en dolo o culpa grave.

Porque, por otro lado, también se ha dicho —y es igualmente claro— que la aserción de la responsabilidad del Estado no implica —ni muchísimo menos— cohonestar la imprudencia, la indolencia o la mala o torcida intención de un funcionario público, o permitir que ellas se disculpen o queden impunes por el solo hecho de que tuvieron lugar bajo el manto del servicio público.

De otra parte, la exposición de motivos que acompañó el proyecto original, y las sucesivas ponencias que precedieron y siguieron los distintos debates, tanto como el texto mismo de la norma que finalmente salió de ellos, evidencian, con no menor claridad, que la decisión del Constituyente no consistió apenas en enarbolar la responsabilidad del Estado, sino que se extendió además a la redefinición de su tradicional fundamento conceptual.

Así se desprende, sin duda, del enunciado con el que comienza el artículo, cuando en él se indica de modo preciso que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado está en “los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. O, dicho de otra manera, que ella nace de la lesión patrimonial que injustificadamente sufre una persona con ocasión del ejercicio de una función pública.

Ya entonces, lo que importa no es tanto si esa función pública se cumplió o no en debida forma, sino, ante todo, si, desde el punto de vista del derecho, el daño que se causó con ocasión de su ejercicio tenía o no alguna justificación; si tenía o no un título jurídico válido.

Ello significa decir, sencillamente, que el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado está ahora en el efecto más bien que en la causa. En otras palabras, que el Constituyente trasladó su eje del carácter antijurídico de la conducta que, por activa o por pasiva, observó la autoridad pública involucrada, al carácter antijurídico del daño al que ella dio lugar.

Por ende, más que saber si un funcionario o una dependencia estatales incurrieron o no en una conducta culposa o en una falla del servicio, importa determinar si el perjuicio del que uno u otra fueron causa tenían o no que ser soportados por la víctima como parte de su cuota de sacrificio en bien de la comunidad.

Y la razón de fondo es la que se mencionó al hablar de los nuevos modelos de responsabilidad del Estado: la consideración de que los esquemas de tipo subjetivo, fundados en los errores de comportamiento imputables a los entes públicos, no son suficientes para albergar todas las hipótesis de casos en los que la justicia reclama una reparación para la víctima que no tenía por qué soportar un determinado daño, así la conducta pública que dio lugar a él hubiera sido irreprochable, así el “servicio público” hubiera funcionado impecablemente. Además porque, hoy por hoy, ni la justicia ni quien resulta víctima de un daño que fue ocasionado por el Estado y que carece de toda justificación, están dispuestas a aceptar que el reclamo de su indemnización pueda ser rechazado válidamente con en el peregrino argumento de que la conducta oficial que lo causó se ciñó en un todo al correspondiente reglamento. Los principios de solidaridad social y de igualdad frente a las cargas públicas exigen esa responsabilidad.¹⁸

Ahora bien, es evidente que, al menos en principio, el modelo de responsabilidad, que tiene como punto de partida la noción del daño antijurídico, es un modelo de responsabilidad objetiva.¹⁹ Y lo es precisamente

¹⁸ Sobre este particular véanse, por ejemplo, las obras de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (*Curso de derecho administrativo*, 9a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, t. II, capítulo XXI), Fernando Garrido Falla (*Tratado de derecho administrativo*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 1989, vol. II, título V, capítulo VIII, pp. 240 y ss.), Juan Alfonso Santamaría Pastor (*Principios de derecho administrativo*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, vol. II, capítulo XXII) y Ramón Parada (*Derecho administrativo*, 12a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, t. I, capítulo XVII).

¹⁹ Pero desde luego no es ni el primero ni el único. Bien se sabe que lo son también, en el campo del derecho privado, el de la responsabilidad fundada en el riesgo creado o

por eso: porque su núcleo está en la condición antijurídica de ese daño, y no ya en la de la conducta del sujeto público.

Naturalmente, ello no significa en absoluto, como a veces se ha insinuado con ánimo descalificador, que éste es un esquema de responsabilidad patrimonial de manga demasiado ancha, que con muy poco realismo pretende convertir al Estado en un alegre dispensario de indemnizaciones, en una utópica panacea para todo perjuicio que injustificadamente sufra una persona de manos de otra o por obra del destino.

Ese ciertamente no es el caso. En parte alguna el artículo 90 de la Constitución hace responsable al Estado de todos los desafueros de los que puede ser víctima un ciudadano. La responsabilidad patrimonial que le atribuye la carta no es ni mucho menos ilimitada. Ella está expresamente circunscrita a los daños que tengan el carácter de antijurídicos y que, por otro lado, habiendo sido obra de la acción o la omisión de una autoridad pública, tengan la condición de serle imputables al Estado.

No es, pues, cualquier tipo de daño, sino sólo los que puedan calificarse de antijurídicos, tanto porque conllevan un mal o un menoscabo personal o patrimonial para quien los padece, como porque adicionalmente quebrantan el orden jurídico, dado que implican una contravención del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Y no se trata de daños de cualquier origen, sino sólo de aquellos que sean causados directamente por una autoridad pública. Y dentro de éstos, no de todos, sino apenas de aquellos que, en los términos del propio artículo constitucional, realmente puedan imputársele al Estado.

En relación con este último aspecto, a primera vista bien podría tenerse la impresión de que la norma constitucional está siendo innecesariamente reiterativa cuando, al referirse a la causa de los daños antijurídicos que hacen responsable al Estado, por una parte habla de que deben serle imputables a él, y, por la otra, de que deben haber sido ocasionados por la acción o la omisión de una autoridad pública.

Sin embargo, la verdad es que se está hablando de dos cosas distintas. Distintas pero desde luego conexas. Una, puramente fáctica, que dice relación al sujeto activo del daño, para indicar que su autor puede ser cualquier autoridad pública, y que puede serlo por acción o por omisión. Y

en el riesgo provecho, y en el del derecho público el de la responsabilidad sin falta y el de la responsabilidad por daño especial.

otra, de carácter estrictamente jurídico, que versa sobre la imputabilidad de ese daño, para señalar que esa autoría debe tener la virtualidad de comprometer al Estado. Así pues, a nuestro modo de ver, en este punto el sentido del precepto constitucional es clarísimo: los daños antijurídicos que desencadenan la responsabilidad del Estado son aquellos que tienen por autor a una autoridad pública y que, además, pueden serle válidamente atribuidos al Estado.²⁰

La responsabilidad por daño antijurídico tiene la ventaja adicional de que hace superfluos todos los esfuerzos de imaginación que con el tiempo había venido siendo necesario desplegar para ensanchar y para complementar una construcción que, como la de la falla del servicio, con todo y sus plurales méritos, definitivamente se había ido quedando corta frente a las ideas y las necesidades de los tiempos que corren.

Ni los esquemas, a modo de retazo, de la responsabilidad por falla presunta y de la responsabilidad sin falta, ni el continuo estiramiento de la falla del servicio, son ya necesarios.

Empero, el Consejo de Estado no lo ha entendido así. Con todo y que en un comienzo saludó complacido el artículo 90 de la carta de 1991, y que en unos primeros fallos le dio plena aplicación al nuevo régimen que él instituyó, muy poco después giró bruscamente atrás y prácticamente pasó a hacer de cuenta que nada había cambiado, fuera de la proclamación explícita de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Así, por un lado, en algunas sentencias liminares señaló que:

...probados los dos elementos que exige la Constitución como necesarios para el compromiso de la responsabilidad estatal de carácter patrimonial, es irrelevante para ese solo efecto que la acción dañosa sea constitutiva o no de falla del servicio; esa adquirirá importancia para el arreglo final de las cuentas entre la administración y el funcionario comprometido cuando esa circunstancia se presenta, que no es del caso. Ésta es, en esencia, la interpretación que la Sala ha venido haciendo de la norma constitucional pa-

²⁰ Adelante tendremos ocasión de ver cómo la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, un tanto temerosa del alcance que a su juicio podría llegar a tener el artículo 90, ha resuelto entender que esa imputabilidad no puede darse sino en los casos tradicionales de falla del servicio, falla presunta, actividad peligrosa o daño especial, con lo cual prácticamente se desemboca en que esta norma termine no habiendo agregado nada al tradicional esquema jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado que regía en Colombia antes de la Constitución de 1991.

ra cuya consagración jugó un papel definitivo toda la construcción jurisprudencial anterior que sirvió para deducir responsabilidad patrimonial al Estado bajo regímenes diversos.²¹

Pero, de otro lado, poco más adelante recogió velas y pasó a afirmar lo siguiente:

No es del todo exacto que luego de la expedición de la carta de 1991 la responsabilidad estatal se volvió objetiva y que en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista (*sic*) para su interpretación.

Enfocado racionalmente ese artículo 90 (importante avance en el derecho colombiano como que por primera vez, en forma expresa, se contempla en la Constitución la responsabilidad del Estado) surgen estos extremos que vale la pena destacar para ir despejando equívocos: *a*) que se cause un daño; *b*) que ese daño sea imputable, por acción u omisión, a una autoridad pública (la administración, en sentido genérico), y *c*) que ese daño sea antijurídico.

Así, la norma respeta los extremos de toda relación de responsabilidad, como que señala los sujetos activo y pasivo de la misma (la administración y el tercero lesionado), el daño y la relación de causalidad.

El daño, como es obvio, debe sufrirlo alguien. Con él se rompe el principio de no hacer daño a nadie. Y el daño tiene que ser antijurídico, o sea causado por el comportamiento irregular de la administración (irregularidad o falla que se pueda dar por acción u omisión) o por ciertas conductas que, aunque puedan calificarse como regulares, producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrirlo.

En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio, ni por cualquiera otra fuen-

²¹ Sentencia del 29 de octubre de 1992, dictada por la Sección Tercera, con ponencia del magistrado doctor Montes Hernández (expediente núm. 5946). Y con orientación semejante, pero apuntando a precisar más aún el sentido y el alcance de la expresión constitucional que fija el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado en “los daños antijurídicos que le sean imputables”, la sentencia del 26 de noviembre de 1992, de la misma sección, con ponencia del magistrado doctor Uribe Acosta (expediente núm. 7130), y la sentencia del 11 de febrero de 1993, también de la misma sección, de la que fue ponente el magistrado doctor Suárez Hernández (expediente núm. 7340).

te de las aceptadas por el derecho administrativo. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.²²

Ese es el criterio jurisprudencial que aún hoy prevalece. Para el Consejo de Estado, pues, esa “amplitud” que él mismo le reconoce a la Constitución de 1991 en materia de responsabilidad estatal, en realidad no significó un cambio propiamente tal. Según él, el estado de la cuestión es hoy semejante al de 1990, con el agregado que hizo la nueva carta de unos simbólicos “honores a la bandera”.

Sin embargo, nada impide esperar que en el futuro próximo, una apreciación jurisprudencial menos tímida le permita al artículo 90 de la Constitución el pleno despliegue de sus alas.²³

En cierta forma, ya el propio Consejo de Estado ha dado ocasionalmente unos primeros pasos, que sin duda han implicado ir avanzando en la definición del daño antijurídico, al decir que consiste en “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en el deber de soportar”.²⁴

La Corte Constitucional, en cambio, ha considerado por su parte que si bien evidentemente puede decirse —como lo ha dicho el Consejo de Estado— que el artículo 90 “representa la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual”, también es necesario señalar que la norma va más allá.

Porque —se dijo— no obstante ser verdad que “en la actual práctica jurisprudencial” se mantiene el apego por los regímenes tradicionales de la responsabilidad por falla del servicio, de la responsabilidad por falla presunta, de la responsabilidad sin falta y de la responsabilidad por daño especial, “con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, para lo cual, como bien lo

²² Sentencia del 2 de marzo de 1993, de la Sección Tercera, con ponencia del magistrado doctor Betancur Jaramillo (expediente núm. 7429). Con un análisis menos profundo, pero en el mismo sentido, la misma sección había dictado también, pocos días antes, la sentencia del 25 de febrero de 1993, con ponencia del mismo magistrado (expediente núm. 7742).

²³ Como ya ocurrió en España, que —como se vio— es la cuna de este singular régimen de responsabilidad estatal.

²⁴ Sentencia del 13 de julio de 1993, de la Sección Tercera, con ponencia del magistrado doctor Montes Hernández (expediente núm. 8163).

señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado”.²⁵

2. *La responsabilidad correlativa de los funcionarios públicos*

Así como la norma que nos ocupa dispuso, más allá de toda duda, que el primer obligado a responder de los daños antijurídicos que ocasione una autoridad pública es directa y personalmente el Estado, a renglón seguido estableció también —con igual rotundidad— que cuando la causa determinante de la responsabilidad patrimonial del Estado sea “la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

De esta forma consagró paralelamente una responsabilidad correlativa, también patrimonial, aunque secundaria,²⁶ en cabeza de los propios funcionarios públicos para los casos en los que el daño que produce la acción oficial y que da lugar a una condena en contra del Estado ocurre como consecuencia del dolo o la culpa grave de un funcionario.

Así tenía que ser, a fin de dejar sentado con toda claridad el principio de que la responsabilidad directa y personal del Estado es una verdadera garantía ciudadana, pero de ningún modo un refugio para la desidia de los funcionarios públicos o una patente de corso para su animosidad.

La adecuada y suficiente protección de los derechos de los particulares exige que el primeramente obligado a responder de los daños de los que, por acción u omisión, pueda ser causa el ejercicio de las funciones públicas sea el Estado mismo. Pero ciertamente no puede redundar en la impunidad de los servidores públicos que flagrantemente desbordan el marco de su acción.

Es que uno y otro postulados: el que obliga al Estado a proteger mediante una indemnización compensatoria los derechos ciudadanos lesionados por una conducta oficial y el que le exige procurar luego una sanción económica para el servidor público que con una acción dolosa o gravemente culposa originó esa lesión, son postulados de interés público que están directamente vinculados a la gestión cuidadosa y eficiente de las funciones del Estado y a la defensa de su patrimonio.

²⁵ Sentencia C-333 de 1996, con ponencia del magistrado doctor Martínez Caballero.

²⁶ En cuanto requiere la previa efectividad de la responsabilidad del Estado.

Así pues, esta parte final del artículo 90 lo que hace es simplemente buscar un equilibrio —por demás perfectamente razonable— entre las responsabilidades que deben ser del resorte del Estado y las que en últimas deben ser de cargo de sus funcionarios.

Lamentablemente, la Ley 678 de 2001, que desarrolló esa responsabilidad personal de los funcionarios y la correspondiente acción de repetición, marró la reglamentación de los claros principios que inspiraron al Constituyente en esa materia. Movida sólo por el afán de dar una muestra de catoniana severidad con la corrupción y con la desidia administrativas, pero sin un criterio claro y con muy poco de rigor, terminó creando un régimen tan absurdo como poco practicable.

En ella, en efecto, a la hora de precisar qué constituye una “conducta dolosa o gravemente culposa” —que al fin de cuentas es el presupuesto del que arranca la responsabilidad personal del funcionario—, una insensata especie de cacería de brujas terminó dando lugar a que se confundieran la mala fe y la indolencia extrema con los simples errores de apreciación fáctica o jurídica. Porque ciertamente constituye una insensatez equiparar todo caso de desviación de poder, de falsa motivación o de errada argumentación jurídica —que son nociones que tienen una amplia gama de grados y matices— con uno de dolo o de culpa grave,²⁷ cuando bien se sabe que en realidad estos últimos sólo se dan en los eventos extremos de aquéllos.

Con ese esquema, no solamente no se favorecerán como corresponde el celo y la pulcritud en la gestión pública, sino que, por el contrario, al borrarse los límites entre los actos maliciosos y las meras equivocaciones, terminará prestándosele flaco servicio a la sindéresis, al tiempo que se crea un clima de temor e incertidumbre entre los servidores del Estado, que en nada beneficiará la eficiencia administrativa.

IV. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO COMO GARANTÍA CIUDADANA

Precisados, como han quedado, el sentido y el alcance del artículo 90 de la Constitución —tanto los que se quiso darle, como los que hasta aho-

²⁷ Como con muy buena intención pero muy poco de sensatez lo hizo la Ley 678 en sus artículos 5o. y 6o. mediante el expediente de establecer que en todas esas anomalías administrativas se presume que existe el dolo o la mala fe.

ra se le han dado—, y, sobre todo, resaltada la voluntad del Constituyente de colocar la institución de la responsabilidad del Estado en el sagrario de las garantías constitucionales —como debe ser—, corresponde examinar ahora tanto las notas características particulares que en tal carácter tiene esa responsabilidad, como aquellas que tiene en común con sus congéneres.

1. *La estructura formal de la responsabilidad del Estado*

Cuando en el capítulo II se recorrió la teoría de los instrumentos de protección de los derechos se vio que, por el lado de su estructura formal, ellos son de distinto tipo y que, así, mientras unos tienen la forma briososa de una acción o una medida cautelar y otros la también dinámica pero apenas defensiva de una excepción, o la *sui generis* de una presunción, varios de ellos no son más que inertes declaraciones que afirman o prohíben.

La responsabilidad patrimonial del Estado pertenece a esta última categoría.

En efecto, con todo y la perentoriedad de su formulación, el artículo 90 de la carta no es más que una declaración. Una declaración por cuya virtud se hace el vehemente y claro reconocimiento de que la nación colombiana será responsable de los daños que causen sus autoridades en determinadas circunstancias, pero que por sí sola no da lugar a la efectividad de esa responsabilidad. Una declaración que no tiene dientes propios; que no dispone de la entidad procesal de una acción o de una excepción, y por lo tanto carece de la virtualidad necesaria para hacer valer coactivamente los derechos que protege o de allanar el camino para su realización.

Por este aspecto, el artículo 90 de la carta, entonces, no hace más que definir un instrumento puramente estático que, en sí mismo considerado, no tiene otro propósito que apuntalar lapidariamente la formulación normativa de los derechos fundamentales vinculados a la integridad de la vida, la honra y los bienes de las personas.

De esta suerte, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la acción de tutela, con la de cumplimiento, con las populares o con las de grupo, la eficacia real de los postulados del precepto constitucional en cuestión no está en sus propias manos, sino en las de unas herramientas

exógenas cuya estructuración, por otra parte, se delegó en el legislador, según la expresa disposición del artículo 89 de la carta.²⁸

2. *La acción que hace efectiva la responsabilidad del Estado*

Esa herramienta exógena a través de la cual se hace efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado es la acción de reparación directa de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Éste permite “demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”, y constituye, por ende, el indispensable corolario del precepto consagrado en el artículo 90 de la carta.

Ciertamente no estamos ante una acción nueva sino ante el nuevo nombre con el que, a partir del Decreto-ley 2304 de 1989,²⁹ se conoce a la vieja acción contencioso administrativa de indemnización de perjuicios que entre nosotros había consagrado el Código Contencioso Administrativo de 1941³⁰ en su artículo 68.

Procesalmente hablando, es una acción propiamente tal, es decir, una garantía instrumental dinámica, y, dentro de ese género, pertenece a la especie de las contencioso administrativas.

A través de ella se han venido ventilando entre nosotros, desde la reforma judicial de 1964, los procesos que persiguen que el postulado de la responsabilidad patrimonial del Estado se traduzca en una efectiva repa-

²⁸ Según el cual, “además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que (*sic*) puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

²⁹ Si bien la expresión “acción de reparación directa” apareció por vez primera en Colombia en el Código Contencioso Administrativo que se adoptó mediante el Decreto-ley 1 de 1984, en él se la denominó “acción de reparación directa y cumplimiento”, ya que ese mismo instrumento procesal servía también para demandar la ejecución de las leyes y los actos administrativos que no habían sido ejecutados por las autoridades obligadas a hacerlo. Sólo después de la reforma que se le introdujo al código mediante el Decreto 2304 de 1989, el nombre de la acción se redujo al que hoy tiene de “acción de reparación directa”.

³⁰ Adoptado mediante la Ley 167 de ese año.

ración de los perjuicios causados por las autoridades públicas en el ejercicio de sus tareas.

3. El carácter privado de la acción de reparación directa

La acción contencioso administrativa de reparación directa que le sirve de vehículo a la responsabilidad patrimonial del Estado se alinea en el grupo de las acciones de carácter privado. La razón es muy sencilla y consiste en que el bien jurídico que ella protege es un bien jurídico privado: el derecho subjetivo que en una sociedad medianamente civilizada asiste a cada uno de quienes la conforman, de reclamar y obtener la reparación de los daños personales que injustificadamente sufre de manos de una autoridad pública. Así se desprende del clarísimo texto del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Mediante esa acción se resarcen, pues, de modo personal, perjuicios que son igualmente personales.

4. El carácter principal, directo y en ciertos casos alternativo de la acción de reparación directa

A semejanza de lo que ocurre en los casos de las acciones de grupo y de las acciones populares, y por lo tanto a diferencia de los de las acciones de tutela y cumplimiento, la acción de reparación directa es una acción principal y —como lo señala su nombre— directa.

Así como por sí sola la responsabilidad patrimonial del Estado es una garantía inerte, la acción contencioso administrativa que la hace efectiva es un remedio procesal autónomo y autosuficiente que no pende de ninguno otro. Ocurridos los supuestos de hecho previstos en la Constitución y en la ley, la víctima puede, sin más y sin condicionamiento alguno, optar por su ejercicio, y acudir a él sin necesidad de cumplir previamente ningún tipo de trámite.

Sí, por otro lado, se tiene en cuenta lo que expresamente dispuso el constituyente en relación con las acciones de grupo, en el sentido de que éstas proceden “sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”,³¹ resulta evidente que la persona que, por obra de una autoridad pú-

³¹ Aparte final del segundo inciso del artículo 88 de la Constitución, relativo a las dos

blica, haya sufrido un perjuicio en común con otras puede, a discreción suya, ora hacer uso del remedio colectivo de la acción de grupo, ora del individual de la acción de reparación directa.³²

5. *El titular de la acción de reparación directa por responsabilidad del Estado*

El artículo 90 de la Constitución no dice una sola palabra sobre la víctima o víctimas de los daños antijurídicos de los que hace patrimonialmente responsable al Estado. Es curioso que así como de modo por demás claro establece esa responsabilidad y precisa su objeto y su causa, no hace, en cambio, ninguna referencia al sujeto pasivo del daño o —desde otra perspectiva— a la persona o personas en cuyo favor se consagra el derecho a la respectiva reparación patrimonial.

Por contraste, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo no puede ser más específico. Al instituir la acción de reparación directa, comienza precisamente por señalar que su titular es “la persona interesada”. Es decir, aquella o aquellas a quienes el derecho les reconoce, a título individual, la condición de dueños del derecho a reclamar la indemnización.

Se trata, ante todo, de la propia víctima; de la persona que sufre el daño antijurídico; de quien ve negativamente afectados, como consecuencia, su propio ser, su patrimonio o sus sentimientos más queridos; de quien, en razón de postulados jurídicos tan fundamentales como viejos, se convierte, por ello, en acreedor más que legítimo de una indemnización.

Y se trata, en segundo término, del heredero o herederos de esa víctima, a quienes su ausencia, en caso de muerte, por ejemplo, los convierte en “interesados” y les otorga el correspondiente derecho a demandar.

Obviamente, el ejercicio de esa titularidad se gobierna por las respectivas reglas procesales.³³

clases de acciones de tipo colectivo, a saber: las acciones populares y las acciones de clase o de grupo.

³² Véanse los artículos 46 y 47 de la Ley 472 de 1998.

³³ Por ejemplo, en cuanto dice relación con el *ius postulandi*, ya que, en este aspecto, la acción se gobierna por la regla general que establece que la comparecencia de una persona a juicio ante una autoridad jurisdiccional debe cumplirse por conducto de un abogado.

6. *El juez de la responsabilidad patrimonial del Estado*

El artículo 90 de la carta tampoco hace referencia alguna al juez de la responsabilidad del Estado. La ley, por su parte, tradicionalmente le ha asignado entre nosotros³⁴ a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias³⁵ y de las de reparación directa.³⁶ Dentro de esa jurisdicción, los artículos 132, numeral 6; 129; 134 A, numeral 6, y 133, numeral 1, la han distribuido entre los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, en función, básicamente, de la cuantía del respectivo proceso.³⁷

7. *El demandado en la responsabilidad patrimonial del Estado*

A estas alturas, no cabe ya duda ninguna acerca de que el viejo postulado que durante siglos negó tozudamente la responsabilidad del soberano o de cualquier ente público dio, prácticamente en el mundo entero, un giro de ciento ochenta grados. En la actualidad el axioma es todo lo contrario. En el caso de Colombia, el Estado es responsable de sus actos y de sus omisiones, y lo es con todas las consecuencias y para todos los efectos.

Esa responsabilidad involucra tres aspectos básicos. Por un lado, el de la imputabilidad, en el sentido de que ya hoy no hay duda de que es al Estado, como tal, a quien le son personal y directamente atribuibles las consecuencias jurídicas de los daños que ocasionan sus agentes, sus dependencias y sus funcionarios. Por otro, el de la obligación indemnizatoria, en el sentido de que es también sobre él, y asimismo en forma personal y directa, que pesa la consiguiente obligación de resarcir esos daños. Y, finalmente, el de la condición de demandado, ya que hoy es igual-

³⁴ A partir de la reforma judicial de 1964. Antes de entonces, esa competencia era por regla general de la justicia ordinaria civil.

³⁵ Desde la Ley 167 de 1941 hasta la expedición del Decreto-ley 1 de 1984, que la subrogó.

³⁶ A partir de la expedición del Código Contencioso Administrativo de 1984 y, más precisamente, de la del Decreto-ley 2304 de 1989, que varió el nombre de “acción de reparación directa y cumplimiento” por el de “acción de reparación directa”.

³⁷ Según que ella sea inferior o superior al valor de quinientos salarios mínimos legales mensuales.

mente evidente que es contra el propio Estado contra quien debe dirigirse la demanda a fin de que se declare esa responsabilidad y de que se le imponga, en consecuencia, la condena a la reparación de los perjuicios.

Por supuesto, la referencia a la “condición de demandado” implica la necesidad de tener en cuenta la perentoria exigencia de las reglas básicas en materia procesal, conforme a las cuales toda demanda ha de dirigirse contra una persona natural o jurídica, pues sólo quienes ostentan esa calidad tienen vocación para ser parte en un proceso.³⁸ Por consiguiente, cuando se habla de demandar al Estado en un caso de responsabilidad patrimonial, debe entenderse que el Estado tiene allí un sentido que ciertamente trasciende la sola idea de una enteología política y que debe concretarse a través de uno de los entes que lo personifica jurídicamente.

En Colombia, esa personificación jurídica la encarna de modo general “la nación” y de modo particular “las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas”, según lo establece el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo. De acuerdo con éste, ellas “podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes [*sic*] en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados”.

En él se precisa más delante que en estos procesos la nación estará representada por el ministro, jefe de departamento administrativo, superintendente, registrador nacional del estado civil, procurador o contralor, según el caso, y que el ministro del interior la representa en cuanto se relacione con el Congreso y el de Justicia en lo referente a la rama jurisdiccional.

8. *El trámite de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado*

Tal como se señaló, la responsabilidad patrimonial del Estado se hace efectiva a través del camino de la acción contencioso administrativa de reparación directa establecida en el artículo 86 del código de la materia.

Naturalmente, ello significa decir que el trámite procesal correspondiente es el que ese código tiene previsto para esta acción, que es el del proceso ordinario contencioso administrativo de que tratan los títulos

³⁸ En el derecho colombiano, esa regla básica en materia procesal está contenida en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

XXIV y XXV de ese código (artículos 206 a 214), adicionados con las reglas especiales establecidas en el capítulo II del título XXVI (artículos 217 a 220).

9. *En qué se traduce la responsabilidad patrimonial del Estado*

Por definición, la responsabilidad del Estado se encuadra entre los instrumentos de protección de los derechos que operan “*est post facto*”. Su acción, por lo tanto, no está orientada a conjurar o a prevenir, sino a remediar o a reparar. Ella no busca evitar o detener una violación de un derecho ciudadano en trance de suceder, sino remediar los males causados por una transgresión que ya ocurrió.

Para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado es necesario entonces que esa violación del derecho haya pasado de la potencia al acto; que lo que era un riesgo, una amenaza o una eventualidad más o menos probable o próxima, se haya precipitado y convertido en realidad. Por encima de todo, que al hacerlo haya tenido el efecto de ocasionar un daño. Allí hay, pues, de por medio, un hecho o una omisión que ya pasaron —o comenzaron a pasar— y que, en todo caso, se tradujeron o irremisiblemente habrán de traducirse en un perjuicio cierto para alguien.

En esas circunstancias, causado ya el mal y ante la imposibilidad de revertirlo, la única opción que cabe es la de remediarlo mediante una indemnización. Por ello, lo que busca la responsabilidad patrimonial del Estado es que, luego de que se establezcan plenamente la existencia del daño, su condición antijurídica y su imputabilidad a una autoridad pública, se condene al Estado a resarcirlo mediante una indemnización que lo compense íntegramente.

El principio es sencillo: la reparación debe comprender todo el daño, y tan sólo el daño. La víctima tiene derecho a exigir la supresión del daño o, si ello es imposible, una compensación igual al perjuicio; pero no puede obtener más.³⁹

La forma ordinaria y corriente de reparar un daño causado por un delito o cuasidelito es mediante el pago de una *indemnización pecuniaria*. El di-

³⁹ Mazaeaud, Henri *et al.*, *op. cit.*, t. III, vol. I, p. 515.

nero no sólo es la medida de los valores, sino que tiene un poder liberatorio absoluto y permite a la víctima procurarse el equivalente que mejor le convenga.⁴⁰

Algunos sistemas jurídicos⁴¹ han construido su régimen de responsabilidad patrimonial sobre la base de darle a la indemnización un sentido sancionatorio y no uno simplemente compensatorio. En ellos es más o menos corriente encontrar sentencias en las que el juez impone condenas cuyo monto excede con mucho el equivalente del daño, con el claro propósito de castigar severamente una determinada conducta para mostrar el repudio social, jurídico o ético que ella genera.

Ese no es el caso colombiano, como tampoco el de la mayoría de los países que siguieron los pasos del Código Civil de Napoleón. Entre nosotros la regla ha sido siempre la expresada en los artículos 1613, 2341 y siguientes del Código Civil.⁴²

Es decir, de una suma que indemnice tanto el daño emergente como el lucro cesante.

10. *La caducidad de la acción de responsabilidad del Estado*

Como la vía procesal para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado es la de la acción de reparación directa, la caducidad de aquélla es la misma establecida para ésta, que es de dos años “contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o de cualquiera otra causa” (numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo).

Con una sola excepción, que se explica por sí sola, y a la que se refiere el inciso segundo del mismo numeral, cuando dispone que “el término

⁴⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1943.

⁴¹ Y marcadamente el anglosajón, aunque también por ejemplo el italiano.

⁴² Relativos, respectivamente, a que la indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, y a que “[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su momento desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal”.⁴³

⁴³ Esta excepción fue expresamente consagrada por el artículo 7o. de la Ley 589 de 2000.