

Las reparaciones en espacios transicionales y sus perplejidades. La aparente transformación del Derecho de daños

Henry Mauricio Reyes Garcés

Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Universidad Externado de Colombia

Directora de tesis: **Nathalia Elena Bautista Pizarro**

Presidente de tesis: **Carmen Eloísa Ruiz López**

Presidente del Jurado: **Carmen Eloísa Ruiz López**

Jurados:

Edgar Cortés Moncayo

Héctor Vargas Vaca

Febrero, 2020

Bogotá, Colombia

Para mis *quereres* que apoyaron la transformación
que escribir demanda

Tabla de contenido

Las reparaciones en espacios transicionales y sus perplejidades. La aparente transformación del Derecho de daños 5

INTRODUCCIÓN 5

Parte 1: Deberes y derechos de indemnidad como parte de un plan social 11

1.1. Cuestiones complejas o perplejidades de la reparación en transición 12

1.2. Una propuesta teórica para abordar el Derecho de daños 25

1.3. Agencia, imputación e identidad en la responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano 37

1.3.1. La agencia del Estado en la causación de daños 38

1.3.2. Reglas de imputación vs. reglas de reparación..... 42

1.4. Identidad e imputación como expresión de Justicia correctiva y confianza..... 46

1.5. La prohibición de trasladar el deber de reparar en un escenario de normalidad 52

1.5.1. Responsabilidad del servidor público por dolo y culpa grave..... 53

1.5.2. Reparación por actos terroristas de terceros 55

Resultado parcial 58

Parte 2: La transformación del Derecho de daños en escenarios de justicia transicional 60

2.1. La transición es el plan. La teoría de Shapiro y la fundamentación de la justicia transicional 63

2.2. Justicia distributiva y justicia transicional: La responsabilidad transformadora y el trasegar del tiempo..... 68

2.2.1. La justicia distributiva establece un espacio de libertad y seguridad 68

2.2.2. La distribución de derechos de indemnidad es más robusta en periodos de transición 71

2.3. Justicia correctiva y la transición, de las relaciones bilaterales a las relaciones colectivas	75
2.3.1. El lugar de la justicia correctiva en los juicios de responsabilidad	75
2.3.2. De la confianza en el otro, a la confianza en el colectivo	77
2.4. Los casos específicos de responsabilidad en sistemas transicionales.....	80
2.4.1. La asunción del daño por un funcionario público en periodos transicionales.....	80
2.4.2. La reparación por el hecho de tercero en situaciones de transición	81
Resultado parcial	83
Parte 3: El Derecho de daños a la luz del Acuerdo de Paz de La Habana	84
3.1. Teoría y dogmática de las reparaciones en el escenario de transición colombiano	84
3.1.1. El nivel externo de justificación de la responsabilidad extracontractual del Estado: Colombia entre justicia distributiva, correctiva y transicional	87
3.1.1.1. La distribución de bienes de indemnidad en la justicia transicional	88
3.1.1.2. La generación de confianza y la justicia correctiva para la paz	99
3.1.2. El nivel interno de justificación de la responsabilidad extracontractual del Estado: La estructura del Derecho de daños en el marco de la justicia transicional	104
3.2. La garantía de la reparación a la luz del Acuerdo de Paz de La Habana. La situación del servidor público y del tercero al Estado	110
3.2.1. Comprensión y justificación del trato diferenciado para agentes del Estado en periodos transicionales	110
3.2.2. Comprensión y justificación de la reparación por el hecho de tercero en situaciones de transición.....	112
CONCLUSIONES	113

Las reparaciones en espacios transicionales y sus perplejidades. La aparente transformación del Derecho de daños

Resumen: En el escenario de justicia transicional colombiano los daños causados por terceros excombatientes o por los servidores públicos con dolo o culpa grave en el conflicto armado son garantizados por el Estado. Al respecto surgen distintas preguntas ¿cuál es la justificación iusfilosófica para esta garantía del deber de reparar? ¿Cómo le es imputable causal y jurídicamente estos comportamientos al Estado? ¿Merece el Estado ser condenado por tales eventos? Dichas preguntas son abordadas en clave teórico-filosófica en el artículo que sigue. Para ello, se utilizan teorías modernas sobre el rol del derecho de daños que lo describen como distribución de derechos y deberes de indemnidad, y las exigencias a las que responde, tanto en escenarios de normalidad como en escenarios de transición desde el concepto de planes sociales esbozado por Shapiro en *Legalidad*. Con base en este sustento epistemológico se analiza el Acuerdo de Paz de La Habana, así como las normas que le desarrollan, para concluir que la justicia transicional permite moldear las instituciones básicas de la responsabilidad con una finalidad social: la superación del mal causado, la redención de los responsables, el revestimiento de las víctimas y el fortalecimiento del Estado social de Derecho.

Palabras clave: Responsabilidad civil extracontractual, Justicia transicional, Derechos y deberes de indemnidad, Reparaciones con enfoque transformador y restitutivo, Positivismo jurídico.

Abstract: The scenario of Colombian transitional justice implies that damages caused by ex-combatant third parties or by public servants with intent or serious fault in the armed conflict are guaranteed by the State. In this regard, different questions arise: what is the philosophical justification for this guarantee of the duty to repair? How are these behaviors legally and causally attributable to the State? Does the State deserve to be convicted of such events? In this article, these questions are addressed in a theoretical-philosophical key. For this, modern theories are used on the role of the Tort law, such as the distribution of rights and obligations of indemnity, and the demands to which it responds, both in normality scenarios and in transition scenarios from the concept of social plans outlined by Shapiro in *Legality*. Based on this epistemological sustenance, the Havana Peace Agreement is analyzed, as well as the

norms that develop it, to conclude, that transitional justice allows shaping the basic institutions of responsibility with a social purpose: overcoming the evil caused, the redemption of those responsible, the lining of the victims and the strengthening of the social rule of law.

Key words: Tort Law, Transitional justice, Rights and obligations of indemnity, Reparations with transformative and restorative approach, Legal positivism.

INTRODUCCIÓN

Las sociedades y sus ordenamientos jurídicos deben decidir qué hacer con los daños que se causan antijurídicamente, bien sea, intencionales o no intencionales, contractuales o extracontractuales. Es algo necesario para coordinar el actuar de los individuos que hacen parte de la sociedad. Sin embargo, hablar normativamente del término *responsabilidad civil extracontractual*¹ puede significar muchas cosas, depende no sólo del contexto en el que se aplica, sino también de la comprensión de los fines del Estado y de la libertad que protege.

En ese marco, este trabajo de investigación estudia el sentido del Derecho de daños en el campo de la justicia transicional, donde el contenido de las reparaciones no es idéntico al escenario ordinario que vive una sociedad democrática en el marco del Estado de Derecho. Por tal razón, su estudio conduce a cuestionar la naturaleza y los elementos esenciales de la responsabilidad.

En efecto, cuando el Derecho de daños se aplica en contextos transicionales aparecen diferencias que llevan al intérprete a preguntarse analíticamente por la naturaleza de la responsabilidad y la implicación de sus conclusiones. La pregunta ¿Qué es la responsabilidad en escenarios transicionales? es precedida por cuestionamientos acerca de las consecuencias que trae esta interpretación frente a temas como *la teleología* de la institución y del ordenamiento normativo en el cual se circunscribe, aquello que *entrega* la responsabilidad a quien la reclama, el *límite* de los perjuicios indemnizables, el *modo de la reparación* y la *identidad* no sólo del que repara, sino también del que será reparado.

¹Autores como Suárez encuentran que el término “responsabilidad” puede tener tres acepciones dependiendo del concepto que le siga inmediatamente. Aquella que importa en gran medida a esta tesis, es la responsabilidad jurídica o deontológica. Aquella que surge por incumplir una norma, por dejar de realizar una práctica legalmente exigible, o incurrir en una conducta contenida el derecho como origen de responsabilidad. (Suárez, 2014, pp. 13-20).

Dicho ejercicio de reflexión se centrará especialmente en el caso de la obligación de reparar prevista en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Los acuerdos de la Habana) y su implementación, donde no es claro si el principal obligado de dicho resarcimiento es el victimario o el Estado.

En efecto, se ha establecido en el cuerpo normativo que le desarrolla, de un lado, el reconocimiento de los deberes de los victimarios de *contribuir* con la reparación de los derechos de las víctimas a través del esclarecimiento de la verdad, la reparación y el cumplimiento de las garantías de no repetición tanto en la Ley de Amnistía 1820 de 2016 (Arts. 14, 33, 34, 35 par. E inc. 6, 50 y 55) como en lo relativo al sistema de sanciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley Estatutaria de la JEP 1957 de 2019 art. 138, 139, 140 y 141) y, de otro, el deber del Estado de *garantizar* de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva dicha indemnización en el Acto Legislativo 1 de 2017 (Art. 18), como implementación del sistema integral de reparación reconocido en los Acuerdos de Paz (Parte 5 “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”).

Empero, ocurre algo particular con el obligado a reparar. Por un lado, se limita el concepto de *victimario*. Se puede observar que incluye *al excombatiente* -exmiembro de las FARC-EP o militar- también al *funcionario público no militar* que en el marco del conflicto coadyuvó o causó algún daño y el del *tercero* que siendo particular o *Agente del Estado No integrantes de la Fuerza Pública* (AENIFPU) participó de manera directa o indirecta en el conflicto armado (Acuerdos de la Habana N° 40 y ss, A.L. 1 de 2017 art. 5, 16 y 17, L. 1820 de 2016 art. 2). Por otro, frente a la aplicación de una amnistía, indulto, renuncia o cesación de la acción penal, trato diferenciado, o en general cualquier *tratamiento favorable* para el *victimario* se extingue la posibilidad de iniciar una acción de reparación en contra suya (L. 1820 de 2016. Art. 41, 42, 43, A.L. 1 de 2017 art. 18 par.), o se hace improcedente la acción de repetición y el llamamiento en garantía cuando es un funcionario público (L. 1820 de 2016 A.45 L. 1 de 2017 Art. 26).

Todo ello sin perjuicio del deber del Estado de contribuir con la reparación y garantizar la no repetición (A.L. 1 de 2017 art. 18 par y 26) que varía dependiendo del tipo de tratamiento penal favorable (L. 1820 de 2016 art. 41, 42, 43 y 45) o la sanción impuesta según el delito cometido y la etapa en la cual se cuente la verdad garantizando la no repetición

(Ley Estatutaria de la JEP 1957 de 2019. Art. 134 y 138). A partir de lo anterior, se observa una posible concurrencia de la responsabilidad al reparar de los victimarios y del Estado. De manera que este trabajo argumenta que, en el fondo, el sistema de justicia transicional apunta hacia una transferencia del cumplimiento de la responsabilidad principal del victimario al Estado, lo cual también puede denominarse garantía de reparación²; pero que dicha transferencia o garantía no elimina las justificaciones básicas que se encuentran en un sistema de reparaciones -esto es la justicia distributiva y correctiva- sino que les da un alcance contextual diferente.

En el Derecho administrativo ordinario, tal como sucede en los casos de la responsabilidad por actos terroristas de terceros y en la responsabilidad del Estado por culpa grave o dolo del funcionario público (art. 90. Constitución Política), la garantía del resarcimiento por parte del Estado es transitoria y/o excepcional. En estos casos, el deber de reparar el daño es garantizado por el Estado transitoriamente pues es factible repetir en contra del victimario, aun cuando en el caso de los actos terroristas sea muy difícil hacerlo. Así mismo, los escenarios específicos de responsabilidad donde surge esta garantía surgen son excepcionales.

Sin embargo, parece que en contextos transicionales esta garantía es la regla general y se difumina la posibilidad de repetir. De este modo, podría plantearse como hipótesis que frente a los daños ocasionados en la guerra es el Estado quien responde de forma principal y permanente, con miras a garantizar un mínimo de paz³ y, ante todo, reconocer la posición y las necesidades de las víctimas. La transmutación de esta característica, y de otras más, es una implicación que lleva a la pregunta, de si, en efecto, sigue siendo responsabilidad civil lo que se aplica en los espacios de transición es algo más.

En este punto, la investigación utilizó el concepto de perplejidad que se define como aquella característica que se opone a esos elementos esenciales o intuiciones de una institución jurídica⁴ para evaluar a su luz aquellas normas de difícil explicación y buscar una

² Se hace referencia con esta “transferencia” o “garantía” a una situación excepcional donde el daño es trasladado a un tercero, que debe indemnizar por alguna razón normativa, pero que aún cuenta con la posibilidad de repetir respecto el verdadero causante.

³ Infra hago una explicación normativa de esta apreciación sobre el deber del Estado de reparar. Especialmente en el tercer apartado.

Sobre el concepto analítico de intuición se puede consultar (Jackson, 1996, p. Capítulo 2) y (Shapiro, 2014, pp. 42-45).

fundamentación que dé coherencia a su contenido. Como se verá en la responsabilidad del Estado dentro de la transición, aparecen características que no son comunes, perplejidades en torno a *qué* y *quién* repara, así como la *teleología*, la *mixtura* de lo que se entrega, el *límite* y el *modo* de la reparación.

De tal suerte, el objetivo de la tesis consiste en identificar la naturaleza de la responsabilidad extracontractual del Estado y sus consecuencias normativas en este contexto particular de transición, a partir de una explicación teórico-filosófica del deber de reparar los daños surgidos en el conflicto armado colombiano, para finalmente establecer si el mismo se puede seguir concibiendo como responsabilidad extracontractual. Para ello, se estudiarán como casos específicos la responsabilidad del Estado por los actos de los excombatientes de las FARC-EP junto a la responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios públicos cuando en el marco de la guerra causan un daño con dolo o culpa grave, a partir de un razonamiento que se hace en tres partes.

En la primera se describirá la naturaleza de la responsabilidad civil y se presentará una versión del Derecho de daños que ilumina la transferencia o garantía de los deberes de reparar en escenarios de normalidad por parte del Estado. Aquí se explicará, con la ayuda de dos teorías conceptuales, la realidad social de la práctica del Derecho de daños de una forma lo suficientemente abstracta, tal que se pueda aplicar no sólo en diversas localidades, sino también en diversos contextos normativos.

Seguido, en la segunda parte del texto, se buscará dar aplicación al concepto de reparación en el escenario de justicia transicional colombiano. Esto conduce a que el estudio se convierta en una tesis de carácter fundacional o deontológica. Aquí se estudiarán las reparaciones en escenarios transicionales, y se explicará cómo se deberían articular para seguir llevando el *nomen* de Derecho de daños. Con base en ello, se revisará la transferencia del deber de reparar en el caso del servidor público y el tercero ajeno al Estado.

En la última parte se comparará una tesis normativa y otra descripción dogmática del sistema de normas que se ha diseñado en Colombia para ejecutar los Acuerdos de la Habana, y con ello, se determinará si cumple con las exigencias de la justificación *ius filosófica*. De este modo, la investigación contiene un análisis del sistema de Derecho colombiano y las teorías de la responsabilidad civil aplicable al caso de estudio.

Al finalizar el texto, se espera mostrar que dichas perplejidades se pueden comprender y justificar bajo los mismos fundamentos normativos de la responsabilidad extracontractual del Estado. Ello permitirá una mejor aplicación de las normas que regulan este tema. Reflexión esencial para una democracia en reconstrucción, donde los practicantes de la responsabilidad se sienten entre tinieblas.

Parte 1: Deberes y derechos de indemnidad como parte de un plan social

Las normas son significados atribuidos a oraciones que pueden ser formuladas en el lenguaje⁵. Aceptar esta afirmación implica presentar un reto para las autoridades encargadas de la interpretación de los Acuerdos de la Habana y las normas que le desarrollan, esto es, atribuir significado a los preceptos normativos de este sistema específico de Derecho, sin convenciones sociales en torno al significado plausible de dichos textos.

Dicho reto se puede asumir por dos caminos. Uno, encontrar que los conceptos básicos de la responsabilidad se han transformado pero que su justificación aún es útil para interpretar los nuevos preceptos. Otro, identificar nuevos argumentos que expliquen las instituciones. Por supuesto, el segundo es mucho más largo que el primero, y por ello, antes de iniciar su tránsito es inteligente evidenciar, si en verdad, las instituciones con las que contamos como sociedad carecen de algún poder explicativo.

Por ello, para comprender la naturaleza de la reparación en el marco del modelo de justicia transicional mencionado se realiza una breve reflexión acerca del sentido de este tipo de obligación en el Derecho ordinario. El objetivo no es presentar un manual de responsabilidad civil contemporáneo, sino evidenciar qué aspectos del discurso actual de la institución de las reparaciones puede servir para comprender mejor su funcionamiento en un contexto transicional. Específicamente, si la responsabilidad es netamente correctiva o distributiva y en qué sentido lo es.

En ese orden de ideas, antes de elegir los aspectos sobre los que versará la descripción conceptual del Derecho de daños⁶, es propedéutico enfocarse en las dificultades interpretativas que ofrece el sistema de reparaciones en la transición. Una vez sean identificadas las perplejidades, se especificarán las teorías conceptuales que la revisión documental encontró como apropiadas para explicar el aspecto de la práctica que se modifica.

⁵ (Rodríguez, 2012, p. 129).

⁶ Sinónimo que se encuentra en boga y que pone la perspectiva no en el deber de reparar por parte del victimario, sino en el daño sufrido por la víctima. Este *nomen* también tiene una pretensión más omnicomprensiva, pretende enervar la *suma divissio* de la responsabilidad civil. Al respecto (cf. Koteich, 2003).

1.1. Cuestiones complejas o perplejidades de la reparación en transición

El sistema de reparaciones que se ha implementado en Colombia a raíz de los Acuerdos de La Habana - (Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y No Repetición) SIVJRNR- es desarticulado y complejo. Es desarticulado, pues las normas que regulan la reparación de las víctimas se expidieron en momentos temporales y contextos normativos distintos, lo cual lleva a incoherencias entre las ordenes normativas dictadas por la autoridad. Y complejo pues debe abordar un volumen y magnitud enorme de daños cometidos en el transcurso de la guerra interna que ha enfrentado Colombia por más de 50 años. De tal suerte, la comprensión tradicional del Derecho de daños pensada para situaciones particulares y cotidianas es insuficiente para este contexto.

Si bien la Ley 1448 de 2011 se expidió con antelación a los Acuerdos de La Habana, la negociación del 5 punto sobre víctimas y reparaciones, en los numerales 5.1.3.7. y 6.1.10, partió de dicho cuerpo normativo. En esa medida, para desarrollar el SIVJRNR acordó su fortalecimiento. Es por lo que la L. 1820 de 2016 hace una referencia expresa a dicha normas (art. 41 y 42) y la ausencia de directrices específicas en el componente de reparación en el Acto Legislativo 01 de 2017 crea una dependencia entre ambas normas o una relación de necesidad.

Pese a lo anterior, lo cierto es que dicha relación de necesidad entre la generalidad de la ley 1448 de 2011 y el SIVJRNR no implica que todas las partes -o fragmentos normativos de la primera- sean absolutamente coherentes con la segunda. En efecto, la ley 1448 de 2011 regula de forma exhaustiva mediante *formas de reparación, instrumentos e instituciones* el derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, pero el contexto normativo en el cual se profiere es distinto y esto implica ciertos desajustes o desarticulaciones que deben ser superados por el intérprete.

Una visión posible entendería que ambos cuerpos normativos al aproximarse a la reparación de víctimas de violaciones a Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) desde una perspectiva transformadora son sustancialmente idénticos, pero ésta sería miope, pues dejaría de distinguir el *contexto* y la *finalidad* de las reparaciones en este asunto. Teitel diferencia los contextos de las violaciones entre ordinarios y transicionales en un

ordenamiento jurídico y una sociedad democrática⁷, mientras que Uprimny & Saffon muestran que las reparaciones de dichas violaciones pueden tener un enfoque restitutivo o transformador⁸.

Debe aclararse que el contexto ordinario no implica una sociedad bien ordenada, democrática e igualitaria. Una sociedad puede tomar como su normalidad ser desordenada, dictatorial y desigual. Si decide modificar esta situación el periodo que transitará se denomina de justicia transicional. Evidentemente, el concepto que se acaba de referenciar es el peor mundo posible, e implica la ausencia de validez y/o eficacia del DIDH. En este escenario, extraño en el actual Derecho Internacional Público⁹, no habrá transición ni reparaciones. De manera que un nivel mínimo de compromiso con estos valores implica que en cualquiera de los periodos mencionados (ordinario o transicional) la reparación a violaciones de los Derechos Humanos dependa del enfoque que la comunidad política decida (restitutivo o transformador).

Sobre los enfoques de reparación vale la pena decir varias cosas. Una, respecto las modalidades de reparación. Williams alega que una de las modificaciones del DIP a partir de los DDHH fue que la restitución se hiciera parte de los componentes de la reparación integral (que reúne medidas como la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición), la cual debe analizarse en cada caso, y usar las distintas medidas como complementarias, no excluyentes ni jerárquicas¹⁰. Otra, que tal concepción de la reparación se encuentra reconocida en los distintos sistemas de protección internacionales ONU (Res. 60/147 de 16 de diciembre de 2005)¹¹ o Interamericano¹² como *soft law*. Y, una última, como Uprimny & Saffon atestan, que estas medidas se pueden articular para restituir a la

⁷ (Teitel, 2017, p. 20 y ss).

⁸ (Uprimny & Saffon, 2009, p. 33 y ss).

⁹ Vela Orbegozo (2012) alega que después de la segunda guerra los DDHH se transforman en un bien caro para la sociedad de Estados, y casi son un requisito para la relación con los demás sujetos del Derecho internacional.

¹⁰ (Williams, 2008).

¹¹ “Principios y directrices básicos de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, de las Naciones Unidas” Asamblea General de la ONU, Res. 60/147, Doc. A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005.

¹² Se pueden ver las más variadas sentencias como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la masacre de 19 comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, No. 109; *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, No. 134; *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, No. 140; *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, No. 149; *Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C, No. 163.

víctimas al momento anterior al daño -enfoque restitutivo- o a transformar la situación de inequidad que permitió la ocurrencia del daño -enfoque transformador-¹³.

En ese orden de ideas, la situación del Estado (ordinaria o transicional) es independiente del enfoque usado para reparar las violaciones al DIDH (restitutivo o transformador)¹⁴. Ambas categorías se relacionan y tienen efectos sobre los diseños institucionales más específicos, con miras a la utilidad social que el cuerpo normativo pretenda. De tal suerte, al ser proferida un cuerpo normativo de reparaciones de los Derechos Humanos con un enfoque transformador en una situación no transicional (ley 1448 de 2011), es obvio que todas sus partes no van a hacer sentido con otro de la misma naturaleza en un escenario transicional (SIVJRNR).

Para demostrar la anterior afirmación se explica el sistema de reparaciones contenido en la ley 1448 de 2011 enfocando la disertación en las *medidas* de reparación, los *instrumentos* y las *instituciones* que se integran al sistema desarrollado en los acuerdos de la Habana (SIVJRNR). Se aprovecha el espacio para explicar las complejas implicaciones de un enfoque transicional de la reparación, y, al final de la sección se mostrarán los puntos donde la desarticulación entre los dos sistemas genera dificultades interpretativas.

En primer lugar, las distintas *medidas para reparar* violaciones al DIDH se aplican según el enfoque que el Estado asuma. La perspectiva restitutiva analiza el caso, e identifica los distintos rubros del daño, para utilizar las medidas con el objetivo de devolver a la víctima a un momento anterior al evento daño, siempre con la prohibición de reparar dos veces¹⁵, y para ello utiliza una articulación entre la búsqueda de una restitución plena, medidas compensatorias, de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, frente a la víctima directa¹⁶.

En contraposición, la perspectiva transformadora no sólo busca cambiar la situación de la víctima (individual o colectiva) sino de toda la sociedad, modificando las condiciones

¹³ (Uprimny & Saffon, 2009, pp. 41-43).

¹⁴ Así mismo opinan Uprimny & Saffon, pues al estudiar los distintos enfoques de reparación, indican en el 2009, lejos de los procesos de paz con la guerrilla, era posible pensar en un enfoque transformador que “podrían convertirse en una oportunidad para sentar las bases de un proyecto [...] de transformación política y económica del orden social” (Uprimny & Saffon, 2009, p. 52).

¹⁵ (Henaó, 2015, pp. 50-51).

¹⁶ (Henaó, 2015, pp. 115-117).

del poder político y de desigualdades que facilitaron la comisión de los crímenes¹⁷. La naturaleza de estas reparaciones transformadoras implica, de acuerdo con Greiff, una coherencia interna y externa. La primera exige que las medidas de reparación se interrelacionen para lograr satisfacer las expectativas de las víctimas específicas frente a los distintos rubros del daño¹⁸, y la segunda, expresa una necesaria conexión con otros diseños institucionales extrajudiciales para alcanzar la paz, como medidas punitivas, comisiones de la verdad y las reformas institucionales¹⁹, cuyo enfoque principal es la sociedad.

En este punto vale hacer una claridad, las cinco medidas de reparación pueden usarse con ambos enfoques²⁰, en ello se comparte la opinión de Uprimny & Saffon. En principio se creería que la restitución es propia del enfoque reparatorio, mientras las garantías de no repetición típicas del enfoque transformador²¹. Pero la primera es esencial para solucionar el problema de desplazamiento forzado en Colombia, al restituir las tierras, con un enfoque transformador, mientras que la segunda puede usarse en casos individuales para evitar que un error suceda nuevamente, como ordenar a un hospital publicar la sentencia respecto una negligencia fácilmente prevenible, como la inyección de un medicamento intravenoso que puede causar reacciones alérgicas.

Estas medidas están vigentes en la ley 1448 de 2011 y son los mecanismos de reparación que usa el SIVJRNR. Pero se debe tener en cuenta la distinción frente a los escenarios en los que se profieren, pues si bien la primera ley de víctimas crea toda una institucionalidad para la reparación de las víctimas, no ofrece incentivos a los victimarios para lograr la eficacia de las mismas, como si lo hace el SIVJRNR.

En segundo lugar, *los instrumentos* de las reparaciones son las acciones que el sistema le permite a las víctimas para realizar las expectativas concedidas por el sistema. En un escenario ordinario estos mecanismos están pensados para situaciones individuales y excepcionales; mientras en los escenarios transicionales deben responder a eventos sistemáticos, voluminosos y generalizados.

¹⁷ (Uprimny & Saffon, 2009, pp. 41-42).

¹⁸ (Bolívar Jaime, 2009).

¹⁹ (De Greiff, 2006).

²⁰ (Uprimny & Saffon, 2009, pp. 40-41).

²¹ (Uprimny & Saffon, 2009, pp. 40-41).

En escenarios ordinarios, sin importar si la perspectiva de las reparaciones del sistema jurídico es restitutiva o transformadora, se diseñan mecanismos procesales ordinarios y extraordinarios para realizar las expectativas que generan los derechos fundamentales, así mismo, subsidiariamente en América un Estado que ha ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Convención IDH), y sus distintos protocolos, podrá acceder a este sistema de protección de forma subsidiaria.

De esa forma, en el sistema procesal colombiano los mecanismos atrás referenciados, pese a que serían útiles para aplicar una visión transformadora²² son insuficientes en un escenario como la guerra y contexto socioeconómico colombiano. A juicio de Dejusticia, estas herramientas procesales hacen muy difícil la reparación de las víctimas de la guerra colombiana por impases como “(i) la caducidad y la prescripción, (ii) la carga de la prueba, (iii) la preponderancia de la indemnización frente a otro tipo de medidas de reparación y (iv) los requisitos dogmáticos para su declaración o reconocimiento²³. Argumento expresado también por la Corte Constitucional en sentencia (C-588, 2019) donde entre otras consideraciones, al evaluar la constitucionalidad del término de vigencia de la ley 1448 de 2011, encontró su derogatoria una fuerte afrenta a la reparación integral.

Existen algunas medidas contenidas en el SIVJRNR que no están contenidas en la ley 1448 de 2011. Son mecanismos para buscar los cuerpos o personas y establecer un relato de lo que ocurrió, a través de las instituciones denominadas Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (art. 3. A.L. 1 de 2017) y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (art. 2. A.L. 1 de 2017).

Los anteriores instrumentos e instituciones entregados por el Estado son medidas encaminadas a satisfacer, rehabilitar y garantizar la no repetición de los daños cometidos en la guerra. Su enfoque es transformador y dirigido a la sociedad colombiana. En ese orden de

²² Henao demuestra que las normas procesales y sustanciales en Colombia son compatibles con las distintas medidas establecidas en el DIP para garantizar el derecho a la reparación, pese a que encuentra dificultades epistemológicas, prácticas y normativas relacionadas con la determinación de la entidad real del daño (Henao, 2015). En esa medida, bajo el argumento de Uprimny & Saffon (2009) es posible alegar que dichos mecanismos pueden ser usados para dejar a la víctima en una posición distintas y más igualitaria a la que tenía al momento del daño (pp. 40-41).

²³ (Dejusticia, 2019, p. 12).

ideas, tiene relación de coherencia externa con las medidas de reparación específicas que se pueden entregar a una víctima o comunidad concreta.

Por otro lado, hay ciertos instrumentos contenidas en el SIVJRNR relacionadas con la *coadyuvancia* en la reparación de las víctimas a cargo de quienes han cometido graves violaciones a los Derechos Humanos en el marco de las sanciones con fines restaurativos - sanciones propias de la JEP- (art. 138, 139, 140 y 141, Ley Estatutaria de la JEP, L.E. 1957 de 2019), así como la obligación de *contribuir* por parte de todos los excombatientes que haya sido beneficiados con la amnistía, indulto o tratamiento penal diferencial diferenciado (art. 14 y 33 de la L. 1820 de 2016 y art. 38 y 39 de L.E. 1957 de 2019). Estas medidas cuentan con la participación de las víctimas, quienes, por su parte, pueden expresar su desacuerdo, y, adicionalmente, se ha establecido a voces del artículo 141 de la ley 1957 de 2019 que no podrán ser incompatibles, o incoherentes internamente, con las políticas públicas del Estado en la materia de reparación.

Los anteriores instrumentos si bien son importantes para tener un panorama completo del sistema de reparaciones construido por la relación entre la ley 1448 de 2011 y el SIVJRNR no serán objeto exhaustivo de la investigación. Las primeras por tener una relación de coherencia externa y las segundas por provenir de los perpetradores. Como se observa más adelante, el interés está en la relación de coherencia interna entre las distintas medidas e instrumentos provenientes del Estado para garantizar una reparación transformadora, y como se refleja ello en dos casos específicos de responsabilidad.

De esa forma, en cuanto a los instrumentos de reparación a cargo del Estado para casos concretos, se pueden identificar *políticas públicas, instrumentos administrativos y judiciales* mediante las cuales se pueden articular las distintas medidas de reparación.

Las reparaciones a través de política pública no pueden confundirse con planes que busquen el desarrollo de derechos sociales o ayuda humanitaria²⁴, pues “los programas de reparación ponen mayor énfasis en los componentes de restitución, compensación y rehabilitación”²⁵. En efecto, estos programas están priorizados y focalizados temporal y

²⁴ (Uprimny & Saffon, 2009, pp. 43-49).

²⁵ (Bolívar Jaime, 2009, p. 75).

poblacionalmente en aquellos ciudadanos que han sufrido un daño con ocasión a la violencia, y buscan mejorar su situación de debilidad para evitar que vuelvan a abusar de ellos.

En la ley 1448 de 2011 este tipo de políticas de reparación se encuentran reguladas en distintos artículos (véase art. 137, 139, 149 literales g y h) pero con la suscripción de los Acuerdos de La Habana y el desarrollo del SIVJNR se fortalecieron enormemente pues se le da un rol fundamental a la reparación colectiva en la Reforma Rural Integral y los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial. Pese a ello, en los recursos destinados a la implementación de los Acuerdos de la Habana no se evidencia rubro distinto a los estipulados en el Plan Plurianual de Inversiones Para La Paz, y su desarrollo específico en capítulo II, sobre los Mecanismos de ejecución del Plan brilla por su ausencia (art. 4. Ley 1955 de 2019), de manera que no se evidencia cuáles serán las políticas públicas en reparación que implementará el Gobierno Nacional para cumplir con este componente de las reparaciones.

Por otro lado, las reparaciones administrativas reguladas por la ley 1448 de 2011 podrían pensarse como una especie de estas políticas públicas diseñadas para mejorar la condición de víctima de los ciudadanos, resarciendo -en parte- el daño que se le ha causado. Es denominada como una indemnización por vía administrativa (art. 132, 133 ley 1448 de 2011) que se diferencia del anterior componente por ser obligatoria para el Gobierno Nacional, e implica una garantía más fuerte de los derechos de los ciudadanos al facilitar el acceso a la administración de justicia, sin los costos probatorios o dogmáticos de las acciones tradicionales (art. 3, 132, Ley 1448/2011). De manera que el volumen de los destinatarios de estos programas es mucho mayor al que surge en sede judicial²⁶.

Dentro de estas reparaciones administrativas, la perspectiva transformadora de la ley 1448 de 2011 establece un sistema de restitución de tierras²⁷ que se mantuvo en el SIVJNR (N. 5.1.3.7. de los Acuerdos de La Habana). Dicho instrumento se considera una manifestación del componente de restitución que las víctimas esperan como parte de sus derechos a ser reparadas integralmente.

²⁶ (Bolívar Jaime, 2009, p. 77).

²⁷ Pensado para las víctimas de despojo o de abandono forzado con ocasión del conflicto armado. El cual inicia con una fase administrativa a cargo de la URT y otra judicial, por parte de jueces especializados en restitución.

El último de los instrumentos contenidos en la ley 1448 de 2011 enfocado en las reparaciones, permite acumular el instrumento administrativo con uno de naturaleza judicial, prohibiendo la doble reparación de daños (art. 20 y 133 ley 1448 de 2011). Dicho reclamo exige una declaratoria de responsabilidad -por ser el Estado quien causó reprochablemente el daño antijurídico, fundamentada probatoriamente-. Y, genera el derecho jurídico de reparar el daño que ha quedado insatisfecho.

Es justamente esta última posibilidad la cual genera mayor interés investigativo, toda vez que las reparaciones con un enfoque transformador pero proferidas en un escenario ordinario facultan repetir en contra del verdadero causante (art. 10 y 11 ley 1448 de 2011); mientras que el SIVJNR lo impide expresamente (L. 1820 de 2016. Art. 41, 42, 43, A.L. 1 de 2017 art. 18 par). Dicha desarticulación muestra una complejidad o perplejidad explicativa, la cual se profundizará en breve.

En tercer lugar, la ley 1448 de 2011 creó *una infraestructura institucional* para garantizar estas medidas e instrumentos. Para ello fortaleció las fuentes de financiamiento (Art. 54)²⁸, la creación de distintas redes y comités de trabajo²⁹, y la generación de políticas de atención prioritaria y de ayuda humanitaria (Art. 153 y 175; CONPES 3712 de 2011 y 3726 de 2012)³⁰, así mismo, creó el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (art. 159), junto a dos de sus instituciones más importantes la Unidad Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (art. 166) y la Unidad de Gestión de Restitución de Tierras (art. 103).

Dichas instituciones se articulan con el SIVJNR creado por el A.L. 1 de 2017 el cual estaría conformado por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (art 2); la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y debido al conflicto armado (art. 3); la Jurisdicción Especial para la Paz (art. 5), entre otras.

Ahora, los anteriores argumentos muestran que, si bien la relación entre ambos cuerpos normativos proferidos en contextos distintos es necesaria, esto no implica que sea

²⁸ Ampliación del fondo de reparación para las víctimas establecido a través de la Ley 975 de 2005.

²⁹ la creación de la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación de las Víctimas; de la misma forma, la creación de los Comités de Justicia Transicional.

³⁰ El Plan Nacional de Atención y Reparación.

suficiente o absolutamente coherente. Así mismo, la sola existencia de un enfoque transformador es discutible³¹. De tal modo, hay múltiples perplejidades en esta relación y en la forma de justificar o comprender el Derecho de daños.

Una de las primeras dificultades explicativas es mantener una Constitución vigente y perseguir la transformación tanto normativa como política. Tal característica tiene una relación íntima con la finalidad de todo el sistema de reparaciones. Cuestiones como el procedimiento de producción normativa denominado *fast track*, que afecta la rigidez constitucional, el sistema frenos y contrapesos, el cual ataca el concepto mismo de democracia hace dudar sobre la teleología del sistema. Así mismo, la transformación de la situación de la víctima más no la reparación de la entidad real del daño, o la garantía/traslación del deber de reparar distinto a la obligación directa del autor, transforman ideas básicas en torno al derecho de la RC, relacionadas con la justificación esencial de esta institución, si es producto de la justicia correctiva o distributiva, y en esa medida, deja perplejo al interprete en torno al objetivo que se persigue. Ello se podría denominar la *perplejidad de la teleología*.

La finalidad del sistema de reparaciones tiene efectos sobre sus componentes. Aparece una *mixtura de mecanismos* que deja *perplejo* a su lector. La relación entre mecanismos judiciales y extrajudiciales, con connotaciones restitutivas y punitivas (art. 1 y 5 del A.L 1 de 2017) implica una pregunta sobre el enfoque de este sistema de reparaciones. Dicho aspecto no se había contemplado en el sistema de Derecho vigente, o en la ley 1448 de 2011, pues el enfoque de esta ley era de reparaciones transformadoras, y en esa medida no estipulaba medidas penales.

Lo anterior es claro cuando se revisa la L. 1820 de 2016 que regula las amnistías e indultos para ex combatientes de las FARC-EP y, también, el tratamiento penal diferenciado para agentes del Estado, dentro de lo que se establece la competencia de la Sala de Amnistía e indulto de la JEP (art. 21), del Presidente (art. 19 n. 1) de la Fiscalía y de los Jueces Ordinarios (art. 19 n. 2) entre otros órganos que cuentan con dicha facultad, para anular sanciones (Art. 6), y extinguir de la misma forma, la acción patrimonial y de repetición en

³¹ Así lo encuentra Henao, que alega la imposibilidad jurídica y práctica de intentar tal enfoque (Henao, 2015, pp. 115-118).

contra de los autores (art. 41 y 48). Todo ello para delitos políticos, que de conformidad con González et al parten de la dialéctica entre el rebelde y el Estado, y exigen que “se trate de conductas que representen una participación directa e indirecta en el conflicto armado (art. 2), entendido como un aporte que no busca el beneficio propio o de un tercero (art. 23, Parágrafo, b) y, de otro, que el sujeto pasivo sea precisamente el Estado (art. 23, b.)”³², y a su vez, para el reconocimiento del delito político conexo se reclama “la posibilidad de otorgar indulto [...] cuando las conductas sean conexas y no especialmente graves”³³.

Asimismo, la JEP a partir de dicha norma y de la Ley Estatutaria (ley 1957 de 2019) cuenta con la competencia para imponer sanciones propias (art. 141 de ley 1957 de 2019), alternativas (art. 142 de ley 1957 de 2019) y ordinarias (art. 143 de ley 1957 de 2019) respecto de conductas penales que no son amniables o indultables, esto es, que constituyan graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario y que han sido cometidas con ocasión del conflicto armado. En adición, todas las sanciones del sistema transicional contienen un componente reparador y deben cumplir con una función restaurativa (art. 141 de ley 1957 de 2019).

Por otro lado, en estas normas también se observan características donde la ley 1448 de 2011 y el SIVJNR se integran para precisar límites temporales y de grupos humanos en la aplicación de sus instrumentos. Dichos límites causan que las reparaciones pensadas en perspectiva transformadora no apliquen para la generalidad de los ciudadanos en un Estado, como si lo hacen los instrumentos ordinarios.

El criterio temporal para delimitar el grupo de víctimas ordena un periodo para la aplicación de este sistema entre el 1° de enero de 1985 y el 1 de diciembre de 2016 respectivamente (art. 3. P. 2° L. 1448 de 2011 y art. 5. A.L. 1 de 2017). La Corte Constitucional entendió que ambos cuerpos normativos están tan vinculados, que declaró la inexecutable de la vigencia contenida en el artículo 208 de la ley 1448 de 2011 hasta tanto el Congreso no expidiera otra ley cuyo contenido regulara de forma integral el derecho a las reparaciones, dejando su vigencia hasta el 7 de agosto de 2030 (C-588 de 2019).

³² (González, et al., 2017, p. 8)

³³ Ibidem.

Sumado a ello, en ambas normas se presentan formas especiales de reparación para transformar la condición de los grupos afectados por la violencia. Por ejemplo, se indica que las reparaciones deben adjudicarse desde un enfoque diferencial, de acuerdo al grupo al cual pertenece la víctima, atendiendo a su edad, género, etnia, estado de vulnerabilidad económica y el territorio donde se le causaron los daños. En otras palabras, si durante la comisión del hecho victimizante existía una condición de vulnerabilidad se entiende que el daño es mayor. Igualmente, se han adjudicado recursos para ayudar a superar esta condición, que se ha denominado como condición de victimización (Art. 1. P. 1° y 18 del AL de 2017).

Los límites al daño son similares en ambas normas que regulan las reparaciones en transición, pero son significativamente distintas al régimen general de responsabilidad civil, y en esa medida, las justificaciones que permiten esta distinción no son obvias. Este punto es denominado como la *perplejidad del límite*.

Así mismo, frente a la indemnización de los daños, tanto la ley 1448 de 2011 como en el SIVJNR ordenan una reparación *adecuada* del daño sufrido. Empero, distinto al sistema ordinario de daños, la reparación más común no implica medidas individuales y monetarias de indemnización (esto desde una perspectiva restitutiva). En Colombia los daños fueron muchos y de una gravedad enorme, dichas medidas son insuficientes, por tanto, se deben articular con otros mecanismos desde una perspectiva transformadora con miras a cumplir el objetivo de ambas normas.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que no es clara en el SIVJNR y en su relación con la Ley 1448 de 2011 la metodología que aplicarían los jueces para determinar cuáles mecanismos de reparación debe utilizar frente a un caso. Ni siquiera es claro qué debe tener en cuenta al momento de sopesar las distintas medidas con una finalidad transformadora, y, para los practicantes usuales del Derecho de daños no es clara la imposibilidad de pensar en reparaciones monetarias para todas las víctimas del conflicto. El asunto que se acaba de referenciar se identifica como la *perplejidad del modo de reparación*.

Sumado a lo expresado, se identificó una última *perplejidad* sobre la *identidad*. Es claro que el SIVJNR si bien utiliza la regulación de la ley 1448 de 2011, aquel es un sistema que vincula al responsable y deja en cabeza del Estado la garantía de la reparación (L. 1820 de 2016 14, 33, 34, 35 parágrafo, e inciso 6, 50 y 55), mientras que este se ha pensado para

dar atención a las víctimas, dejando el vínculo al responsable a través de las acciones ordinarias de responsabilidad como la acción de subrogación o de repetición (art. 10. Inc. 2. L. 1448 de 2011.).

Con todo, la perplejidad frente a la identidad tiene dos aproximaciones, pues no sólo incluye al obligado a indemnizar, sino también al beneficiario del daño. En este punto la ley 1448 de 2011 y el SIVJNR permiten reparaciones colectivas.

Las desarticulaciones y complejidades o perplejidades frente a los mecanismos de reparación muestran que uno de los ejes esenciales alrededor de los cuales debe girar la investigación es la transformación del “quién debe indemnizar” pues si el Estado garantiza este deber, en un contexto sistemático, con una gran amplitud y gravedad de daños, la fuerza racional de las normas que ordenan una indemnización en moneda efectiva a un sólo individuo carece de una base sólida. Si los daños son enormes, el patrimonio público no logrará cumplir las expectativas que dichas normas establecen y no transformará las condiciones de las víctimas.

Es por lo anterior que en los Acuerdos de la Habana y las normas que lo desarrollan, como el AL 1 de 2017, la L. 1820 de 2016, el D-L 277 de 2017 y la L- 1957 de 2019 - Estatuaría de la JEP- se asigna al victimario el deber de contribuir y al Estado el deber de garantizar. Lo cual sin duda es un punto que diferencia el SIVJNR no sólo de la responsabilidad civil ordinaria, sino también de la regulación independiente de la ley 1448 de 2011.

Es claro que las perplejidades que se han referenciado afectan lo que un sujeto entiende por Derecho de daños. Cuando decide acudir a la defensa que esta institución promete pensará primero *qué* y hasta *dónde* le entregará el juez en su sentencia, y *quién* deberá proveer este bien, obra o servicio. Al hacerlo entenderá que dichas normas tienen una *teleología* o finalidad específica, todas ellas tendrán un buen motivo para ser protegidas por el Derecho vigente.

Así mismo, las divergencias entre los distintos sistemas se han explicado por algunos autores como una transmutación del Derecho de daños en virtud de variaciones del concepto de justicia que le fundamenta. Algunos autores alegan que en la justicia transicional el componente de justicia distributiva del Derecho de daños excluye las consideraciones de

justicia correctiva³⁴. Otros consideran que varía la relación entre distribución y corrección, disminuyendo la presencia de esta en beneficio de aquella, para adaptarse a los objetivos sociales; de manera que la JD establece los fines, mientras la JC permite solucionar problemas prácticos³⁵. Un último enfoque entiende que esta forma de las reparaciones no puede denominarse responsabilidad extracontractual por cumplir funciones exclusivamente distributivas³⁶.

Lo anterior no es una cuestión nueva para el Derecho de daños. Durante largo tiempo se ha discutido qué tan público o privado es³⁷. Y, cuando se observan las reparaciones en espacios transicionales -dependiendo de la posición que se ha asumido- es inevitable concluir que, o bien el Derecho de daños tiene un componente distributivo, o bien dichas reparaciones son algo distinto.

En este punto, se puede argumentar que las reparaciones en la justicia transicional utilizan la infraestructura normativa y conceptual del Derecho de daños, sólo que, si bien se le da una importancia singular a la distribución, la corrección continúa con un rol protagónico. Esta no ha desaparecido en los contextos transicionales, sólo que su verdadera función en la responsabilidad extracontractual del Estado no se suele expresar acertadamente.

De manera que, cuando se describe el Derecho de daños tal cual es, la justicia correctiva cumple un rol esencial en escenarios ordinarios y transicionales, sin importar si el enfoque es restitutivo o transformador. Tal claridad conceptual permite justificar la relación entre la ley 1448 de 2011 y el SIVJNR, así como la distinción de estos con el Derecho de daños ordinario. Descripción que se hará en el siguiente apartado.

Para lo anterior, será apropiado enfocar el análisis en el instrumento judicial de reparaciones vigente en la ley 1448 de 2011; esto es, la posibilidad de acumular a las *reparaciones* a través de políticas públicas y a las *reparaciones* administrativas, una *pretensión judicial*. Sumado a la posibilidad que entrega la L. 1448 de 2011 de repetir contra el victimario real, distinta al SIVJNR que expresamente lo prohíbe. Y, como se observa esto en los dos casos específicos de responsabilidad.

³⁴ (Kalmanovitz, 2009, pp. 78-82)

³⁵ (Bernal Pulido & Viana Cleves, 2015, pp. 742-743)

³⁶ (Henaó, 2015, pp. 111-115)

³⁷ Véase entre otros textos (Papayannis, 2016) (Weinrib, 1995) .

1.2. Una propuesta teórica para abordar el Derecho de daños

Al dictar una sentencia en la cual se declara que un sujeto es responsable de un daño, y, por tanto, debe reparar lo ocurrido, el juez dice varias cosas. Inicialmente reconoce factualmente que un sujeto victimario Q causó un daño R, a un sujeto víctima S, por una conducta T. Al lado de esto, declara en lo deóntico que el ordenamiento jurídico considera como prohibida la conducta T y el comportamiento del sujeto víctima S como permitido. Por último, prescribe que es obligatorio que Q indemnice a S, precisa el monto de la obligación y obliga su cumplimiento. La anterior definición es a grandes rasgos la responsabilidad extracontractual³⁸.

Sin embargo, no es suficiente para presentar lo que hace el Derecho de daños. Las razones para justificar que R es un daño; que S no tenía por qué sufrirlo; que Q no tenía por qué causarlo, y a su vez que lo causó; que la conducta T está prohibida; que es Q y no cualquier otro sujeto X quien debe indemnizar el daño de S; y, la forma de reparar el daño R son preguntas que describen un sistema específico de responsabilidad y que lo atan de forma ineludible con un concepto de valor, del significado de libertad, o si se quiere, con el concepto de justicia que un ordenamiento ha seleccionado³⁹.

A partir de la anterior reflexión se comprende que características específicas de los elementos de la responsabilidad, como las consecuencias jurídicas por su decreto, los modos de la indemnización, quién la recibirá y quién debe entregarla, están atados al concepto que se tiene sobre su finalidad y estructura⁴⁰. Al respecto, Suárez presenta distintas teorías que

³⁸ Esta descripción analítica trata de hacer una descripción exclusiva de las características no de las razones por las cuales un ordenamiento jurídico constituye la institución del derecho de daños.

³⁹ Las aproximaciones a la responsabilidad que se están presentando tienen como presupuesto un Estado liberal, esto significa que se defiende la libertad como valor básico” (Berlin, 1969, p. 15), en otras palabras la ausencia de coerción; o “el concepto [...] que consiste en ser su propio maestro, y [...] que consiste en que otros hombres no eviten que elijas como lo desees” (Berlin, 1969, p. 23) esto es libertad en un sentido positivo, como autonomía. Y, así mismo, considera que esta es posible siendo independiente si el mundo es absolutamente determinado o caótico (Suárez, 2014, p. 35). Otro tipo de aproximaciones a la responsabilidad, por ejemplo, las feministas distinguen entre dos valores significativos: la libertad, por una parte, y la intimidad y el cuidado, por el otro. (cf. Conaghan, 2017) (cf. Urban Walker, 2016) De igual forma, algunas teorías sobre la libertad niegan la posibilidad de esta, siendo imposible entonces la responsabilidad jurídica o moral (Cf. Strawson, 1995).

⁴⁰ Sobre este punto Bernal Pulido afirma que la razón esencial es la necesidad de compensar las deficiencias de la responsabilidad moral frente a los demás (Bernal Pulido, 2012, p. 99). Deficiencias que enumera como distintas ausencias: 1) de certeza en relación con el objeto de la reparación. 2) de certeza con el sujeto llamado a llevar a cabo tal reparación. 3) de integridad moral de los individuos que rehúsan asumir sus acciones y sus consecuencias. 4) de recursos para compensar las pérdidas. 5) de interés en evitar los daños (Bernal Pulido, 2012, pp. 98-99).

dan respuesta a las anteriores preguntas, desde la *defensa a la libertad*, y clasifica los sistemas de responsabilidad en aquellos que se fundamentan *en el mérito*, en la *distribución de riesgos*, o en *los resultados*⁴¹.

Empero, dichas aproximaciones (o descripciones) de la responsabilidad civil son insuficientes para explicar los aspectos específicos de la práctica en materia ordinaria, y, por tanto, también lo son para hacerlo en materia transicional.

La aproximación del mérito requiere “un juicio de reproche o censura en lo actuado por el agente”⁴². Se alega que si el Estado se compromete con la libertad sólo puede atribuir responsabilidad en virtud del merecimiento del agente. Prohibiendo que se responsabilice por los efectos indeseados de su conducta irreprochable o por lo que no hubiese sido posible de evitar. Según Suárez esto se sustenta en la idea de que las personas, libres y racionales, tienen igual valor; por tanto, no están habilitados a perseguir objetivos utilizando a los demás⁴³.

Lo anterior presupone una construcción causal que tiende a indagar por el derecho a encontrarse en un lugar determinado o a considerar la posibilidad que tenía el agente de prever las consecuencias de su acción. Previo a juzgar que ciertos efectos pertenecen al ser humano, se debe hacer una conexión con su actuar⁴⁴. Lo que denomina Rosenkrantz como un análisis *ex -post*, esto es, si el resultado se produjo y, si se hubiera producido si la acción en cuestión no hubiera existido. Lo cual expresa una relación de condición suficiente dentro del conjunto de condiciones necesarias para que el evento ocurra⁴⁵.

En cuanto al daño, las teorías del mérito reconocen que la responsabilidad hace al victimario responsable de todo el daño generado. Lo cual no es coherente con su fundamento, toda vez que, si el fundamento para atribuir responsabilidad debe hallarse en el mérito del agente, para darle prevalencia a la libertad individual, la medida de la responsabilidad -o de la indemnización que es lo mismo- debe estar vinculada con la de la falta, y no con el daño⁴⁶.

⁴¹ (cf. Suárez, 2014).

⁴² (Suárez, 2014, p. 37).

⁴³ De esa forma, cuando el daño se debe a “la falta de [...] cuidado del demandado [esto] implica no haber acordado igual consideración al actor y por tanto cometer una incorrección en su contra” (Suárez, 2014, pp. 39-40).

⁴⁴ (Suárez, 2014, p. 42)

⁴⁵ (Rosenkrantz, 1998, pp. 53-55)

⁴⁶ (cf. Waldron, 1995)

Por otro lado, *la responsabilidad por riesgos* se centra en las decisiones. Quienes defienden esta visión afirman que las consecuencias, al ser ajenas al agente no resultan relevantes en términos normativos. De allí que la noción causal, para la atribución de responsabilidad, pierda su relevancia o transforme sus elementos⁴⁷. Así, la creación de un riesgo no permitido o injustificadamente desmedido es sancionado con la obligación de indemnizar por parte del ordenamiento jurídico. En esa medida se exige que la declaratoria de responsabilidad sea justa, esto es, que exista algún grado de control sobre la situación, pero no que exista una conexión causal demostrada entre el resultado y el actuar realizado por el agente⁴⁸.

De allí que el tamiz normativo usado varía, el juicio debe hacerse “*ex - ante*” para encontrar las acciones que aumentaron considerablemente la posibilidad de ocurrencia de dicho daño. Mellema alega que la consecuencia se limita por la entidad del riesgo o por la creación culpable o injustificada del mismo⁴⁹. Desde la mirada a la víctima, Schroeder indica que la indemnización puede, bien limitarse por el daño esperado multiplicado por el riesgo, sin importar si el mismo se concreta o no; o se compensa sólo si materializa un perjuicio y en su medida⁵⁰.

La última de las versiones es aquella que se fundamenta en *los resultados de los actos del agente*⁵¹. Para autores como Honoré atribuir las conciencias al agente, sin evaluar el actuar, no sólo respeta más libertad, sino que es una manifestación real de lo que los ordenamientos jurídicos han hecho tradicionalmente⁵². Los teóricos en esta aproximación argumentan que estos sistemas son justos al darle valor a las decisiones tomadas por el agente

⁴⁷ Teorías que surgen por las insuficiencias de las teorías clásicas para abordar nuevas esferas de la responsabilidad como la que surge de eventos ecológicos, médicos o nucleares, y tienen por consecuencia daños masivos o de amplia latencia; al no perseguir “al causante” de un determinado daño, sino a “los probables causantes” (Rosenkrantz, 1998, pp. 55-59).

⁴⁸ Entre los distintos beneficios que traería esta teoría Suárez toma en cuenta los daños masivos o que tienen un enorme periodo de latencia (cf. Suárez, 2014, págs. 65-69).

⁴⁹ (Mellema, 1987, pp. 4-7)

⁵⁰ (Schroeder, 2014, pp. 218-225)

⁵¹ La premisa principal que esta tesis defiende es que la causación de un perjuicio es suficiente para la atribución de responsabilidad sin importar si se reprocha la conducta (Suárez, 2014, pp. 64-65; 87-88).

⁵² Lo cual se relaciona de mejor forma a la visión kantiana de la responsabilidad, pues adjudica al agente la consecuencia de lo querido, en vez de utilizar baremos objetivos de conducta (Honoré, 2014, pp. 248-259).

en el caso específico del daño, y a la suma de decisiones que lo ubican vitalmente. Esto es una forma de justicia distributiva sobre los riesgos⁵³.

Esta perspectiva necesita hacer una reconstrucción del análisis de causalidad para conectar los resultados con el actuar del agente. Sin embargo, esta aproximación puede indagar por otras fuentes de la conexión causal. Honoré, por ejemplo, indica que algunas construcciones causales utilizan el concepto desde un *contexto explicativo* -propio de las ciencias sociales o naturales- que buscan *ex post* determinar cómo el agente causó un determinado evento, y no imputativo, propio del Derecho⁵⁴. El enfoque de la responsabilidad comentado atribuye al agente, al momento de indemnizar, todo daño que sea posible atribuirle bajo la concepción causal que se asuma.

Ahora, debe decirse algo más para aclarar el panorama. Los horizontes que se acaban de trazar son líneas tenues que ayudan a guiar cualquier análisis de la institución de la responsabilidad extracontractual. Larragaña Montaraz les llama aproximaciones *teóricas normativas* que si bien describen la institución desde sus propiedades esenciales “no reconstruyen satisfactoriamente la compleja práctica de la imputación de responsabilidades en contextos diversos”⁵⁵. Especialmente en escenarios concretos de responsabilidad como el de la justicia transicional.

En Colombia, por ejemplo, el sistema típico de responsabilidad extracontractual del Estado se estructura con una norma fundamental, el artículo 2341 del Código Civil en materia privada y el artículo 90 de la Constitución Política⁵⁶ en Derecho público. En cuyo tenor se expresa cuál es la conducta T. que la norma prohíbe, esto es, la comisión de un daño en ciertas condiciones.

⁵³ Bajo esta perspectiva, la imputación de resultados atribuye verdadera responsabilidad por todos los éxitos y fracasos que provienen del actuar humano (Suárez, 2014, pág. 98) (Honoré, 2014, pp. 259-273).

⁵⁴ Suárez propone como ejemplo de estas teorías la de Honoré y Hart que utiliza nociones de sentido común funcionales; o la de Epstein que presenta paradigmas causales que sirven para explicar cuál o cuáles condiciones son las causas de un resultado (Suárez, 2014, pp. 105-106). (Ver también Honoré T. , 2015, pág. 1493)

⁵⁵ (De larragaña Monjaraz, 2015, pp. 1455-1456)

⁵⁶El sistema de responsabilidad del Estado colombiano se construye a luz del artículo 90, (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). La jurisprudencia colombiana ha desarrollado el concepto de imputación a partir de un método casuístico que ha permitido construir dos tipos de deberes exigibles del Estado. Un tipo subjetivo denominado falla del servicio, el cual revisa el cumplimiento de los deberes legalmente exigibles al Estado -si en el caso concreto podían o no ser cumplidos-; y dos de connotación objetiva denominados: riesgo excepcional y daño especial. Para ver una definición más amplia (M'causland Sanchez, 2013, pp. 513-517)

Bajo ambas normas se puede establecer un criterio subjetivo de imputación -que es la regla general del sistema- el cual se denomina culpabilidad –culpa o dolo- o falla del servicio en el caso del Estado. La culpabilidad o falla es la comisión de un comportamiento que se asume como una conducta reprochable, por la omisión de deberes de comportamiento que denotan la falta de diligencia, cuidado, o previsión. De cometerse un daño con un acto calificado así, la consecuencia jurídica es la obligación de reparar.

Sin perjuicio de esto, el ordenamiento jurídico también prohíbe, bajo las mismas normas, actuare que no son incorrectos *per se* pero que, al cometer un daño, el individuo debe reparar por verse beneficiado de una u otra forma de la actividad que generó el daño, siendo esta de carácter riesgoso⁵⁷, lo cual se observa en la jurisprudencia colombiana bajo los conceptos del guardián de las actividades peligrosas⁵⁸, la teoría del riesgo o de las cargas públicas.

⁵⁷ Distintos autores reconocen que los ordenamientos jurídicos prohíben conductas dañosas por medio de la responsabilidad civil extracontractual. Honore por ejemplo al comparar el derecho penal con la responsabilidad extracontractual encuentra que el primero prohíbe conductas e intenta que no ocurran, mientras que en el segundo la conducta ilícita es incorrecta, aunque, si no desencadena un daño, no tiene consecuencia jurídica. Cuando se impone una responsabilidad objetiva, la conducta no es incorrecta, aunque el ilícito consiste en causar un daño (Honoré, 2013, p. 126). García Amado hace el mismo análisis, refiriéndose particularmente a ordenamientos jurídicos cuya responsabilidad extracontractual parte de un enfoque *ius naturalista*, donde el fundamento de la reparación siempre es la libertad como un valor inalterable. Dice que este enfoque es totalmente coherente con la responsabilidad subjetiva, pero incoherente frente a la objetiva “Es una decisión suya la que justifica su obligación de reparar el daño, aunque tal decisión no sea la de querer dañar o la de no ser suficientemente prudente para evitar el daño” (García Amado, 2013, pp. 256-257). Suárez hace un estudio sobre los distintos sistemas de responsabilidad extracontractual y reconoce que en aquellos fundamentados en el mérito existe la noción de riesgo, donde se equipara a la decisión de causar un riesgo particular a un actuar culposo, aún cuando este no sea prohibido por el ordenamiento jurídico (Suárez, 2014, pp. 62-63).

⁵⁸ Así en la jurisprudencia se pueden encontrar fallos en torno a situaciones típicas de imputación por estas actividades peligrosas que no son ilícitas por sí mismas, ejemplos de ello: Conducción vehículos automotores, ver sentencias de: 14 marzo 1938, 12 mayo 1939, 17 noviembre 1943, 18 mayo 1972, 26 mayo 1989, 4 junio 1992, 22 abril 1997, 29 abril 2005, 30 junio 2005 y 19 diciembre 2011; operación de locomotoras, sentencia del 18 mayo 1938; construcción de edificios, sentencias de 5 abril 1962, 4 noviembre 1964, 13 marzo 1970, 27 abril 1972, 27 abril 1990; fumigación aérea, sentencia de 20 agosto 1987; utilización de sustancias corrosivas, sentencia de 30 abril 1976; utilización de elevadores de carga sentencias de 1 octubre 1963; conducción energía eléctrica, como se puede observar en la sentencia del 28 febrero 1956, del 8 octubre 1992, 26 agosto 2010; casos de conducción gas propano y manejo de líquidos inflamables, obsérvese sentencias de 25 octubre 1999; quemas en predios 23 julio 1964 (SNG) 17 abril 1970; conducción de hidrocarburos, sentencia de 13 agosto 2001; manejo centrales hidroeléctricas de 3 marzo 2004; cilindro de gas, sentencia de 14 marzo 2000; cosas inertes caseta de peaje, sentencia de 22 febrero 1995. Todas las anteriores situaciones si bien generan riesgo de daños, son inevitables para la vida en una sociedad moderna. De allí que el derecho no pueda considerar los daños que surjan de estas como algo merecedor de reproche, *per se* pero debe asumir una posición respecto a cómo distribuye el riesgo de daño.

Lo anterior prueba lo problemático que es, en un ordenamiento jurídico concreto definir cuál de los horizontes es la mejor descripción esencial de lo que *es* la responsabilidad extracontractual. La aproximación del mérito es útil para describir la generalidad del sistema, sin embargo, en responsabilidad médica -tanto privada como pública- la jurisprudencia colombiana se ha acercado desde el riesgo que ingresa al sistema a la luz de las categorías culpa y nexo⁵⁹; mientras que la responsabilidad objetiva es más semejante a la responsabilidad por resultados⁶⁰. De manera que el panorama se oscurece con la responsabilidad en situaciones transicionales.

Una aproximación opuesta, exclusivamente casuística -propia del litigio- que intenta dar cuenta de los contextos específicos y funciones particulares de los juicios de responsabilidad⁶¹ tampoco se observa pertinente, pues al no dotar al intérprete de principios esenciales hace imposible la predictibilidad de las decisiones, y es justamente ello, lo que se persigue en la fundamentación de la responsabilidad extracontractual del Estado en escenario de transición.

De tal forma, una tercera vía es una descripción que reconcilia las visiones generales y las específicas. Por ello, la teoría propuesta por De Larragaña, quien construye una estructura conceptual abstracta, es particularmente útil para el resto de la investigación, presenta el sistema de responsabilidad como un cascarón que se llenará de contenido según la finalidad que persigue.

En lo que sigue, se ilustra brevemente esta tesis, así como su articulación con dos propuestas teóricas. El objetivo es demostrar que pueden iluminar, al mismo tiempo, un Derecho de la responsabilidad extracontractual que obliga al causante a reparar la entidad real del daño; y otro, que permite al Estado garantizar (o transferir) la obligación de reparar, en un rubro distinto al daño causado, es decir, en perspectiva transformadora.

La propuesta descriptiva indica que cualquier sistema de responsabilidad usa dos tipos de aproximaciones para describir la responsabilidad extracontractual del Estado una

⁵⁹ (Peña Aponte, 2015) llega a esta conclusión después de una profunda revisión de la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica.

⁶⁰ El caso de las actividades peligrosas es un ejemplo claro. Específicamente, en materia de responsabilidad por el manejo de vehículos, la explicación causal es un requisito necesario para la atribución del deber de reparar, sin que el juez revise el elemento culpa.

⁶¹ (De larragaña Monjaraz, 2015, p. 1455).

interna y otra externa. Aquella da herramientas de interpretación de las normas que, en un sistema local, establecen las condiciones de aplicación y consecuencias normativas para la imputación de responsabilidad. Esta explica las justificaciones que dotan de sentido no sólo las instituciones de la responsabilidad extracontractual sino también su ubicación en el Derecho de un Estado.

Por ahora, sobre la aproximación interna solo es necesario decir que, para De Larragaña, cuenta con tres elementos internos: 1) normas de conducta, 2) reglas de responsabilidad y, 3) reglas sobre los juicios de responsabilidad⁶². Los cuales se usarán en el último apartado de la investigación para la evaluación de la pretensión judicial de reparación en el marco del SIVJNR. En este momento, lo vital es presentar una lectura de la finalidad de la responsabilidad extracontractual que cumpla las exigencias que se han resaltado.

De Larragaña propone que la aproximación sistemática externa requiere una justificación que conecte la adscripción de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad extracontractual con los valores de la institución y con el concepto de Derecho. Para lograr tal fin, propone una reflexión en dos vertientes. La primera, denominada como la justificación del juicio de responsabilidad. Es la forma en la que el juicio concreto de responsabilidad extracontractual se relaciona instrumentalmente con los valores que la institución defiende⁶³.

La segunda vertiente es la justificación de las instituciones de la responsabilidad jurídica. En este punto, el autor explica que el sistema de responsabilidad civil al enmarcarse en una práctica social denominada “Derecho” se encuentra condicionada a la forma en la que funciona. El Derecho establece ciertos conjuntos de hechos naturales e institucionales como requisitos para que una norma sea producida, mantenida y aplicada; lo que marca inevitablemente a la responsabilidad extracontractual, que es también una práctica social⁶⁴. No sólo los requisitos operacionales serán compartidos, sino también las justificaciones⁶⁵.

⁶² (De larragaña Monjaraz, 2015, p. 1460).

⁶³ En palabras del autor: “Un juicio de responsabilidad estará justificado en este sentido si el contenido de los elementos dentro de la relación sistemática interna —i.e., la relación entre conducta, condiciones de aplicación y consecuencia normativa— es compatible con los fines y valores de la institución en su conjunto; en consecuencia, la justificación que proporciona esta relación sistemática es una “justificación externa de primer nivel” o “justificación del sistema”. (De larragaña Monjaraz, 2015, pp. 1470-1471).

⁶⁴ A juicio de De Larragaña los juicios de responsabilidad jurídica tienen lugar *en* el derecho, y se fundamentan en los fines y valores que el derecho como orden institucional está buscando procurar (De larragaña Monjaraz, 2015, p. 1471).

⁶⁵ (De larragaña Monjaraz, 2015, p. 1471).

En esa medida, es evidente que la tesis de la estructura abstracta de la responsabilidad extracontractual no riñe con ninguna aproximación teórica. Aquí cabe cualquiera de las tesis genéricas que se presentaron sobre el Derecho de daños y también cualquier ontología sobre el Derecho. El verdadero reto es el que implicó elegir una tesis que justifique el valor de la responsabilidad extracontractual y del Derecho, de manera coherente en ambos contextos.

La primera justificación se puede dar desde una tesis conceptual -no local sino general- de la institución. Esta no sólo nos dirá qué requisitos debe cumplir un sistema para recibir el nombre de responsabilidad, sino que permitirá una mejor interpretación de cómo funciona. Se considera pertinente la tesis planteada por Papayannis donde se describe la funcionalidad de la responsabilidad extracontractual en un entramado social⁶⁶.

El autor concibe el Derecho privado como una herramienta institucional que permite la constitución de una comunidad política, y distribuye de forma equitativa libertad de acción y seguridad a los individuos, a través de la asignación de derechos y deberes de indemnidad (derechos a no sufrir cierto tipo de daños y deberes de no causarlos)⁶⁷. Lo cual implica una relación entre justicia distributiva y correctiva: la distribución de derechos y deberes de indemnidad de forma más fuerte -objetiva- o de forma más leve -subjética-; y en la protección de una relación de igualdad entre particulares⁶⁸.

A partir del análisis expuesto el significado de la justicia correctiva se trivializa o se vuelve leve, pues lo que justifica teleológicamente la institución, dando sentido a toda la red de conceptos que estructuran la responsabilidad, es la justicia distributiva⁶⁹, sin que aquella pierda su rol, al precisar en casos concretos el contenido de los derechos y deberes de indemnidad⁷⁰.

En esa medida, no existe una competencia entre los principios de justicia que siguen las instituciones sociales y aquellos que aplican los individuos para regir sus comportamientos, se complementan. Lo que hace de esta, una teoría dualista de la

⁶⁶ (cf. Papayannis D. M., Derechos y deberes de indemnidad, 2013).

⁶⁷ (Papayannis, 2016, p. 28).

⁶⁸ Así las cosas “la rectificación de las interacciones injustas es una cuestión de justicia correctiva; pero la definición de qué interacciones son injustas es una situación inevitable distributiva” (Papayannis, 2016, p. 28).

⁶⁹ En efecto, indica que en un mundo moderno la voluntad pierde relevancia, con contratos como los masivos o el de seguros “sin que ello vaya en desmedro de reconocer que el problema que se aborda desde el derecho privado tiene una importante e innegable dimensión pública” (Papayannis, 2016, pp. 367-68)

⁷⁰ (Papayannis, 2016, p. 233 y ss)

responsabilidad⁷¹. Otro tipo de descripciones eligen a la justicia correctiva como principio ordenador⁷²; algunas otras, incluso más ambiciosas, encuentran la relevancia de distintos principios que influyen en las características de la responsabilidad extracontractual⁷³.

La razón para elegir la tesis de Papayannis es su potencial explicativo, pues al indicar que tanto la exigencia del deber general como el específico de no dañar en ciertas circunstancias puede variar según la forma en la que se crean y justifican deberes jurídicos, logra describir ordenamientos como el colombiano, que tiene distintos contextos donde el mérito, el riesgo y los resultados juegan un rol en la justificación de la imposición de responsabilidades⁷⁴. Así mismo, la especificación de deberes sociales por medio de la justicia correctiva permite explicar de mejor forma el sistema privado y el público en la asignación de responsabilidad. Argumentos que, sin necesidad de resaltarlos, también harán más sencillo leer los preceptos que ordenan la reparación.

En un segundo nivel de la justificación externa, se articula el sistema de responsabilidad con una estructura conceptual que da cuenta del concepto de Derecho. En este punto, la elección entre una tesis positivista o naturalista fue necesaria. Era esencial que respondiera porqué una sociedad varía su concepto de justicia de las situaciones ordinarias a aquellas transicionales.

En ese orden de ideas, una teoría que conciba la justicia y el Derecho como valores inmutables, en algún sentido⁷⁵ se ve en muchos problemas para explicar la variación de su

⁷¹ Otro ejemplo de estas teorías es la de Hevia, pero en un sentido muy distinto (cf. Hevia, 2014); pues mientras su teoría hace una separación tajante entre la justicia de las relaciones colectivas teoría de Papayannis usa la fuerza conceptual de la justicia distributiva para explicar la correctiva.

⁷² (cf. Coleman & Mendlow, 2013)

⁷³ Para Bernal los distintos principios de la responsabilidad extracontractual suplen ausencias morales en la sociedad. “La justicia correctiva compensa la ausencia de certidumbre acerca de quién debe compensar [...]. El hecho de que los funcionarios públicos tengan competencia [...] compensa la ausencia de integridad moral de los individuos [...]. La atribución a cada individuo del deber jurídico de tomar precauciones compensa la falta de cuidado [...]. Finalmente, elementos derivados de los principios de justicia distributiva y retributiva, el principio de prevención y el principio de precaución también compensan estas deficiencias y la ausencia de recursos para reparar los daños antijurídicos. [...] (Bernal Pulido, 2012, p. 99)

⁷⁴ En palabras del autor: “Los intereses pueden estar protegidos por distintas reglas [de responsabilidad objetiva o subjetiva], y, como ello requiere juicios fundados en la justicia distributiva, lo que se distribuye no puede ser más que un derecho a quedar indemne frente a determinadas acciones, incorrectas o riesgosas de terceros” (Papayannis, 2013, p. 415).

⁷⁵ Estas afirmaciones son bosquejos por supuesto de lo que son las tesis de la naturaleza del derecho. Los bemoles son muchos, no sólo entre la diferenciación clásica entre derecho natural y derecho positivo (Silving, 1966) sino que en el seno de cada una de estas categorías existen muchas formas de aproximarse a lo que son

rasero contextualmente. Podría justificarse en análisis morales y pragmáticos. Se haría la diferenciación entre lo que es justo y lo que es jurídico, o incluso entre medios y fines; pero una tesis de la justicia que sostenga que los fines altruistas de la paz permiten juzgar con una dureza menor ciertos comportamientos, como medio normativo para alcanzarla, podría incurrir en una crítica utilitarista, opuesta a la esencia de las tesis ius naturalistas. En últimas, dichas dificultades llevaron a descartar este tipo de tesis.

Así las cosas, el trasfondo de si es justa la justicia transicional⁷⁶, en un sentido filosófico, ocasiona muchos problemas para describir la práctica jurídica de la reparación. La fundamentación de ambos sistemas -uno ordinario y otro transicional- parecen ser incompatibles pues persiguen objetivos dispares, uno categórico, por un lado, uno pragmático por el otro. Empero, la normatividad de los dos sistemas por aparte, o su yuxtaposición como en el caso colombiano⁷⁷, puede entenderse en un sentido no moral, que permitiría dar cuenta de ambos sistemas como algo aceptado y practicado de alguna forma por la sociedad, pero con una finalidad altruista. Esto es, una tesis acerca del sistema del Derecho positivo. En la investigación se analizó el concepto de Hart⁷⁸ y el concepto de Shapiro⁷⁹ con miras a decidir cuál es el más útil para entender el fenómeno normativo.

En este orden de ideas, la propuesta de Hart permite superar los problemas de teorías imperativas⁸⁰, pues al agregar las reglas que confieren potestades a la descripción del

los hechos morales -para la teorías ius naturalista, incluso aquella que defienden una conexión contingente y no necesaria-o la aceptación social de lo que es el derecho y las practicas que llevan consigo (Moreso, 2015).

⁷⁶ Algunos autores se preguntan por la justicia de los mecanismos de transición, no desde su adecuación a categorías abstractas de justicia, sino desde la posibilidad de cumplir los fines que se trazan. Call por ejemplo, crítica que las comisiones de paz no reciben suficientes fondos para funcionar, mientras que las Cortes internas suelen ser politizadas o carecer de legitimidad por representar la justicia del ganador. En ese sentido, presenta a las Cortes híbridas, con personal internacional, como un buen sistema que logra superar estas críticas, pero que sigue siendo criticadas por atender, de alguna forma, a intereses de los países involucrados. Invita a reconocer sus defectos y generar políticas públicas, así como mecanismos innovadores “hold powerful transnational actors accountable, be they states, corporations, international organizations, or non-governmental actors”. (Call, 2004, p. 101 y SS).

⁷⁷ (cf. Bernal Pulido, *Transitional justice within the framework of a permanent constitution: the case study of the legal framework for peace in colombia*, 2014).

⁷⁸ (H.L.A., 1994).

⁷⁹ (Shapiro, 2014).

⁸⁰ Shapiro argumenta que la fuerza equiparada a la autoridad sólo puede servir de título para aplicar sanciones cuando existe otra norma que fundamenta esta imposición de normas, así, el hábito de obediencia no puede explicar porque se generan derecho u obligaciones (Shapiro, 2014, p. 115). Esto no es otra cosa que una descripción interna del derecho, como los participantes comprenden la práctica jurídica que practican. Justamente por esto la visión imperativa de Austin no lograba describir el derecho, pues su explicación era externa a la práctica, como un sociólogo observaría la práctica del derecho, y no porque es obligatorio el mismo.

fenómeno jurídico demuestra que el Derecho “no solo se compone de reglas que imponen deberes [...], sino que se funda asimismo en ellas” y concluye que estas surgen de prácticas sociales reconocidas como jurídicamente obligatorias por los miembros de esta sociedad, las cuales originan críticas una vez son incumplidas. Esto es la visión interna de lo que es el Derecho, como un participante comprende la práctica⁸¹.

Sin embargo, Shapiro argumenta que la tesis de Hart es implausible al incurrir en un error de categoría en la solución de lo que llama “la paradoja de la autoridad”⁸², pues confunde una entidad abstracta como las normas, con eventos concretos, como las prácticas sociales⁸³. Así mismo, descarta argumentos como el de convenciones de coordinación en torno a lo que es la práctica de generación de normas y de autoridad jurídica⁸⁴ pues estos no atienden a los distintos motivos que pueden perseguir los funcionarios al reconocer la autoridad del Derecho⁸⁵. En ese sentido, salva los elementos esenciales de la teoría de Hart, y propone que “Las condiciones de existencia del Derecho son las mismas que las de los planes, porque las reglas fundamentales de los sistemas jurídicos son planes”⁸⁶.

Aunado a ello, Shapiro indica que las tesis de Hart no permiten superar correctamente la dificultad de las tesis positivistas en torno a derivar juicios normativos de argumentaciones descriptivas (el desafío de Hume), pues su aproximación desde el punto de vista interno –al comprender los juicios normativos en un sentido práctico- no explican como un individuo

⁸¹ (H.L.A., 1994, pp. 54-57; 86-88;91).

⁸² El autor presenta que las propuestas positivistas deben justificar la paradoja que representa el hecho de que un sujeto está facultado para crear normas jurídicas únicamente si una norma existente le confiere esa potestad; y a su vez, una norma que faculta a crear normas jurídicas existe únicamente si un sujeto con la potestad para hacerlo la ha creado (Shapiro, 2014, p. 151 y ss).

⁸³ (Shapiro, 2014, p. 142)

⁸⁴ Según el autor en cita, la teoría de Hart se puede salvar si se identifica una práctica que genere normas y sea el punto de partida para diferenciar de las demás que no lo hacen. El comportamiento que permite solucionar el problema de coordinación es prominente, es una razón a todos para seguir actuando conforme esa convención. Estas convenciones de coordinación generan reglas sociales, son prácticas. Por ejemplo, todos cumplen la constitución porque todos los demás la continúan obedeciendo. Denomina a esta postura «Interpretación de la práctica jurídica como Convención de Coordinación» («ICC»)” (Shapiro, 2014, p. 147).

⁸⁵ Si bien, esta interpretación trata de salvar la teoría de las prácticas sociales de Hart. “solo funciona restringiendo injustificadamente los tipos de motivación que los funcionarios públicos pueden tener para participar de ella” (Shapiro, 2014, p. 147). Las convenciones de participación solo existen cuando los participantes están dispuestos a adecuar su comportamiento por ciertas razones. Por un lado, que otros también la acatarán -lo cual es arbitrario-; y por otro, que sin esto no se cumpliría la convención de forma adecuada. Esto omite que es perfectamente posible que todos participen de una alienación: que los motivos que los lleva a cumplir la convención de coordinación sean otros a coordinarse; o también, que existen otros motivos, como los morales, para reconocer la autoridad de un sujeto o una norma jurídica (Shapiro, 2014, pp. 148-150).

⁸⁶ (Shapiro, 2014, p. 160).

que no ha aceptado las reglas de reconocimiento, sino que las aplica por interés propio, puede hacer una declaración expresiva sobre lo jurídico (deberes y derechos), y esta declaración puede ser idéntica a la del sistema, sin que el sujeto acepte sus consecuencias⁸⁷.

Las críticas que hace Shapiro a Hart se pueden descartar fácilmente. Poggi, por ejemplo, indica que la paradoja de la autoridad se puede solucionar con la teoría de Hart especificando los términos que son ambiguos, distinguiendo entre normas que pertenecen a un sistema y aquellas que son obligatorias en este, así como la competencia normativa y de facto con las que cuentan las autoridades⁸⁸. En ese sentido, la paradoja se resuelve con la producción de normas que pertenecen a un sistema por medio de un poder fáctico, respuesta propia de positivismo⁸⁹. De allí que la distinción entre práctica normativa y norma jurídica se supera pues antes que la práctica existe una aceptación de la regla social, esta es *per se* una entidad abstracta, así la existencia de estas entidades abstractas permite entender que cualquier práctica social genera una regla social siendo una diferencia de grado y no de naturaleza⁹⁰.

Por otro lado, Papayannis salva a Hart de las críticas de Shapiro sobre la solución de este autor a la paradoja de la autoridad, pues a su juicio es posible defender la práctica que genera normas, como aquella en la cual el participante asume la regla como una muy buena razón para ejecutar ese curso de acción⁹¹.

Ahora bien, sobre la dificultad en la superación del desafío de Hume, Poggi indica que Hart afirma que el hombre malo puede comportarse de acuerdo con el Derecho, sin necesidad de creer, sólo porque es obligatorio⁹². Por otro lado, Papayannis indica que la descripción de prácticas sociales no es un juicio normativo, sino descriptivo, y en ese sentido el funcionario malo que describe el derecho no incurre en dicha falacia⁹³.

Pese a que de conformidad con lo expuesto la tesis de Shapiro no logra demostrar la ausencia de capacidad explicativa de la propuesta de Hart, lo cierto es que la descripción de

⁸⁷ (Shapiro, 2014, p. 151 y ss).

⁸⁸ (Poggi, 2013, pp. 32-33).

⁸⁹ (Poggi, 2013, pp. 34-35).

⁹⁰ (Poggi, 2013, pp. 39-40).

⁹¹ (Papayannis, 2013, p. 98).

⁹² (Poggi, 2013, pp. 41-44).

⁹³ (Papayannis, 2013, pp. 100-103).

este autor al usar el concepto de plan, le atribuye una finalidad -que puede ser tácita o expresa- al Derecho, en esa medida ofrece una herramienta conceptual poderosa para justificar como las sociedades varían su concepto del Derecho, incluso cuando todos los practicantes no están conformes con dichos estándares de conducta. Este punto será profundizado en el capítulo 2 de este trabajo⁹⁴.

De esa forma, las particularidades de la teoría expuesta por Shapiro no son objeto de esta disertación, pero lo cierto es que esta propuesta articulada a la descripción de la responsabilidad extracontractual como derechos y deberes de indemnidad, enmarcadas en la estructura conceptual que se ha propuesto podría ofrecer una visión de la responsabilidad que responda porque hay distintos objetivos que el sistema de Derecho puede perseguir como metas establecidas por la sociedad, y ser aceptadas por los distintos individuos que le componen.

1.3. Agencia, imputación e identidad en la responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano

Las perplejidades que se resaltan de la responsabilidad extracontractual del Estado en espacios transicionales surgen cuando se estudia la responsabilidad del Estado, de forma permanente, por el actuar doloso o culposo de sus agentes cuando actúan con dolo o culpa grave, y la garantía *prima facie* del daño causado por actores armados. Pero la razón de la perplejidad se debe por su generalidad y permanencia pues parece excluir o deformar la justicia correctiva que fundamenta el Derecho de daños. Empero, en escenarios ordinarios ambas situaciones se encuentran como situaciones excepcionales. La primera es una forma de responsabilidad que se justifica en la institucionalidad, mientras que la segunda es un caso que la jurisprudencia resalta como infra-incluido dentro del sistema de reparaciones⁹⁵.

De esa forma, estudiar la justificación que el sistema de Derecho ordinario da para estos casos excepcionales donde la justicia correctiva se pone al límite, permitirá al interprete comprender si las justificaciones de la responsabilidad extracontractual guardan algún nivel de pertinencia para escenarios transicionales.

⁹⁴ Véase supra en la sección 2.1.

⁹⁵ Revisar por favor el apartado 1.5. más adelante, donde se desarrollan a profundidad estos casos.

Por supuesto, no se puede hablar de ambos casos específicos de responsabilidad sin abordar la generalidad, lo cual da cuenta de su excepcionalidad. Empero, en la descripción genérica se toca sólo aquello que será útil para el resto de la disertación. Especialmente, lo relacionado con *las reglas de agencia*, tanto el concepto de *sujeto* como el de *deber jurídico* en el marco del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, junto a las reglas de *imputación* y sobre la *identidad* de quien debe indemnizar. El concepto de agencia será útil para ambos casos, mientras que el de imputación e identidad lo serán en específico para la garantía de reparaciones de daños causados por actores armados.

1.3.1. La agencia del Estado en la causación de daños

La atribución de responsabilidad hace una distribución de derechos o deberes de indemnidad protegiendo una relación de igualdad entre sus asociados (sistematicidad externa de primer orden) y se justifica en virtud de un plan social que persigue ser cumplido (sistematicidad externa de segundo orden).

De la anterior premisa se deriva que el Estado y sus instituciones son sujetos a los que se les puede requerir un límite a su libertad de acción⁹⁶. En efecto, se le pueden prohibir ciertas consecuencias de sus conductas, como es ocasionar un daño antijurídico, uno que no le esté expresamente permitido. Por tanto, en un proceso de responsabilidad contra el Estado se debe demostrar que la misma proviene de este sujeto-Estado, y a su vez, que tuvo control sobre ella, es decir, la pudo evitar de alguna forma⁹⁷. A voces del artículo 90 de la Constitución Colombiana para que se ordene la reparación del Estado es necesario demostrar

⁹⁶ Esta definición de la responsabilidad se estructura desde ideas Kantiana en torno al concepto de Derecho (Kant, 1989, p. 30), en otras palabras la de Kant es una teoría sobre cómo es posible una igual libertad para todos los sujetos dentro de una sociedad; y por tanto, en su definición de derecho está inmersa también la de responsabilidad (Ripstein, 2015, p. 1749).

⁹⁷ Es debatido en algunos escenarios que la responsabilidad sea la consecuencia por una conducta prohibida. Se dice que está permitida, con una consecuencia patrimonial; es decir, algunos teóricos debaten el operador deóntico que sustenta las normas del derecho de daños. Considero que esto es un error, el hecho de que pueda causar un daño y luego pagar, porque es económicamente más rentable, no indica que causar un daño, en efecto, no esté prohibido. Por ejemplo, pese a que la conducta manejar vehículos, explotar minería, hidrocarburos u operar represas no están prohibidas; nadie diría que está expresamente permitido causar un daño en dichas actividades, pues de ser así, no se debería reparar un daño consecuencia de dicha actividad por el argumento de que está permitido. Esto implica que la responsabilidad se estructura sobre dos tipos de deberes. Uno general, la prohibición de causar daños y uno específico, que estructura en cada situación, los deberes de comportamiento que debía cumplir el individuo. A partir de lo anterior, la doctrina distingue entre regímenes subjetivos de responsabilidad extracontractual que generan en el agente obligaciones de medio y los objetivos que estructuran obligaciones de resultado.

la ocurrencia de un daño antijurídico que le sea imputable al Estado, causado por la acción o la omisión de alguna autoridad. Esta corta norma se vuelve de una gran complejidad en su aplicación, y es la estructura interna del sistema de responsabilidad colombiano⁹⁸.

Pero el Estado no actúa por su propia cuenta, pues es una persona jurídica, de allí que sus decisiones deben ser producidas de conformidad con la legalidad, bajo un procedimiento que finaliza en un acto normativo, siendo imperativo que sus agentes participen en su formación y aplicación. *Estas son las reglas de la agencia*. De esa suerte, es preciso diferenciar la institución, la función y el funcionario que le ejecuta para identificar cuándo un sujeto actúa por sí o su acción emana de la condición de funcionario.

Para dicha diferenciación son útiles los conceptos de función pública amplia y restringida. Aquella, son todas las funciones que desarrolla el Estado⁹⁹ por medio de las diversas ramas del poder público, órganos, entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines constitucionales. Mientras que la noción restringida hace referencia al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado, qué actividades deben realizar, a qué están obligados¹⁰⁰. El anterior concepto permite hablar también de la estructura estática que hace referencia a los organismos e instituciones estatales, mientras que la dinámica versa sobre el cumplimiento de las finalidades constitucionales por medio de actos administrativos y personas que los apliquen¹⁰¹.

De tal suerte, en virtud de la noción restringida de la función pública y la dinámica del Estado se puede encontrar que servidor público es aquel que cumple los mandatos

⁹⁸ En lo que sigue se explicará brevemente dicha estructura, usando elementos de la teoría de De Larragaña, en su descripción interna, sin agotarlos totalmente pues el objeto de esta disertación no es hacer un manual de responsabilidad extracontractual. En ese orden de ideas, la tesis se enfoca en lo que se denominó normas de la responsabilidad extracontractual, y como se relacionan con los dos niveles de justificación, pues esto ayuda a fundamentar teóricamente el análisis de las instituciones de la responsabilidad personal del agente y la responsabilidad por actos en virtud del conflicto de terceros en situaciones transicionales.

⁹⁹ (Ibañez Najar, 2006)

¹⁰⁰ En sentencia (C-563, 1998) se demanda una norma por vulnerar la igualdad por dar un trato idéntico a dos situaciones distintas que asemeja a contratistas a servidores públicos. La Corte Constitucional encuentra que, a partir del concepto amplio de función pública, se le puede dar tratamiento a los contratistas de funcionarios.

¹⁰¹ En sentencia (C-893, 2003) se demanda una norma que impone como incompatibilidad el ejercicio de la asesoría sobre los temas que trabajó el funcionario hasta un año después de su desvinculación, lo cual se demanda por afectar la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y de elección de oficio. Se reconoce que, al haber hecho parte de la estructura dinámica del Estado, es un desarrollo de la moralidad administrativa y de la transparencia que el servidor que fungió en un puesto, no pueda asesorar sobre los temas que conoció.

constitucionales al ser y ejercer el actuar del Estado. Concepto regulado en el artículo 123 de la Constitución Política que, establece como criterio para atribuir la condición de servidor público una lista orgánica descriptiva, y de forma subsidiaria, un criterio funcional por medio de la ejemplificación, especialmente en el caso de la prestación temporal de funciones por los particulares.

Así las cosas, distinta jurisprudencia ha ayudado a precisar el significado normativo de cada una de las categorías de servidores estatales (funcionarios públicos, trabajadores oficiales, miembros de corporación pública, y particulares en ejercicio de función pública)¹⁰² y se llega a la conclusión de que el criterio para encontrar si un sujeto representa al Estado, y, por tanto, no sólo lo compromete, sino que responde a la luz de las altas exigencias que el ordenamiento jurídico impone a los servidores públicos es el *de la función pública*.

A nivel internacional, la Comisión de Derecho Internacional ha propuesto ciertas reglas alrededor de este punto en el *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adoptada en su 53 período de sesiones (2001), para asumir a un sujeto como parte del Estado, y, por tanto, parte de sujeto de Derecho Internacional Público. Si bien este texto no es vinculante dentro de las fuentes del Derecho Internacional Público, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, numeral 1, se considera *soft law*, con base en el cual los Tribunales internacionales suelen tomar sus decisiones.

De esa forma el artículo 4 del *Draft* se remite a la infraestructura institucional del Estado, según su ordenamiento jurídico, para fijar quiénes comprometen el actuar estatal. Criterio orgánico que se complementa con el artículo 5 del *Draft*, que es el *funcional*, en virtud del cual, pese a que alguien no sea parte del Estado, su actuar compromete a esta

¹⁰² Respecto la categoría trabajadores oficiales, en la sentencia (C-736, 2007) la Corte Constitucional resuelve una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, los artículos 38 numeral 2° literal d) (parcial), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, y el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994, por medio de los cuales se fija un régimen de responsabilidad menos exigente a ciertos miembros de juntas directivas de sociedades de economía mixta, allí resuelve que los trabajadores oficiales, vinculados mediante contrato de trabajo son servidores públicos, sometidos al régimen de responsabilidad estipulado por el legislador. Por otro lado, sobre los particulares que cumple función pública, el ordenamiento jurídico ha mostrado su posición de forma reiterativa en sentencias como la Sentencia (C-563, 1998) donde se demanda la inconstitucionalidad contra la ley 80 de 1993, artículos 52, 53 y 56, y la ley 190 de 1995, artículos 18, 19 y 20 por el hecho de asemejar para efectos de responsabilidad el particular al servidor público, concluyendo la Corte que por el ejercicio de la función pública debe extenderse la responsabilidad por él ejercida.

institución. En ese orden de ideas, la responsabilidad del Estado equivale decir que un agente -al cumplir función pública- compromete el actuar del mismo (con capacidad para ello) y le hace atribuible la exigencia de deberes generales, cuya fuente sea la legalidad, o los específicos que se puedan deducir de su rol.

Una vez se identifica que el agente público cumple con los requisitos para comprometer al Estado, se establece una relación *entre el sujeto y la conducta caracterizada por la norma*. Lo que demanda precisar cuál es esa conducta, el deber que le era jurídicamente exigible.

La conducta objeto de la responsabilidad extracontractual es la prohibición de causar daño en ciertas situaciones. No se puede argumentar que dentro de los ordenamientos de corte occidental el Derecho de la responsabilidad extracontractual no prohíba dañar a otro o el *alterum non laedere*, al menos no sin dejar de lado una serie de rasgos y un modo de razonar jurídico propio de estos sistemas. Papayannis demuestra que los ordenamientos jurídicos, alrededor del daño, establecen mundos ideales, no ideales y defectuosos. El ideal es aquel en el cual no ocurren daños, el no ideal, aquel en el cual ocurren, pero son compensados, y el defectuoso, donde ocurren y quedan sin ser compensados.

Pese a lo anterior, dicha prohibición general de causar daños no se lee de forma independiente. Junto a ella aparecen situaciones en las cuales está facultado causar un daño, cuando no es imputable jurídicamente. Esto implica que la obligación de reparar se lee relacionada con otros deberes de comportamiento que tienen como operadores deónticos el *facultar o permitir*.

Al aceptarse esta clasificación, se evidencia que la expectativa defendida por el Derecho es que no ocurran daños en ciertas situaciones y al mismo tiempo, que el sujeto administre adecuadamente su libertad y respete la libertad ajena. Lo cual permite una acción general para solicitar indemnizaciones una vez un daño ocurre, pero se complementa en el proceso, con la imputación jurídica, que puede ser subjetiva u objetiva según el caso.

Con base en lo anterior, se deriva la existencia de *un deber primario de no dañar en ciertas circunstancias*; y uno *secundario de compensar*, una vez el primario es incumplido.

Lo que se desdobra *en un derecho, o expectativa, a no ser dañado, o de ser compensado en caso de ser dañado*¹⁰³.

Así las cosas, la conducta “dañar” es aquella prohibida, en primera instancia, por el ordenamiento jurídico, pero también se puede concluir que para que esta vaya de la mano con consecuencias jurídicas su descripción debe ser mucho más extensa. Demanda más elementos para complementar el supuesto de hecho. Pero lo cierto es que su primer componente normativo, uno indeterminado o de textura abierta, hace referencia a aquello que se está protegiendo, a lo valioso¹⁰⁴.

Dentro del ordenamiento normativo colombiano se diferencia entre el evento daño - aquel que afecta cualquier interés del sujeto- del perjuicio -que afecta su patrimonio y por tanto merece una protección jurídica-¹⁰⁵. La posición más reciente respecto a los perjuicios reconoce tres niveles de protección: en la salud humana, en la integridad patrimonial (inmaterial y material) y en los derechos fundamentales y convencionales¹⁰⁶.

1.3.2. Reglas de imputación vs. reglas de reparación

¹⁰³ El debate contemporáneo sobre la existencia (o no) del deber de no dañar no es objeto de esta disertación. La revisión bibliográfica llevó a concluir que la mejor descripción del derecho de daños para describir el objeto de estudio es esta. El razonamiento expuesto por Papayannis se fundamenta en un caso donde compara a un actor que ejecuta una conducta normal (ingresar a un bar), y otra, donde causa un daño (destruye un bar y repara los daños por lo alto) y una tercera (donde posterior a destruir el bar huye). En efecto, la primera incorrección siempre se da cuando se causa un daño, la segunda es no compensarlo. Pero ninguna de estas situaciones es comparable a la primera donde las expectativas sociales son cumplidas (Papayannis, 2016, pp. 75-87). En otros lugares el autor hace una defensa mucho más profunda de sus tesis, enfrentando los contra-argumentos y exponiendo sistemáticamente los que cuenta a favor. La conclusión a la que llega es que el *alterum non laedere* ofrece una imagen de la responsabilidad extracontractual mas coherente con el razonamiento práctico de los juristas (Papayannis, 2014, pp. 135-173).

¹⁰⁴ Si bien algunos argumentarían que el derecho no prohíbe necesariamente la conducta “dañar”, sino que en ciertas condiciones la permite, o que esta descripción es insuficiente para hablar aquello a lo que el derecho de la responsabilidad. Lo cierto es que hablar de que la conducta prohibida es esta, ayuda a comprender cuál es la expectativa que en principio es defendida por este sistema de derecho. Por supuesto, es necesario complementarla con elementos objetivos o subjetivos para lograr una descripción precisa de dicha expectativa. De igual forma, descripciones de comportamientos más precisas del derecho, como el hurto o el homicidio, no bastan con la tipificación, sino necesita la calificación de su efecto normativo (antijuridicidad), y el conocimiento de la acción (culpabilidad).

¹⁰⁵ Un ejemplo de ello es la sentencia 21 de julio, Caso Villaveces, donde por primera vez se reconoce el daño moral, pues a juicio de la Corte Suprema de Justicia acepta la casación bajo un vicio de carácter sustancial, por indebida interpretación de las normas que regulan la responsabilidad, toda vez que estas per se no limitan el daño al material, sino que hay cabida al moral; aun cuando su *quatum* sea de difícil establecimiento (Corte Suprema de justicia 21 de julio de 1922)

¹⁰⁶ (cf. Cortés, 2009; Consejo de Estado, Exp. 28832, 28 de agosto de 2014; Consejo de Estado, Exp. 32988, 28 de agosto de 2014; Corte Suprema de Justicia, Exp. 11001-31-03-003-2003-00660-01, 5 de agosto de 2014). Protección que se ha calificado como una propuesta atípica pues difumina las categorías de daño y perjuicio (cf. Rojas Quiñonez, 2017) (cf. Polanía Tello, 2017).

Los sistemas de normas establecen, para imputar una consecuencia jurídica, una conexión entre cierto estado de cosas en el mundo -el daño- y un actuar de las instituciones Estatales -o del sujeto dañador-. Dicho estado de cosas tiene una naturaleza doble. Por una parte, la ontología del evento es real o palpable. Diríamos que Cheveer fue atropellado por Carver, no en un lugar hipotético o en un estado mental, sino que este evento materialmente existe. Sin embargo, la pérdida de capacidad laboral, la aflicción, y el dinero que debe pagar en médicos, citas con la aseguradora, y en la prima del seguro de vehículo, es algo que se explica en un mundo social, que es objetivo, pero existe en la mente de los sujetos que pertenecen a una comunidad. La conexión debe hacerse en un nivel fáctico. Es Carver quien le causó el daño a Cheveer. Pero también jurídica. Carver tenía el deber de actuar de otra forma, o de alguna forma se vio beneficiado del evento, y, por tanto, debe indemnizar¹⁰⁷.

Existen al menos dos teorías bajo las cuales se establece la construcción del nexo en el Derecho (sin importar si es a nivel fáctico o jurídico). Aquellas que indagan por a) la causa del hecho y otras que b) construyen esta relación a partir de un manejo directo de los eventos daño y de la posición de agente frente al mismo. En este último evento suele evaluarse quién está en mejores condiciones para evitar de manera efectiva pérdidas económicas¹⁰⁸ o establecer cuál es la manera más justa de distribuir el riesgo social¹⁰⁹.

El sistema de responsabilidad extracontractual elige el método más adecuado para construir de nexos fácticos, a partir de la lógica del sistema de responsabilidad. En algunos casos se utilizan teorías a) para construir nexos empíricos respecto la causalidad. Sin embargo, en otras ocasiones -como el caso de las pérdidas de oportunidad- usa las teorías identificadas con el literal b), así no guarden total coherencia con el sistema de responsabilidad¹¹⁰.

¹⁰⁷ De acuerdo con Honore la importancia de estas preguntas reside en la idea de que la responsabilidad en el derecho, muy a menudo, depende de mostrar que una acción específica, evento o estado de cosas ha causado un daño o pérdida específica a otro. Ahora bien, el método seleccionado y su corrección depende de que esté adecuadamente relacionados a la función de fijar la responsabilidad. (Honoré, 2015, p. 1479). En el sistema colombiano, el segundo tipo de causalidad -la atribución en un nivel jurídico- suele entenderse como deberes jurídicos asignados a la acción del sujeto, y que permiten hacer un reproche bien por el demerito, el riesgo de su conducta, o el resultado reprochable de su actuar.

¹⁰⁸ Sobre el enfoque que se acaba de enunciar que es típico de la responsabilidad vista desde el análisis económico del derecho, puede consultarse (Acciarri, 2013).

¹⁰⁹ (Honoré, 2015, p. 1487).

¹¹⁰ Respecto las distintas formas como la jurisprudencia aborda la pérdida de oportunidad puede consultarse (Gil Botero, 2013).

La teoría alrededor de los elementos de la causalidad y la forma como esta se construye en juicios jurídicos es extensa, y no es tan útil para el objetivo teórico de la investigación. Basta resaltar cómo elige el sistema de responsabilidad el método para tomar este tipo de decisiones y cuál eligió Colombia. Honoré explica que una metodología para construir nexos causales implica que ciertas consecuencias son atribuidas a la esfera de responsabilidad jurídica del sujeto, lo cual es un tema de distribución del riesgo social¹¹¹. Para ello, se establece el alcance y propósito de la regla de responsabilidad en cuestión¹¹², así como la aspiración del Derecho de obtener ciertos resultados morales, esto es, “negar ciertas demandas que carecerían de equidad hacia el demandante o injustas hacia el agente”¹¹³.

Dentro de las distintas teorías es relevante la denominada *condiciones NESS* (*necessary and sufficient condition for fault*) que son defendidas por autores como Hart, Honoré¹¹⁴ y Wright¹¹⁵, que indican un comportamiento como “una parte necesaria de un complejo de condiciones suficientes para la obtención del resultado”¹¹⁶. De esa forma, el tipo de análisis que se realizan para encontrar estos vínculos causales son generalizaciones de cómo los eventos son causados, esto es un tipo de razonamientos contra-fácticos¹¹⁷, *verbi gratia*, si Carver no hubiera decidido manejar y conducir a alta velocidad en una zona escolar, con seguridad Cheever no se habría visto involucrado en el accidente que causó la muerte de su hijo.

Esta última ha sido relevante en el ordenamiento jurídico colombiano, que, fundamentado principalmente en la idea de libertad y de mérito, utiliza dicha tesis

¹¹¹ A lo que Honoré se refiere con esta distribución de riesgos, es que como sociedad se admite sólo una cierta cantidad de efectos posibles a una causa determinada. En caso de que Márquez intente envenenar a Silva, y afortunadamente antes de que este consuma el guiso, la olla a presión estalla matándolo, el responsable nunca sería el primero. Si bien Honoré defiende esta tesis (2015, pág. 1486) lo cierto es que deja de considerar qué ocurre cuando no existe una distribución previa del riesgo, ni hay una serie de casos que indique quién es el responsable en este tipo de situaciones la forma cómo determina el juez quién es el responsable, parte de un análisis de justicia correctiva. ¿Qué se deben las partes con su comportamiento?

¹¹² “Ninguna regla tiene como fin proveer un remedio para cualquier tipo concebible de daño o pérdida” (Honoré, 2015, p. 1491).

¹¹³ (Honoré, 2015, p. 1491).

¹¹⁴ (Wright, 2001)

¹¹⁵ (Hart & Honoré, 1959, p. 454)

¹¹⁶ (Honoré, 2015, p. 1489).

¹¹⁷ La crítica que se hace a esta teoría es en primer lugar, que los juicios causales no siempre atienden a generalizaciones, y en segundo, se afirma que si se puede generalizar, sería en procesos inorgánicos, o es procesos de este tipo.

mencionada para la construcción de nexos fácticos, bajo la denominación de causa adecuada, aquella causa que normalmente genera el resultado¹¹⁸.

Ahora bien, distingamos la relación entre el agente y el daño, de *la conexión entre el mismo y la víctima por medio de la obligación de reparar*. Lo cual es desarrollo de la idea de justicia correctiva. Este punto es fundamental, para llegar a comprender la fundamentación de la transferencia o garantía en justicia transicional.

La descripción que hace De Iarragaña demuestra que los ordenamientos jurídicos no encuentran necesario forzar al agente autor a reparar, sino que es la generalidad frente a la cual se admiten excepciones. La autoridad puede elegir entre una relación de identidad entre el autor del daño y quien lo indemniza -responsabilidad denominada directa- y aquellos casos en los que no existe tal relación de identidad -responsabilidad indirecta- que emerge porque la persona ha de cargar con el riesgo y ha de responder por el daño subsecuente frente a la ley¹¹⁹. ¿Qué fundamenta una u otra elección?

Honoré justifica la obligatoriedad de dicha conexión bajo argumentos distributivos, es un riesgo impuesto o asumido voluntariamente¹²⁰. Para reforzar este argumento, indica que en algunas ocasiones el Derecho hace responsable civil o plenamente sin necesidad de que exista un daño real causado por el individuo, sólo por infringir una conducta, en estos casos la causalidad no es necesaria¹²¹. Argumentos que permitirían justificar la garantía de la reparación.

Sin embargo, dicha posición no ilumina esta institución, simplemente presenta la complejidad en una forma mucho más inteligible. Su apreciación es cierta, la construcción de nexos causales o jurídicos se puede explicar de forma distributiva, pero esto deja de lado que la gran mayoría de las veces, los sistemas exigen una relación entre el agente y la víctima. Lo cual significa que, si bien dicha visión explica las excepciones sobre los nexos causales contruidos virtualmente, no explica porque en general los sistemas de responsabilidad buscan que sea el autor del daño y no otro, quien debe indemnizar.

¹¹⁸ (M'causland Sanchez, 2013, p. 544 y ss)

¹¹⁹ (De Iarragaña Monjaraz, 2015, pp. 1462-1463)”

¹²⁰ (Honoré, 2015, p. 1483)

¹²¹ (Honoré, 2015, p. 1483)

Resolver esta relación, se vuelve esencial para el proyecto. ¿Qué fundamentos se encuentran en la elección de un sistema para ordenar una relación obligatoria entre el agente causante del daño y la víctima de este? ¿Cuáles se pueden usar para ordenar lo contrario? ¿pueden explicar la transferencia de la obligación de reparar de la cual se ha hablado?

1.4. Identidad e imputación como expresión de Justicia correctiva y confianza

El Derecho de daños protege ciertos intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico y en caso de que se vean afectados, entrega al individuo una opción para ser reparado, *¿necesariamente* debe ser el sujeto que causó el daño? No es obligatorio, pero esto es apenas descriptivo, la respuesta en un sentido conceptual y normativo se puede abordar desde la distribución de derechos y deberes de indemnidad, así como la rectificación de los injustos entre las partes, pues “estos derechos y deberes definen los términos equitativos e la interacción privada”¹²². Resolver esto, permitirá solucionar perplejidades del sistema de reparaciones en justicia transicional, alrededor del qué entrega, hasta dónde y quién lo recibe o lo debe.

Un sistema que defiende la libertad en el marco de una sociedad debe establecer el rango de acción de cada sujeto. Todos tendrán el máximo de libertad que permita el sistema, pero ello implica la garantía también de un mínimo de seguridad, relacionada con su integridad física y bienes. Estos derechos no son absolutos, justamente por su definición relacional, así, los ordenamientos jurídicos conceden un haz de facultades que constituyen normativamente el derecho a la libertad y también el de seguridad. Entre más tipologías de acción conceda el sistema, más robusto será su derecho.

En ese sentido, la responsabilidad se vuelve distributiva, al elegir entre muchas opciones, el nivel de exigencia que reclamará de una conducta (reglas de ausencia de responsabilidad, de responsabilidad culpa u objetiva), pero también será de justicia correctiva al determinar los tipos de comportamiento que constituyen la ruptura de una de estas reglas, por medio del incumplimiento de un deber de indemnidad y la afección, correlativa, a un derecho de esta naturaleza.

¹²² (Papayannis, 2016, p. 204)

Lo anterior exige del Estado la obligación distributiva de entregar, razonablemente, derechos de indemnidad -primarios- como desarrollo de la libertad a la que se compromete, y para ello, puede dar validez a pretensiones bilaterales de reparación -secundarios-. Autores como Gardner defienden una tesis de continuidad entre las razones que tiene un individuo para no dañar en un momento 1, e indemnizar en el momento 2. Ese vínculo normativo explica la responsabilidad desde una idea de justicia correctiva, y declara como necesaria la reparación por parte del agente que causó el daño¹²³.

Sin embargo, la tesis de Gardner no explica de la mejor forma la responsabilidad extracontractual porque en algunas situaciones el sujeto que daña no debe reparar. Papayannis¹²⁴ logra demostrar que el peso normativo de las razones para no dañar e indemnizar a alguien pueden variar del momento 1 anterior al daño, al momento 2 después de su ocurrencia. Por ejemplo, cuando el sistema obliga a A, un sujeto con muy poca riqueza a indemnizar a B alguien con mucha de ella -caso en el cual habría mejores argumentos para ordenar al individuo con capacidad económica que repare su propio daño-. Esto demuestra que, si bien hay una conexión contingente entre los deberes primarios y los secundarios, esta no es necesaria. Lo único que analíticamente debe hacer el sistema es establecer consecuencias por la vulneración de un derecho, más no que sea obligatorio que éstas sean pagadas por el causante del daño.

En esa ilación, los derechos y deberes de indemnidad pueden ser vistos como un recurso para perseguir planes de vida¹²⁵. Si el Estado quiere asegurar un nivel mínimo para que sus asociados persigan sus objetivos, debe establecer reglas que regulen la interacción con el otro¹²⁶, para evitar que éstos afecten el espacio reconocido. Dicho compromiso exige que en la mayor medida posible la víctima sea indemnizada¹²⁷ y que su reparador sea la

¹²³ (Gardner, 2011, p. 32 y ss).

¹²⁴ (Papayannis, 2016, p. 205)

¹²⁵ (Papayannis, 2016, p. 205)

¹²⁶ En efecto, los ordenamientos jurídicos deben elegir hacer algo con los daños no injustos. 1) que la víctima los soporte; 2) que los asuma la comunidad; 3) o la víctima y la comunidad, dependiendo del tipo de pérdida. Según Papayannis la elección depende de la esquina liberal que sea seleccionada, entre más libertaria sea una sociedad menor será la intervención de la comunidad. Pero lo usual es que la víctima soporte los daños que no sean consecuencia de nadie a menos que sea un desastre natural, o un evento de extraordinaria mala suerte, que la comunidad asume en justicia deben ser asumidos comunalmente. (Papayannis, 2016, p. 226). Sin embargo, nada obliga conceptualmente al Estado a ello. Precisamente lo que debe abordar son las interacciones injustas

¹²⁷ Pese a que podría sancionarse el daño con penas privativas de la libertad.

mayoría de las veces el causante del daño¹²⁸. Pues si en última instancia la protección a derechos y deberes de indemnidad quiere proteger planes de vida, no basta con asegurar expectativas de comportamiento, sino que presente mecanismos para que el orden afectado se acerque lo más posible al momento anterior al daño. Empero, el motivo para la segunda exigencia es más complejo.

La protección a los planes de vida humanos incluye asegurar que las consecuencias de las decisiones sean interiorizadas por quien ejecuta estos planes. Esta justicia entre las partes respeta, de acuerdo con Papayannis, el principio de división de la responsabilidad. Pues al aceptar que se tiene una proporción determinada de libertad y seguridad; dañar al otro, en los intereses legítimos reconocidos por el sistema, es instrumentalizar a la víctima. De esa forma, indemnizarlo, es asumir estas consecuencias.

Ahora bien, la autorresponsabilidad es sólo una de las razones por las cuales existe la justicia correctiva, pero *su valor intrínseco* radica en que, en las relaciones ocasionales, *quien actúa de forma prudente y respetuosa para evitar los daños, o los repara una vez los causa, muestra un profundo respeto por el otro, permitiendo la construcción de confianza y la coordinación social*¹²⁹.

Así, se evidencia que el quid del asunto radica en los argumentos para que frente a un acto injusto cometido por un sujeto -del cuál es imposible o en extremo difícil obtener una indemnización- sea el Estado quien debe indemnizar. Lo que se relaciona con los motivos por los cuales existe un sistema de responsabilidad extracontractual, y la concepción más abstracta del rol que juega el Derecho. De esa forma, se entiende que trasladar el deber de reparar o garantizar la indemnización es una excepción a uno de los fundamentos que justifica la institución del Derecho de daños, o al menos esto parece. Normativamente ello implica que hay mejores argumentos para que el obligado a indemnizar sea un sujeto distinto al autor.

En este sentido, algunos estudios del Derecho civil han abordado reformas recientes en Latinoamérica encontrando que los ordenamientos han justificado la garantía o

¹²⁸ Aun cuando sea viable que la víctima reclame del Estado la reparación del daño y que sea este quien repita en contra del causante.

¹²⁹ Para ver un desarrollo más profundo de estos argumentos puede estudiarse (Papayannis, 2016, pp. 233-242). De igual forma, en el apartado 2.3.1. de la tesis se precisa como la justicia correctiva impregna el derecho de daños, y su transformación en escenarios transicionales.

transferencia del deber de reparar desde el Derecho romano, inicialmente en lo reprochable del actuar del agente -la culpa en la educación o la vigilancia- y, posteriormente, “en la relación de paternidad y la necesidad de no dejar desamparada a la víctima de un hecho ilícito”¹³⁰. Desde épocas muy remotas los sistemas normativos han encontrado, por un lado, fundamentos subjetivos para trasladar la responsabilidad que se cimentan sobre la justicia correctiva y, por otro, fundamentos objetivos que surgen del rol del agente, cuya justificación se conecta, en mayor medida, con la justicia distributiva¹³¹.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la responsabilidad por el hecho del tercero ha tenido una evolución similar a la que se ha plasmado. La jurisprudencia ha hecho que las disposiciones que regulan la responsabilidad indirecta, que en principio están atadas a un reproche o error en la coordinación del comportamiento del dependiente, se trasladen al escenario objetivo, exigiendo una responsabilidad construida en virtud del rol de coordinador. Esta interpretación se da desde distintas construcciones teóricas, por ejemplo, exige una prueba de difícil recaudo, como la del comportamiento diligente -bien sea en la elección, en la educación, o la vigilancia- frente al evento daño concreto –si fue diligente al momento del daño-; o simplemente encontrando una identidad entre dañador y tercero, a partir de la pertenencia a su organización o el disfrute del beneficio de su trabajo; y así mismo, en una evaluación laxa de los argumentos que permiten identificar el nexo ocasional, entre las funciones encomendadas al dependiente y aquel comportamiento que causó el daño¹³².

¹³⁰ (Sconda, 2017, p. 472).

¹³¹ Sconda explica que en el derecho argentino, se establecían exigencias para lograr la indemnización por parte del padre. 1) Que el hijo fuera menor de edad: 1.1. menor de 10 años los únicos responsables directos eran los padres por ausencia de discernimiento. 1.2. mayor de 10 años, debían responder en forma directa, y los padres de manera indirecta o refleja. 2) Que los hijos estuvieran bajo la patria potestad de los progenitores. 3) Que habitaran con ellos. 4) Que el hecho realizado por el menor fuera ilícito. 5) La producción del daño a un tercero. 6) Que existiera la relación causal entre el daño y el hecho ilícito. 7) Si era mayor de 10 años, los padres responden si se demostraba dolo o culpa de los mismos. Pese a ello, después de la reforma de su código civil se crea “un factor de atribución objetivo (deber de garantía), en la necesidad de garantizar a los terceros por la acción dañosa de las personas que actúan en el interés de otro” (Sconda, 2017, p. 478). Sconda argumenta que este último punto, es una posición que parte del derecho romano pues el *pater o dominus* en Roma, es responsable por los daños que ocasionaban sus hijos o esclavos. Lo cual le generaba una obligación facultativa, entregar al hijo o esclavo o pagar el valor de la indemnización, por la posición normativa en la que se encontraba (Sconda, 2017, p. 504).

¹³² Los ejemplos de estos tipos de razonamiento abundan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En sentencia diciembre 7 de 1943, se dice que, si bien el empleador es responsable por los hechos de su agente, esto se excepciona si la diligencia en la elección y acción no impide el hecho. En el caso no se logra probar un vínculo entre empleador y el causante. En la sentencia de Mayo 29 de 1959, frente a un accidente de tráfico, se sostiene la obligatoriedad de hacer la transferencia del deber de reparar, al demostrarse la relación de

Esta postura parece adquirir más fuerza en la sentencia de 7 de octubre de 2015 donde se ratifica esta conclusión. Se indica que las personas jurídicas responden por el hecho de sus agentes, siempre que el daño se produzca por el cumplimiento de las funciones, *con ocasión de ellas*, el abuso de estas o su omisión¹³³.

En materia administrativa, los preceptos normativos sobre la responsabilidad del Estado por el hecho de sus agentes se estructuran con mayor razón en virtud de la pertenencia a la organización del Estado. Los criterios de estructura dinámica y noción restringida de función pública permiten evaluar si el Estado cometió el daño. En este caso, de cumplirse los requisitos de la responsabilidad, se traslada el deber de reparar del agente al Estado; a menos que la actuación del funcionario pueda considerarse como ajena a la función entregada por la volición de su actuar. Este punto se analizará con mayor profundidad en el siguiente apartado, esto es el 1.5., cuando se estudie el caso particular del funcionario público.

En ese orden de ideas, lo que se ha expuesto hasta este punto lleva consigo que la distribución de deberes y derechos de indemnidad, en el ordenamiento jurídico, les entrega a

dependencia. En la providencia de Marzo 18 de 1976, se considera que es viable transferir la obligación de reparar del causante al dueño del vehículo pues es quien controlaba la acción riesgosa. Aun cuando no existía un vínculo laboral entre ambos. La sentencia de 15 de marzo de 1996. Expediente No. 4637. Frente a un accidente de tránsito se condenó a la empresa de transporte, como responsable de forma solidaria, por la existencia de una relación de dependencia y subordinación con dicho conductor. Así mismo, en sentencia de Mayo 22 de 2000, en Exp. 6264, la Corte indica, frente a un caso de hombre que murió por la imprudencia de un menor, que le atropelló [...], que el régimen jurídico de responsabilidad, para el momento, sólo permitía exonerarse de la responsabilidad por el hecho de un tercero desde la causa extraña, pero también argumenta como dicho de paso, que la diligencia que el régimen general de responsabilidad de hecho del tercero reclama la prueba del actuar probó frente al caso concreto: el evento donde ocurrió el daño. En sentencia de 6 de julio de 2006. Exp. 04733 – 01. En una demanda contra un banco por la expedición de títulos negociables fuera de los trámites internos, se encuentra que para la responsabilidad directa de las entidades por el hecho de sus agentes, basta con demostrar que este hacía parte de su institucionalidad y que su conducta, pese a que sea dolosa, debe ser “desplegada mientras el agente se encontraba en ejercicio de las correspondientes funciones o con ocasión de ellas”.

¹³³ Aquí se demanda a la Diócesis de la Iglesia Católica para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por el acceso carnal violento. El debate del proceso se dio alrededor de la existencia de un vínculo de autoridad y subordinación entre el autor del delito y la entidad demanda, así como la ruptura de las indicaciones de comportamiento que esta institución pone a sus representantes, pero se falla en contra a partir de la posibilidad que permitió las funciones que le fueron asignadas. Como se verá más adelante, esta sentencia se construye exclusivamente sobre justicia distributiva, enfocado especialmente en la protección de un derecho de indemnidad de la víctima: su integridad personal. Es claro que su daño es injusto, y que el agente dañador traslado con creces la libertad permitida por el sistema, obteniendo una ganancia desmedida en su esfera normativa. Sin embargo, no está claro en qué medida la institución de la iglesia vulneró y omitió los derechos y deberes de indemnidad que el sistema le asigna. Esta circunstancia, tampoco respeta la confianza social que se construye en las relaciones interpersonales. En primer lugar, lo que el fallo parece indicar es que esta confianza que debe la institución con sus representantes es poca o ninguna, y así mismo, genera una expectativa que en principio parece irrazonable.

los perjudicados la posibilidad de demandar al coordinador del actuar del sujeto victimario. Lo cual eleva el nivel de seguridad de los miembros de la sociedad, y exige un control muy alto por parte de la institución que tienen sujetos a su cargo, disminuyendo notablemente su nivel de libertad. En esa medida, se desarrolla la justicia correctiva dentro de la institución de la responsabilidad extracontractual. La pregunta que queda es, ¿hasta dónde es exigible este grado de control?

La posición que adquiere el coordinador del actuar, -que puede ser denominada de *garante*-, cumple un rol desde la justicia correctiva, pues si bien el sujeto que indemniza no es quien causa el daño, genera confianza social al permitir al agente dañado su compensación por el daño injusto. En efecto, para poder relacionarse con sujetos cuya agencia depende de un tercero, es necesario contar con la certeza de que el actuar torticero de éste será reparado por aquel con mayor patrimonio, que suele ser el coordinador de la conducta.

Sin perjuicio de lo anterior, la construcción de confianza implica que para la sociedad no sea esperable que el garante responda por aquellos comportamientos que le era imposible dirigir. Por ejemplo, en aquellas situaciones en las cuales el hijo no convive con el padre, el empleado actúa por fuera de sus funciones, o el funcionario se sale de las competencias normativas entregadas, no es dable esperar razonablemente que el garante responda por dicho actuar.

Todo lo anterior muestra que argumentar que el tercero -quien causa el daño- es representante de la agencia de otro, crea una ficción que reconduce las exigencias de las víctimas a este sujeto con patrimonio, en este vínculo la relación creada por el Derecho de la responsabilidad continúa siendo bilateral, pues el tercero es despreciado. En ese orden de ideas, la traslación o garantía del deber de reparar es sólo aparente, pues para el ordenamiento jurídico ello no sucede, lo cual es un sucedáneo que hace innecesario el argumentar en contra, para excepcionar, esta característica.

Ahora bien, no en todas las situaciones en las cuales un ordenamiento jurídico admite dicha transferencia/garantía del deber de reparar el argumento es la actuación en nombre de otro. Como se verá a continuación, en algunos eventos, la justificación varía, y en estos casos el sistema excepcionalmente, y no siempre de forma coherente, admite la transferencia del daño sin respetar la justicia correctiva. Las razones entonces, que justifican dicho evento se

encuentran en la justicia distributiva. El argumento que soporta esta traslación debe remitirse al Derecho mismo, y no a los fundamentos del sistema de responsabilidad.

1.5. La prohibición de trasladar el deber de reparar en un escenario de normalidad

En ese orden de ideas, la relación de identidad entre el autor del daño y quien lo indemniza, es una manera de construir confianza entre los miembros de la comunidad. De esa forma, la responsabilidad extracontractual cumple al mismo tiempo dos tipos de exigencias normativas que tienen un efecto en el actuar de los ciudadanos. Si este argumento funciona para justificar no sólo porque el Estado responde por los daños ocasionados con dolo o culpa grave por el servidor estatal y luego repite en su contra, sino también porque garantiza los daños causados por actos terroristas de terceros, será pertinente para evaluar cómo operan dichos casos específicos en el sistema de justicia transicional y entender las perplejidades de marras.

La responsabilidad indirecta tiene dos subespecies: Si son sujetos independientes, es una responsabilidad por el hecho del tercero; mientras que si el agente pertenece a una entidad se considera que la responsabilidad es colectiva¹³⁴ o institucional. El criterio normativo que sistemas como el colombiano utilizan para diferenciar estos dos tipos de responsabilidad se centran en la evaluación de la conducta. En el primer tipo de responsabilidad se juzga si existe control y un error de comportamiento en el uso de esta facultad; en el segundo, la evaluación se hace del actuar de la institución, siempre que la acción del agente se haya dado dentro del rol o con ocasión a este.

Pese a lo anterior, los sistemas actuales -entre ellos el colombiano- no distinguen entre estos dos tipos de responsabilidad más que en el criterio para construir la conexión entre el coordinador y el agente dañador. En ese sentido, si la conexión es establecida, y el agente es considerado por el sistema como obligado a indemnizar, el coordinador del comportamiento deberá hacerlo casi de forma objetiva. Ello implica que cuando no hay posibilidades de construir esa conexión, bajo la justicia correctiva, se prohíbe transferir el deber de indemnizar el daño. Si Cheever ocasionó un daño a su amigo Salinger, sería contraintuitivo para los

¹³⁴ (De Iarragaña Monjaraz, 2015, pp. 1462-1463).

practicantes que Carver sea llamado a indemnizar el daño, a menos que de alguna forma sea imputable el daño a este último.

1.5.1. Responsabilidad del servidor público por Dolo y culpa grave

De conformidad con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política cuando el agente actúa con comportamientos ajenos al rol que le ha sido asignado, bien por cometer errores de comportamiento graves, o con intenciones dañosas, no se podría entender que actuó como un órgano o con funciones del Estado.

En este tipo de situaciones el sistema de responsabilidad entiende que el sujeto actuó por su cuenta y la ficción de identidad es desestimada. Empero el Estado responde en primer lugar, como una forma de protección a los derechos de indemnidad de la víctima, justificada en que el daño se ocasionó con ocasión al rol cumplido por el agente, pero la repetición comunica a la sociedad que el daño no le pertenece al Estado, sino al servidor que debe asumirlo con su patrimonio.

La responsabilidad extracontractual del Estado se traslada por medio de dos mecanismos procesales, la acción de repetición que puede implementar el Estado en contra del servidor o exservidor público o el llamamiento en garantía con finalidades de repetición (art. 142 de la ley 1437 de 2011 y ley 678 de 2001¹³⁵). Se observa que la relación jurídico procesal que se establece es entre el Estado y el servidor, pues aquel se subroga en la posición de la víctima, una vez realiza el pago.

Como se ha referenciado, la institución guarda absoluta coherencia con los principios de justicia correctiva y distributiva; pues la actuación gravemente culposa o dolosa no puede concebirse como un reflejo del actuar del Estado, pues no hay una conexión entre la acción ejecutada y la función *lato sensu* que le fue atribuida al órgano en su sentido dinámico. Pero al dar la opción a la víctima de demandar al Estado se asegura que su derecho de indemnidad sea efectivo.

¹³⁵ Dicha ley regula distintos aspectos de esta acción. Entre otras, la definición de lo que se entiende por comportamiento gravemente culposos o dolosos, y presunciones alrededor de ciertos comportamientos que implican esta calificación.

Así las cosas, cuando el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano estudia esta acción le da una connotación de naturaleza civil¹³⁶, y ello tiene implicaciones en la forma como se juzga el actuar del funcionario público. Tanto las presunciones legales aplicadas especialmente a funcionarios¹³⁷ para demostrar la ocurrencia de un determinado nivel de volición son aplicadas¹³⁸, como aquellos baremos descritos en la normatividad civil, referentes al buen padre de familia, al ciudadano normal, y el hombre negligente. Lo cual significa que el criterio por medio del cual se juzga el cumplimiento de los deberes de los funcionarios atiende a estándares de conducta similares a los que se utilizan para juzgar el respeto que se deben los ciudadanos.

Esta solución normativa es distinta a la que se llega en el caso referenciado de la Diócesis de Liévano -Sentencia de 7 de octubre de 2015-, toda vez que romper la identidad que implica la responsabilidad por el hecho del tercero, frente a errores de conducta tan drásticos – que implica dolo o la culpa grave-, representa respeto por la confianza que puede tener la entidad con sus colaboradores, o la que razonablemente pueden tener los ciudadanos con relación a estos. Se asume que el funcionario actuará dentro del marco de sus competencias, y si, en dicho ejercicio causa un daño, es esperable que la entidad responda por este; pero atribuir responsabilidad a la entidad en virtud de acciones ajenas a la función atribuida haría altamente riesgosa e incontrolable la conducta de agente.

¹³⁶ Sentencias proferidas por el Consejo de Estado: i) Del 8 de marzo de 2007 proferida por la Sección Tercera, Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicación número: Exp. 30.330 y ii) Del 16 de julio de 2015 proferida por la Sección Tercera, Subsección A, Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón (E), Exp. 27.561, entre muchas otras.

¹³⁷ En sentencia del 6 de julio de 2017 N.I. 45.203, señaló que las presunciones que contempló la Ley 678 de 2001, en sus artículos 5 y 6, son legales, de ahí que, en caso de invocarse una de ellas en la demanda de repetición, deberá demostrarse el hecho en que se apoya dicha presunción y así, en principio, se deduciría que la conducta del demandado ocurrió a título de culpa grave o de dolo, a menos que, en ejercicio de su derecho de defensa, desvirtúe dicha presunción. Criterio reiterado por esta misma Subsección, a través de las sentencias del 7 de agosto de 2017, Exp. 42.777, del 1º de febrero de 2008, Exp. 50453A y del 1º de marzo de 2018, Exp. 52209.

¹³⁸ Recientemente, el consejo de Estado juzgo un caso de un funcionario declarado insubsistente en la Fiscalía General de la Nación, debido a una investigación penal; cuando a la luz de la norma y de la jurisprudencia vigente, lo razonable y proporcional, era su suspensión. Posterior a la sentencia absolutoria, se declaran nulos estos actos, fruto de una desviación de poder, y posterior a ello la entidad -Fiscalía- concilió el pago. En la acción de repetición en contra del funcionario competente que tomó la decisión de declarar insubsistente al funcionario, se le encuentra responsable de la actuación administrativa descrita, por un actuar doloso, fundamentado en las presunciones contenidas en el artículo 5, de la ley 678 de 2001. Consejo de Estado. Sección 3. 13 de noviembre de 2018. Exp. 49809.

De tal suerte, lo anterior sería un límite para la creación de responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de un tercero -incluso cuando hace parte de una organización-. Pues llevar a tal extremo la exigencia de control es incoherente con la justicia correctiva como una de las justificaciones de la responsabilidad extracontractual del Estado. De esa forma, el motivo plausible por el cual la institución continúa funcionando es el mismo que explica la responsabilidad por actos terroristas de terceros, su coherencia con el segundo nivel de justificación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como se observa a continuación.

1.5.2. Reparación por actos terroristas de terceros

Distinto al anterior, la reparación por actos terroristas recurre a argumentos externos al sistema de responsabilidad para motivar y justificar las consecuencias jurídicas atribuidas por los jueces.

La jurisprudencia colombiana en distintos casos ha reconocido la responsabilidad del Estado por actos terroristas de terceros y ha omitido las exigencias del sistema de responsabilidad en torno a la conexión entre la conducta prohibida por la norma y el actuar del agente. En estos casos no hay justificaciones contra fácticas que demuestren una conexión causal y atributiva a una autoridad de estos eventos, tan solo se realiza un análisis de la situación justificando la imposición de la responsabilidad en virtud de deberes como la solidaridad.

Al decir el juez administrativo que el Estado debe responder por un acto que no le puede ser reconducible desde ninguna teoría de la causalidad, no sólo está haciendo una declaración deóntica contraria al texto de la constitución política, sino que también está justificando esta aplicación contraria a la literalidad del texto.

En efecto, la jurisprudencia producida equipara los deberes específicos de no causar daño en casos concretos con deberes públicos que le corresponden al Estado -como la solidaridad-. En ese orden de ideas, en vez de construir el juicio causal, y posterior a ello, evaluar la conducta del Estado bajo los regímenes que permiten encontrar cuáles deberes y derechos de indemnidad fueron violados – el régimen subjetivo de falla de servicio, o los objetivos de riesgos excepcional o daño especial-; el juez contencioso omite dicha

construcción causal, y atribuye una ruptura de las cargas públicas desde el principio de solidaridad¹³⁹.

En sentencias más recientes se observa que esta posición se mantiene. En decisión expedida por el Consejo de Estado el 23 de mayo de 2018 Exp. 41345 se juzga el caso de la muerte de una ciudadana, como consecuencia de la explosión de un artefacto atribuido al grupo insurgente denominado Ejército de Liberación Nacional. Se encuentra responsable al Estado con ocasión al principio de solidaridad, pues de acuerdo al fallo tiene deberes de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, el orden público y la solución del conflicto armado, de manera que a la Policía Nacional “le correspondía alertar al centro comercial y vigilar las medidas de seguridad que el establecimiento ha debido implementar” y al no hacerlo, se puede reconducir el daño con fundamento en la solidaridad interpretada como valor y principio Constitucional y de la antijuridicidad del daño sufrido al actuar del Estado.

Frente a estas providencias autores como M'Causland indican que el recurso al daño especial para justificar en estos casos la imputación de responsabilidad “supone desconocer su planteamiento teórico y eludir, en los casos concretos, el estudio de la imputación que constituye un elemento estructural de dicha responsabilidad. [...] En ese sentido la colectivización de los riesgos sociales, perfectamente plausible en todo Estado social del Derecho, no puede ser entendida como una aplicación de la responsabilidad, ni como una nueva perspectiva de esta”¹⁴⁰.

¹³⁹ El Consejo de Estado ha expedido distintas sentencias con base en estos argumentos. Algunos ejemplos son las siguientes. Sentencia del 8 de agosto de 2002 – Exp. 10952. Explosión de tanque de gasolina, en el marco de fuego cruzado entre delincuentes y el ejército que ocasionó la muerte, tanto de los delincuentes, como del ciudadano secuestrado. El Consejo de Estado encuentra la responsabilidad del ejército en virtud del daño especial, esto es, que el ciudadano y su familia sufrió una carga desmedida con relación al resto de la comunidad. En la sentencia se afirma “son imputables al Estado los daños sufridos por la víctimas cuando estos excedan los sacrificios que se imponen a todas las personas y en su causación interviene una actividad estatal”. Sentencia de 3 de mayo de 2007 – Exp. 16696 -Enfrentamiento entre el ejército y delincuentes, que resultó en una granada arrojada a una vivienda, donde estalló y le ocasionó la muerte a una menor de edad y heridas a su familia. En este caso se considera que el daño se da concomitante a una operación policial, y si bien el daño proviene del actuar de terceros, se considera que en virtud del principio de solidaridad el Estado debe responder por la carga desmedida que le corresponde asumir al ciudadano frente al resto de la comunidad. Y sentencia de 30 de julio de 2008. Exp. 17206. Abaleo donde se vieron involucrados miembros de la fuerza pública. Allí se condena al Estado por los daños ocasionados en dicho enfrentamiento, debido a que estos ciudadanos asumieron una carga desigual frente a la sociedad que se ve beneficiada de estas persecuciones.

¹⁴⁰ (M'causland Sanchez, 2013, p. 582)

Lo expuesto demuestra que la teoría de responsabilidad desarrollada por el Consejo de Estado, en el caso de actos terroristas de terceros, no se relaciona con las finalidades y características de la institución de la responsabilidad como es entendida por los practicantes. Se podría decir que, de conformidad con el objetivo de justicia correctiva que persigue esta institución, dicha forma de percibir la responsabilidad es opuesta y satisface características exclusivamente distributivas que buscan dar eficacia a los derechos entregados por el ordenamiento, pero omite el análisis de los deberes que son correlacionales.

Lo anterior demuestra que dicha justificación funciona en un nivel distinto, y es en la segunda vertiente de la justificación de los juicios de responsabilidad. En ese orden de ideas, si bien estos juicios no atienden la naturaleza de la institución de la responsabilidad del Estado, la decisión puede sostenerse dentro del sistema de Derecho pues satisface los requisitos para ser producida, mantenida y aplicada. En efecto, la responsabilidad de Estado por actos terroristas de terceros desnaturaliza el sistema de responsabilidad, pero es sostenible dentro de los objetivos del plan maestro dibujado por la constitución. Es por ello, que el ordenamiento no ha desmantelado dicha teoría o sus agentes no se han abstenido de aplicarla.

El caso que se ha referenciado demuestra que la prohibición de transferir la responsabilidad admite excepciones que no se encuentran dentro de las características internas del sistema, o externas con relación a la justificación de la responsabilidad misma, sino en teleología del ordenamiento normativo.

Con todo ello no se quiere indicar que se comparta esta tesis, sino que funciona porque se adecúa al menos a este último nivel de explicación propuesto en el capítulo primero. Lo más acertado es que los dos niveles guarden relación lógica. Y precisamente ello explica que cuando la finalidad del sistema como un todo cambia, lo hacen también las características esenciales de sus instituciones.

Frente a este punto, Papayannis indica que las normas que se han citado persiguen que las pérdidas injustas, ocasionadas por alguien de quien obtener reparación es en extremo difícil, sean asumidas socialmente. Un abordaje más prolijo canalizaría a las víctimas hacia un régimen de compensación fundado en la solidaridad, lo cual diferencia la obligación que

surge de la justicia distributiva -que va inmersa en asistir a quien lo necesita o en la solidaridad- y el hecho de ser responsable por el injusto causado¹⁴¹.

Resultado parcial

Se observó, en esta primera parte, como las reparaciones en justicia transicional ofrecen perplejidades al intérprete del Derecho de daños. No hay una relación absolutamente coherente, pese a que sea necesaria, entre la ley 1448 de 2011 y el SIVJNR. Lo cual se debe a los diferentes momentos en los cuales fueron proferidas las normas. Sumado a ello, surgen dudas sobre *el qué se entrega, quién repara, el límite y el modo* de estas reparaciones que difieren al contexto ordinario.

Dichas preguntas se ven con mayor claridad cuando se estudia la responsabilidad del Estado por el funcionario que comete un daño con dolo o culpa grave en el marco del conflicto y frente a un tercero excombatiente. En ambos casos, el Estado garantiza como regla general la reparación, lo que hace imposible repetir en contra del funcionario o del excombatiente, aun cuando estos tengan el deber de coadyuvar con dicha reparación, por ejemplo, con garantías de no repetición. Ello pone en jaque la utilidad de la justicia correctiva, y, por tanto, la misma naturaleza de la responsabilidad extracontractual.

Pese a lo anterior, se indagó en el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado ordinario, pues dichos casos no son únicos en la justicia transicional, y se encontraron las características que se derivan en el Derecho de daños de la justicia correctiva y su interpretación por los practicantes en estos casos límites.

La descripción del Derecho de daños partió de concebir el Derecho como un plan. Teoría útil para entender la finalidad de un ordenamiento jurídico y como se cumple con sus instituciones. A veces el Derecho traza horizontes morales que no se entienden o aceptan, pero se deben cumplir. Y, uno de los sistemas mediante el que se cumplen, es la responsabilidad extracontractual. Así, la descripción continuó con una teoría conceptual, basada en la justicia distributiva y correctiva. La primera demanda que el Derecho de daños proteja el ámbito de libertad de los miembros de una comunidad jurídica. La segunda, que

¹⁴¹ (Papayannis, 2016, p. 227).

entre las relaciones individuales se construya confianza recíproca y social. Todo ello, articulado dentro de la descripción externa del Derecho de daños.

En ese orden de ideas, se identificó que el objetivo de la justicia correctiva -generar confianza recíproca- se logra forzando a que el agente interiorice los costos de su actuar por medio de la imputación y de la obligación de reparar, pero esto admite excepciones que están ligadas a los objetivos del Derecho. De tal forma, es la justicia correctiva la que demanda repetir en contra del funcionario que ha cometido un daño reprochable subjetivamente; y su excepción, al aplicar sólo la distributiva, permite la responsabilidad por el acto terrorista de un tercero lo cual no se observa coherente en el sistema de responsabilidad extracontractual diseñado. Siendo así, estudiar cómo se transforma la finalidad del ordenamiento jurídico, permitirá entender, a su vez, los demás elementos del plan, esto es, la justicia distributiva, y especialmente, la justicia correctiva que justifica cómo funcionan los casos específicos de responsabilidad que nos dejaron perplejos.

Parte 2: La transformación del Derecho de daños en escenarios de justicia transicional

La descripción de la lógica de la responsabilidad extracontractual que se hizo en el anterior capítulo supone dos características más de la responsabilidad liberal que no se resaltaron por ser objeto especial de este apartado. Tal institución se enfoca en un agente y en un momento temporal: el sujeto de Derecho y el pasado. Ello tiene relación con la forma como los derechos y deberes de indemnidad funcionan.

En primer lugar, porque la distribución de derechos, y comportamientos permitidos o prohibidos generalmente se hace en individuos, no en colectividades. En segundo, se puede afirmar que la ruptura de estos derechos y deberes ocurre en el pasado. Así, cuando el juez evalúa el comportamiento, para restablecer la confianza que se deben las partes, y encuentra una amenaza o un daño al ejercicio del derecho, procede a decretar órdenes para restablecer dicho ejercicio, y volver al momento anterior a la acción prohibida, restablece el equilibrio normativo que se vio vulnerado. Características que son generales y siempre se encuentran contraejemplos¹⁴², empero la excepcionalidad de estos demuestra que en gran medida la responsabilidad extracontractual comparte estas características.

Así las cosas, en escenarios de graves violaciones a los Derechos Humanos, o de incapacidad por parte del Estado de Derecho para solucionar conflictos internos entre la población, mirar sólo a los individuos o hacia el pasado se transforma en una visión miope que aporta poco al restablecimiento de una sociedad y a la superación de la violencia.

¹⁴² Sobre las excepciones a la reparación individual, en el ordenamiento jurídico colombiano la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han reconocido Derechos fundamentales en cabeza de sujetos morales, como las entidades jurídicas de naturaleza privada y naturaleza pública (ver sentencias T-411 de 1992; T-496 de 1992; T-051 de 1993). Así mismo, derechos de naturaleza colectiva que se han reconocido a comunidades, por ejemplo, la posibilidad de daño moral a una comunidad indígena (Sentencia Consejo de Estado, S. Tercera, 24 de marzo de 2011 Exp. 18.956). Incluso derechos en cabeza de entidades como ríos han tenido asidero en la jurisprudencia nacional (T-622 de 2016). Sin embargo, muchas veces estas tesis jurisprudenciales no guardan armonía con todo el sistema de Derecho, especialmente con las herramientas procesales para ser exigidas. Esto se puede contrastar con la posición de la Opinión Consultiva OC-22/16 expedida el 26 de febrero de 2016 por la Corte IDH donde se argumenta que las personas jurídicas no están comprendidas en el ámbito de protección de la convención, siendo beneficiarias de esta exclusivamente las físicas o naturales. Excepcionalmente en el ordenamiento colombiano se ha aproximado el juez al riesgo de daño, en el cual, el verdadero efecto del comportamiento se verá en el futuro. Pese a ello, el comportamiento calificado como reprochable, bien por producir un riesgo desmedido o no aceptado voluntariamente, ocurre en el pasado; en ese sentido, estas sentencias también son retrospectivas.

Debe considerarse que el ordenamiento jurídico y la sociedad no sólo persiguen las injusticias cometidas en un periodo de violencia para repararlas como una ratificación del Estado de Derecho, sino que en los periodos de transición el concepto mismo de Estado y de ordenamiento jurídico están en construcción¹⁴³. Así las cosas, es necesario enlazar la visión retrospectiva a la prospectiva: ¿cuál es la sociedad que queremos construir? ¿Cuál es el Estado de Derecho que vamos a instituir? ¿Cómo las reparaciones nos van a acercar a esa nueva idea de Estado, Derecho o Democracia?

Si se enlazan estas preguntas a las perplejidades que se reflejaron en la anterior parte, el nuevo entramado institucional se empieza a percibir con mayor claridad. La naturaleza individual de los beneficiarios con la responsabilidad se empieza a reconsiderar. En muchas oportunidades las víctimas lo fueron por estar en una condición particular de vulnerabilidad y su muerte significó la extinción de un proceso social. A su vez, la aceptación social de la desigualdad e inequidad como parte de la normalidad juega un rol fundamental en la ocurrencia del daño. En ese sentido la reparación tanto individual como colectiva ratifican una forma de justicia distributiva que busca la inclusión y reconciliación.

De tal suerte, considerar al sujeto perjudicado como parte de una comunidad, exige que las reparaciones individuales y su connotación exclusivamente bilateral se atenúen. En alguna medida vincular a la sociedad y al Estado con el proceso de reparación. Ello por supuesto tendrá relación con las perplejidades sobre el límite y modo de la indemnización.

Es que pensar el Derecho de los daños en clave de transición significa que el Estado debe percibirlo como un garante que permite superar el mal cometido, revestir a las víctimas de sus derechos, redimir a los responsables y fortalecerse como Estado Democrático y Constitucional de Derecho. De tal suerte, que el sistema jurídico y las instituciones del Estado pueden sufrir una transformación considerable, en tanto buscan superar un contexto de conflicto tan complejo que toca incluso el sentido mismo de su identidad (social), como, por ejemplo, lo es superar las condiciones de desigualdad y exclusión en virtud del estatus económico o la diferencia étnica o de pensamiento que fueron toleradas socialmente por mucho tiempo, como podría comprenderse el caso colombiano.

¹⁴³ (Teitel, 2017, p. 23).

Aquí vale hacer una precisión, la teoría tradicional de la justicia transicional discute sobre los cambios de regímenes políticos. En algunas situaciones el régimen resultante al periodo de cambio puede considerarse otro totalmente distinto al que se deja atrás en institucionalidad y valores. Empero, en otras, lo que se persigue es un cambio profundo en las instituciones y relaciones sociales, pero hay una continuidad en la identidad del Estado.

Estos puntos se relacionan de distintas formas con la justicia distributiva y correctiva. Al respecto Teitel afirma que el Derecho en estos escenarios es, al mismo tiempo, modelado por las circunstancias políticas y una estructura de transición¹⁴⁴. De esta forma, las distintas instituciones de la responsabilidad civil varían contextualmente, hacía lo que se necesita para transformar el Estado, no obstante, existe una constante necesidad de aprobación conforme a los principios generales del sistema jurídico ordinario y las razones que estos generan para actuar.

El dilema entre retrospección/prospección facilita una nueva visión de la justicia distributiva. No es una defensa autónoma del *estatus quo* lo que busca la responsabilidad, sino una transformación de las circunstancias de las víctimas que evite la inequidad, la cual en primer lugar funcionó como causa de la guerra¹⁴⁵.

De otro lado, el dilema entre responsabilidad individual/colectiva, es estudiado para comprender la nueva visión que surge en el ordenamiento de la justicia correctiva. La relación que se construye parece atender a algo más que la conexión causal y normativa entre el actuar del sujeto víctima y victimario -o las exigencias de la justicia correctiva-; pues de ser así no se podría garantizar por el Estado el deber de reparar en un proceso de transición¹⁴⁶. Estas dos aproximaciones se abordarán en los siguientes apartados, y permitirán indicar en qué sentido varía el primer nivel de la justificación de la responsabilidad extracontractual.

Sin perjuicio de lo anterior, de forma previa se hará un desarrollo más profundo sobre la teoría del Derecho que se eligió para la fundamentación de la segunda vertiente de la justificación externa de la responsabilidad. En qué sentido la teoría de Shapiro puede dar cuenta de cómo una sociedad varía la percepción de una institución jurídica para que cumpla

¹⁴⁴ (Teitel, 2017, p. 26).

¹⁴⁵ Esto se desarrollará a profundidad infra, en el apartado 2.2.

¹⁴⁶ Cfr. supra 2.3.

finalidades distintas a las percibidas por los practicantes¹⁴⁷. En este punto se defenderá una idea compleja, que si bien el Derecho de los Derechos Humanos representa un el límite ideal o mínimo que los Estados deben respetar, su aplicación a escenarios de justicia transicional implica una aplicación diferencial. Es diferente un enfoque restitutivo a un enfoque transformador para las violaciones de estos valores esenciales.

Finalmente, con los constructos teóricos anteriores se explicará la permisión de transferencia o la garantía de la indemnización, con base en transformación de la justicia correctiva, frente a los dos casos de responsabilidad específica en el apartado final del capítulo.¹⁴⁸

2.1. La transición es el plan. La teoría de Shapiro y la fundamentación de la justicia transicional

En el primer capítulo¹⁴⁹ se observó que la teoría del Derecho como plan no deja sin fundamento esquemas teóricos que explican el Derecho como una práctica social -por ejemplo la teoría de Hart-, que también permitirían explicar las transiciones en un sentido que dé cuenta de características como la relatividad en la justicia implementada. Sin embargo, la teoría propuesta por Shapiro en *Legalidad* permite, a diferencia de las anteriores, explicar la doble naturaleza de las transiciones y en esa medida abandonar la perplejidad frente a la teleología de las normas de la transición.

De acuerdo con Teitel, los regímenes normativos de transición se describen más acertadamente desde una aproximación doble. En primer lugar, una *teoría realista* que indica cómo los cambios que se surten para trasegar de un régimen dictatorial, vulnerador de Derechos, o de un conflicto armado hacia una democracia, la liberación o la paz, se entienden desde la configuración política de una comunidad, alejado de cualquier consideración de justicia. Tesis que también preceptúa que la razón de las instituciones jurídicas, que desarrollan determinada concepción sobre la transición no es otra que la realidad de las fuerzas del poder. En segundo, la transición puede abordarse desde *teorías ideales* de justicia,

¹⁴⁷ Cfr. supra 2.1.

¹⁴⁸ Cfr. supra 2.4.

¹⁴⁹ Véase infra en la sección 1.2. de la primera parte.

donde la retribución o la corrección como formas de superar atrocidades cometidas en el pasado deben cumplir con mínimos moralmente exigibles¹⁵⁰.

Esta dos aproximaciones -realistas e idealistas- admiten una descripción distinta, desde la perspectiva del observador externo y del practicante. Se puede decir que los ciudadanos colombianos *han adoptado* un sistema jurídico de carácter extraordinario con miras a superar la guerra, esto es, a través de un régimen en el cuales los crímenes cometidos y los daños causados no van a ser reprochados tan drásticamente o reparados en integralidad por sus perpetradores, lo cual corresponde a una descripción externa, ajena a los practicantes, que haría un sociólogo de nuestro sistema jurídico. Mientras que afirmar que los ciudadanos *deben* obedecer las normas transicionales y aceptar nuevamente a los excombatientes como integrantes de la sociedad, para lograr superar una situación de violencia, siempre que se respeten unos mínimos de justicia, es un punto de vista interno, que sólo podrían entender aquellos que se ven inmersos en el sistema. En esa medida la teoría del Derecho como plan se torna en extremo útil, pues como afirma Papayannis esta admite una lectura mixta¹⁵¹, que ilumina las características de prácticas que, como el Derecho, en situaciones de transición, pueden abordarse desde un punto de vista externo y otro interno.

En primer lugar, la tesis de Shapiro explica la relevancia del Derecho para la solución de necesidades sociales. Indica que esta institución ayuda a la toma de decisiones morales en las circunstancias de la legalidad -decisiones que son complejas, arbitrarias y controvertidas¹⁵², sobre cuestiones de relevancia pública, generando dificultades en la coordinación del comportamiento social-. En esa medida, el Derecho como tecnología social permite solventar los costos de transacción en la deliberación para solucionar problemas. Respecto este punto, Papayannis *asegura que decir que el Derecho permite eficiencia en la toma de decisiones es poco problemático, pues si bien asume una tesis sobre lo que es bueno para el grupo, esta es defendible en el entendido que no propone solo una, sino que deja un espectro muy amplio abierto*¹⁵³.

¹⁵⁰ (Teitel, 2017, pp. 19-20)

¹⁵¹ (Papayannis, 2013, pp. 123-127)

¹⁵² (Shapiro, 2014, pp. 175-176).

¹⁵³ (Papayannis, 2013, p. 114 y ss)

Cuando se aplica al complejo proceso de negociación, acuerdo e implementación y desarrollo de los Acuerdos de la Habana se observa que el Derecho cumplió su función en la obtención de acuerdos sociales alrededor de cinco puntos¹⁵⁴ de una alta complejidad moral, que de carecer de instituciones de naturaleza jurídica no se habrían logrado alcanzar; aún más entre actores que parecían que se encontraban en un punto de negociación donde tenían un juego no cooperativo, donde la victoria del contrario era la pérdida propia¹⁵⁵.

Por otro lado, y en una visión menos esotérica, la tesis de Shapiro trata de hacer una descripción del fenómeno como es percibido por los practicantes; aquí la tesis del autor, compartiendo la visión de Papayannis, es una especificación de las tesis de Hart. De acuerdo con este último el Derecho, visto por Hart, tiene la finalidad de dirigir la conducta humana, para solucionar los problemas morales que afronta la comunidad, le agrega Shapiro¹⁵⁶.

En ese sentido, Shapiro argumenta que los sistemas normativos tienen un propósito moral, y es indiferente que sus participantes lo acepten. De acuerdo con esta tesis las creencias e intuiciones de los participantes son importantes, pues, para que exista el sistema, es necesario que los participantes formen planes moralmente sensibles en formas moralmente legítimas¹⁵⁷.

En efecto, la noción de plan implica una finalidad, los planes tienen un propósito, sin un objetivo no tienen sentido. Esto es problemático, pues las normas no necesariamente persiguen algo, como presenta Papayannis, estas no necesitan ser entendidas en términos de finalidades¹⁵⁸. Empero, esta crítica pierde su fuerza cuando se está en presencia de situaciones transicionales. La justicia transicional y el efecto que tiene sobre todo el sistema normativo tiene como objetivo claro la superación de una violencia sistemática y las condiciones que lo permitieron.

¹⁵⁴ En el primer punto se buscó el desarrollo social y económico del agro colombiano. El segundo, define la participación política justa de la sociedad colombiana. En la tercera se definieron los pasos para darle un punto final al conflicto. En la cuarta, se toca el tema del narcotráfico y las estrategias para dejarlo de lado. En la quinta, se aborda el tema de la justicia transicional. En la sexta las herramientas para la implementación del acuerdo; ACUERDO FINAL. Bogotá, (24 de noviembre de 2016).

¹⁵⁵ Sobre la naturaleza del derecho como juegos de interacción estratégicos puede consultarse (Celano, 2009, pp. 156-160)

¹⁵⁶ (Papayannis, 2013, p. 110)

¹⁵⁷ (Shapiro, 2014, pp. 265-270)

¹⁵⁸ (Papayannis, 2013, p. 111)

En ese sentido, la forma en la que Shapiro explica el concepto de Derecho le agrega una finalidad, mientras que la teoría ortodoxa de Hart defiende su descripción como parte de una práctica social intencionalmente aceptada, que surge a partir de reconstrucciones de comportamientos sociales¹⁵⁹. La segunda tesis no explica totalmente cómo es posible que una comunidad, especialmente sus funcionarios públicos, cambien las leyes de comportamiento -aquellas que regulan la justicia distributiva, correctiva y retributiva- significativamente de forma intencional, pese a que los estándares de comportamiento sigan vigentes y permitan la crítica de conducta, así como el hecho de que gran parte de la sociedad siga compartiendo estas reglas. Mientras que la primera, al atribuir una finalidad perseguida por el Derecho, permite explicar cómo ciertos funcionarios públicos aceptan el cambio de instituciones jurídicas en procura de cumplir esta finalidad¹⁶⁰.

Esta teoría, por ejemplo, desde su aproximación realista y visión externa daría una explicación más inteligible del proceso de implementación del Acuerdo de Paz, donde pese a que el primer borrador obtuvo una votación en contra por parte de la comunidad colombiana terminó validado con leves modificaciones en el Congreso de la República¹⁶¹. Empero, más interesante aún, la teoría que se expresa, desde una noción idealista junto a una visión interna de la práctica, da cuenta de la forma en la que se relaciona el sistema Internacional de

¹⁵⁹ Se podría alegar que, bajo la tesis de Hart, un funcionario público o un ciudadano entienden que las normas transicionales deben seguirse porque se aprobaron por autoridades en un procedimiento aceptado. Esto se aceptaría internamente. Pero ello no permitiría explicar las razones para la acción que ambas categorías de sujetos, de forma masiva, tendrían al aplicar estas normas. Un funcionario público y un ciudadano seguirían las normas por miedo a la sanción, pero la mayoría de los funcionarios públicos y la mayoría de los ciudadanos no lo harían por este motivo.

¹⁶⁰ Existen otras críticas y defensas a la teoría de Shapiro. Bruno Celano, por ejemplo, afirma que no hay diferencia entre la planeación que hacen los funcionarios para otros y la aceptación de normas que imponen a otros, más allá del hecho de que la planeación es hecha para sí mismo, mientras que las normas son cánones de comportamientos con los que un sujeto puede juzgar el actuar de otro (Celano, 2013). Bernal Pulido afirma, frente a esta objeción, que es posible planear para otros siempre que estos sujetos acepten que se sujetarán en lo que el planeador colectivo planea; esta aceptación se vuelve normativa por medio de dos condiciones: En primer lugar la disposición de los miembros de una comunidad de seguir los planes adoptados de acuerdo a un plan maestro; y que se reconozca moralmente a aquellos que adoptan el plan. Esto es una aceptación tácita del plan maestro (Bernal, 2018, pp. 462-463).

¹⁶¹ El plebiscito para refrendación del acuerdo fue regulado por la ley 1745 de 2014, ley que transformó el umbral de participación (número de personas que deben acudir a las urnas), por un umbral de aprobación (número de personas que deben votar por el sí), dándole vinculatoriedad a la decisión aprobatoria. El mismo fue convocado por medio del Decreto 1391 de 2016 de 30 agosto 2016, expedido por el presidente de la República. Empero, pese a que el plebiscito fue derrotado, el acuerdo de paz de la Habana fue implementado por medio del artículo 1 de la ley 1820 de 2016, el cual dio vigencia al acto legislativo 1 de 2016 que afirmaba en su artículo 5: “El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Derechos Humanos y el sistema de justicia transicional. En la medida que una sociedad en transición desea alcanzar la defensa del Estado de Derecho y la protección integral de los Derechos Humanos, de conformidad con el contexto en el que se encuentre, que puede variar los alcances de las obligaciones.

Lo que se referencia previamente se ha denominado en otras latitudes margen de apreciación¹⁶² que tienen los Estados para dotar de contenido los derechos fundamentales a la luz del principio de subsidiariedad, que los fija como primeros obligados a la protección adecuada y efectiva de estos derechos. Sólo cuando fallan, y, se viola el contenido mínimo, ingresa la jurisdicción internacional para hacer responder a por el incumplimiento de sus deberes¹⁶³. Al respecto, Del Toro Huerta (2007) muestra que, en el ámbito de protección latinoamericano¹⁶⁴ la doctrina del margen de apreciación no ha tenido mayor desarrollo por las condiciones propias de los Estados (conflictos, pobreza, ausencia de desarrollo, Etc.)¹⁶⁵; pero que la Corte IDH ha hecho referencia a los límites de la interpretación de la convención a la luz de la cláusula “necesario en una nación democrática” y el “principio de proporcionalidad”¹⁶⁶. En el caso específico de las reparaciones en materia transicional la Corte IDH no ha sido contraria a que se adopten formas de reparar los daños más flexibles e incluso en la sentencia del Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia de 20 de noviembre de 2013 Serie C No. 270, avaló el sistema de reparaciones establecido en la Ley 1448 de 2011¹⁶⁷.

¹⁶² Sobre la aplicación de este principio en el ámbito de protección Europeo de Derechos Humanos (Arai-Takahashi, 2002)

¹⁶³ (Del Toro Huerta, 2007).

¹⁶⁴ Expresamente el texto del Convención Americana de Derechos Humanos “Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” Y Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

¹⁶⁵ Uno de los únicos casos es (Opinión Consultiva , 1984).

¹⁶⁶ Entre otros casos puede mencionarse (Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, 2005) donde se observa el margen de los Estados en la legislación de los derechos, por ejemplo, en el marco procesal penal. Sobre el uso del principio de proporcionalidad (Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004).

¹⁶⁷ Como se vio en el apartado 1.1. la relación entre el sistema de reparaciones diseñado en los acuerdos de la Habana SIVJRNR no es absolutamente coherente con las reglas de la ley 1474 de 2011. Al incluir otro tipo de reparaciones.

En ese orden de ideas, la teoría del Derecho como plan permite entender la forma en la que las sociedades y sus funcionarios públicos aceptan una meta, como la superación de violaciones de Derechos Humanos, y la persiguen a través de la transformación de ciertos contenidos mínimos en sus instituciones. En esa medida, situaciones de extrema violencia permiten a estos funcionarios modificar elementos esenciales para describir la normatividad de las instituciones jurídicas con miras a perseguir su solución (aun cuando esto no se enlace precisamente con la forma en la cual el miembro del sistema entiende la obligatoriedad de la institución). En el caso de la responsabilidad extracontractual, la justicia correctiva y distributiva son modificadas para servir el fin de la paz social respetando los mínimos exigibles dentro del objetivo fijado, que es la protección del Estado de Derecho y los Derechos Humanos.

2.2. Justicia distributiva y justicia transicional: La responsabilidad transformadora y el trasegar del tiempo

En el capítulo 1¹⁶⁸, se definió qué demanda la justicia distributiva y correctiva de la responsabilidad extracontractual en un escenario ordinario. En este apartado se busca justificar, con base en la descripción que hace Teitel de los escenarios transicionales y el concepto de Derecho como plan, de qué forma estos componentes esenciales de la responsabilidad varían para soportar nuevas interpretaciones del Derecho de daños. En otras palabras, una variación al segundo nivel de justificación externa.

2.2.1. La justicia distributiva establece un espacio de libertad y seguridad

La justicia distributiva esclarece la estructura de derechos y deberes que tienen las partes en sus relaciones privadas¹⁶⁹. No cualquier injerencia con los derechos reconocidos por el sistema constituye un injusto, existen, por ejemplo, afecciones a la propiedad que no son consideradas vulneraciones por el Derecho civil, como es la servidumbre; de igual forma, un daño causado en una cirugía, fruto de un riesgo inherente al procedimiento conocido y aceptado por el paciente, no es una lesión física reparable.

Así las cosas, que en un sistema de responsabilidad extracontractual designe un tipo específico de daño como resarcible bajo un régimen subjetivo u objetivo, depende más que

¹⁶⁸ Puede revisarse al respecto, los apartados 1.4 y 1.5 del capítulo 1.

¹⁶⁹ (Papayannis, 2016, p. 203).

de la injusticia de la relación entre víctima y victimario, de una distribución equitativa de libertad y de seguridad personal¹⁷⁰. Por ello, los funcionarios públicos tienen en cuenta distintos criterios para hacer esta distribución. El hecho de que uno de los titulares pueda valorar más los efectos de esta distribución, o que sea más gravoso para una parte que para otra afrontarla; así como la búsqueda de la igualdad de las partes¹⁷¹.

De tal suerte, cuestiones esenciales de la práctica como los tipos de perjuicios indemnizables; la forma en la que se determina el nexo causal; o las excepciones a la responsabilidad permitidas por el sistema dependen de una cuestión pública. Entre mayor sea el daño indemnizable en ciertas relaciones concretas u ocasionales, mayor será la defensa de la seguridad de las posibles víctimas¹⁷². Asimismo, de admitirse nexos causales imputados objetivamente la libertad de los actores inmersos en la práctica disminuye, para reforzar la seguridad del sujeto pasivo de la misma¹⁷³; por el mismo hilo, el admitir excepciones a la responsabilidad, implica un aumento en el rango de acción del sujeto dañador¹⁷⁴. En ese sentido, el impacto distributivo de estas reglas, a la luz del principio de igualdad, es que establecen el estándar de cuidado razonable, lo cual define el modo como se coordinan los sujetos en el marco de una sociedad¹⁷⁵.

¹⁷⁰ (Papayannis D. M., *El Derecho privado como cuestión pública*, 2016, pág. 211).

¹⁷¹ (Papayannis, 2016, p. 205). “Si el esquema distributivo vigente no garantiza un mínimo de libertad e igualdad para todos, el sistema es ilegítimo y ninguna de las normas jurídicas que articulan ese sistema pueden ofrecer razones para la acción” (Papayannis, 2016, p. 248).

¹⁷² La evolución del daño inmaterial en Colombia, ha creado esferas de protección de las que antes los individuos carecían, teniendo un efecto en el Derecho de la responsabilidad y en el Derecho de seguros. Cfr. Sentencia del 28 de agosto de 2014, expedida por la Sección 3, del Consejo de Estado.

¹⁷³ Un ejemplo de estos análisis es la sentencia T-453 de 2017, donde la Corte Constitucional ratifica la validez que tiene una sentencia expedida en un proceso de responsabilidad médica proferidas por la Sala Penal de la CSJ en un proceso por lesiones culposas que siguió en contra de un médico, por error de diagnóstico en el análisis de un tejido mamario, que desenlazó en la extracción del seno de la paciente. Se considera, en el fondo del asunto, que no se incurrió en ningún defecto sustantivo, de decisión sin motivación, ni fáctico. El punto esencial de este fallo, es que se endilga una lesión corporal por una omisión del patólogo. La precisión de este derecho de indemnidad por la CSJ, permitido por el sistema de Derecho, aumenta el nivel de seguridad del paciente.

¹⁷⁴ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido en materia de privación injusta de la libertad una excepción a la responsabilidad del Estado denominada culpa exclusiva de la víctima. Esta posibilidad ha disminuido las sentencias condenatorias en contra de la Fiscalía General de la Nación, que previo a la existencia de esta providencia era encontrada responsable bajo un título culposo que reclamaba como única prueba -tanto del daño, como del nexo causal- la sentencia absolutoria. Puede revisarse al respecto entre otras providencias la sentencia del 21 de noviembre de 2018, radicado Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02033-01(AC) expedida por el C.E. Sección Quinta; Sentencia del 18 de agosto de 2018 con radicado 66001233100020100023501 (46947) expedida por CE Sección Tercera,

¹⁷⁵ (Papayannis, 2016, p. 217)

Ahora bien, antes de proseguir debe aclararse un poco más el concepto de distribución de bienes de indemnidad. En un ordenamiento jurídico se pueden establecer distintos derechos fundamentales que como libertades se entregan a los individuos. Y, se traducen en posiciones jurídicas, que pueden verse al menos en tres formas: como una libertad, como una competencia o una inmunidad. Para lo que interesa, la primera, se define como: “una posición jurídica en la que T, es libre frente a D para hacer X. De manera correlativa, D carece de un derecho [...] para impedir que T haga u omite X”; mientras que la última es “una posición jurídica en la que la situación jurídica de T no puede ser modificada por las acciones de D. De manera correlativa, D carece de competencia para modificar, mediante sus acciones, la situación jurídica de T”¹⁷⁶.

De esa forma, cuando el sistema entrega un derecho como la propiedad o la libertad de expresión, entrega posiciones jurídicas de libertad e indemnidad, i.e., entrega la posibilidad de trasladar el dominio del bien, así como reclamar por su ocupación indebida; la posibilidad de expresar en un periódico con ciertos límites, y así mismo, la posibilidad de reclamar al Estado, si alguien piensa censurar. La forma como se puede exigir cualquiera de estas connotaciones del derecho varían. Para los casos que se están usando como explicación, la jurisdicción civil frente al primero; mientras que la constitucional para el segundo. La elección del tipo de acciones y las situaciones en las que son aplicables, hacen más o menos fuerte un determinado derecho de indemnidad.

Los derechos de indemnidad -construidos alrededor de los intereses legítimos protegidos por el ordenamiento jurídico- llevan consigo un derecho a ser compensado, si y sólo si, la sociedad determina como esencial garantizar la posibilidad de construir planes valiosos a sus ciudadanos. Como sostiene Papayannis, el Derecho podría defender los derechos y deberes de indemnidad con un sistema penal mucho más robusto, castigando a todo aquel que afecte estos bienes básicos, pero ello solo defendería los intereses de las víctimas de por forma *ex ante*; la indemnidad *ex post* de la víctima solo logra defenderse con reparaciones para que continúe su camino en el mundo¹⁷⁷.

¹⁷⁶ (Bernal Pulido, 2018, pp. 26-27).

¹⁷⁷ Al respecto, indica Papayannis, “solo la compensación mantiene a la víctima en un nivel estable de recursos que le permite continuar con su plan de vida como si la interacción no hubiera tenido lugar (al menos en el caso ideal)” (Papayannis, 2016, pp. 229-230).

Estas condiciones mínimas, como serían asegurar la integridad física y el cumplimiento del Derecho, ofrecen motivos para la acción a los miembros de un sistema. De allí que los funcionarios públicos quedan habilitados para modificar el plan social alrededor de las normas de responsabilidad, para asignarle distintas funciones o modificar aquellas más básicas con miras a lograr la paz social.

2.2.2. La distribución de derechos de indemnidad es más robusta en periodos de transición

La justicia transicional se ha definido como el conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales que tienen la finalidad de superar los daños ocasionados en tiempos de cambios radicales¹⁷⁸. Por medio de herramientas transitorias, como los tribunales para el conflicto o las comisiones de paz, se persigue una reconciliación colectiva, la construcción de memoria historia, la cesación del conflicto, la reparación a las víctimas y el reconocimiento individual de responsabilidad. En ese universo de elementos, la justicia de la reparación se vuelve uno de los ejes alrededor de los cuales giran los demás.

Teitel sostiene que las reparaciones transicionales buscan el revestimiento de ciertas comunidades afectadas por el periodo de fuertes injusticias¹⁷⁹ que pueden ser grupos políticos, raizales, o de distintos intereses que se encontraban conformados previamente al periodo, o se agregaron con ocasión a los daños sufridos en este. Dicho revestimiento representa la restauración de la dignidad del individuo y de la comunidad afectada a la cual pertenece¹⁸⁰.

Ahora bien, en Latinoamérica, posterior a los regímenes militares, la Corte IDH reconoce en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos la existencia de deberes “de prevenir, investigar y castigar”, en cabeza de los Estados. Los cuales tienen un carácter igualitario y prospectivo. Así las cosas, en caso de fallar en su protección, frente a

¹⁷⁸ (Teitel, 2017, pp. 17-19).

¹⁷⁹ Para defender esta tesis Teitel presenta la evolución del concepto de reparación de forma genealógica -por fases atadas a las de la justicia transicional. Para una descripción más precisa de las etapas de la justicia transicional puede consultarse (Teitel, 2003). Una fase inicial, posterior a la primera guerra europea, donde las reparaciones se utilizaron para sancionar al considerado responsable por la guerra (Teitel, 2017, pp. 300-303). Una segunda, donde el desarrollo del derecho internacional llevó a extender la protección de los derechos humanos desde la esfera internacional hasta la nacional, en todo tipo de conflicto armado (Teitel, 2017, pp. 305-306).. Esto dio lugar a la creación de obligaciones transicionales de reparación que fueron asumidas por regímenes posteriores, por los daños estatales ocasionados en el pasado (Teitel, 2017, p. 306).

¹⁸⁰ (Teitel, 2017, pp. 295-300).

cualquier miembro de la población, surge al Estado frente al cual se cometieron los hechos o para el régimen político que lo suceda, el deber de reparar.

En ese orden de ideas, el contenido del nivel de seguridad y libertad al que tiene derecho la población frente a su Estado, en contextos de transición, es definido por los arreglos sociales del plan que persiguen como sociedad, pero se enfrenta a múltiples complejidades. ¿Quién cometió los daños, y por qué el régimen jurídico debe garantizar su reparación? ¿A quién reparamos si los periodos de tiempo entre regímenes pueden ser extensos y las víctimas haber fallecido? Estas preguntas aplican de forma distinta en la realidad colombiana pues el obligado a reparar es el Estado, sin que se pueda hablar de un cambio de régimen u ordenamiento político.

La justicia transicional frente a la distribución de derechos y deberes de indemnidad permite relacionar la finalidad que cumple el Derecho civil y el Derecho penal. Algo similar sucede con el caso de Velázquez Rodríguez que comenta Teitel, indicando que “cuando la justicia penal resulta inútil, es posible acudir a otros mecanismos; [...] principalmente, algunas formas [de] reparaciones”¹⁸¹.

Por el mismo argumento, surgen otros métodos de reparación además de los materiales, denominados simbólicos o morales¹⁸² que persiguen “un ajuste de cuentas en la comunidad, junto con una restauración de la dignidad. Las reparaciones morales tienen como propósito compensar, no castigar”¹⁸³. Dichas reparaciones van más allá del individuo, alcanzando la esfera pública de las comunidades a las que pertenece¹⁸⁴.

En ese orden de ideas, las reparaciones cumplen múltiples finalidades en espacios de transición: “ofrecen una mirada hacia el pasado, mediante reparación de las víctimas de los daños cometidos [...]. No obstante, ofrecen una mirada hacia el futuro, al desarrollar los propósitos de la paz y la reconciliación en la transición”¹⁸⁵. Esta mirada prospectiva, y la mixtura entre objetivos perseguidos por el Derecho penal y el civil, permite, como en el caso colombiano, diseñar medidas compensatorias que van más allá de los fines retributivos y

¹⁸¹ (Teitel, 2017, pp. 308-312)

¹⁸² (Teitel, 2017, pp. 308-312).

¹⁸³ (Teitel, 2017, p. 314)

¹⁸⁴ (Teitel, 2017, pp. 314-315).

¹⁸⁵ (Teitel, 2017, pp. 314-315).

buscan, a cambio de ello, restaurar con diversos actos de remordimiento la condición afectada de la víctima, por ejemplo, implementando medidas de reparación individuales o comunitarias, con el reconocimiento de la responsabilidad y verdad de los hechos y se comprometen a romper el círculo de violencia, tal que el hecho victimizaste no se repita.

Hasta este punto se observa un problema frente a la distribución de las reparaciones en la justicia transicional. La obligatoriedad de ésta para el régimen T, o su sucesor T¹ frente a las víctimas D o sus herederos D¹ desarticula las exigencias de los derechos y deberes de indemnidad entregados previamente en la sociedad. La responsabilidad extracontractual ordinaria relaciona a T y a D, no a sus sucesores. Si quien incumplió sus deberes de comportamiento no es precisamente el llamado a repararlos; así como el hecho de quien encontró sus derechos violados no es obligatoriamente el facultado para recibir la reparación. Si esto es así, ¿qué justifica la reparación integral del daño de D¹ por parte de T o T¹?

Lo anterior implica disminuir exigencias en los lazos normativos que se estructuran con los elementos del nexo causal, cuestiones que domina en su mayor medida la justicia correctiva como se observará en el siguiente apartado.

A dicha realidad, debe sumarse que los daños de un periodo de injusticias afectan a todos los miembros de una comunidad política; de esa forma, una reparación integral – que utilice la ficción jurídica de transformar el daño en una suma líquida entrega individualmente es absolutamente inviable, por la continuidad y sistematicidad del daño.

Frente a esta complejidad Teitel demuestra que las sociedades en transición se suelen hacer dos preguntas. En primer lugar, los límites del daño, esto es, hasta donde se acepta que se repare como sociedad. En segundo, el límite de los recursos disponibles, qué bienes o dinero se va a invertir en dichas reparaciones. Por supuesto, estos interrogantes sólo se pueden entender desde *una aproximación realista*, sobre la realidad política y económica que asiste a un Estado; pues desde *una aproximación ideal*, lo mismos son susceptibles de críticas. Por ejemplo, si el daño en el marco del conflicto es la justificación de la reparación, ¿por qué la misma no se exige a algunos funcionarios -cuando repara el Estado-? o al trazar

límites temporales en quién será o no indemnizado, ¿Por qué si todas las víctimas sufrieron un daño relacionado con la guerra se limita la reparación?¹⁸⁶.

De la misma forma, se explica que no sólo basta el daño, sino que deben existir consideraciones para justificar el monto, la priorización y focalización de las reparaciones. Esto se suele hacer, verbo y gracia, aplicando un enfoque diferencial para el reconocimiento de la condición de la víctima (por su condición raizal, política o condición económica) para definir cuál será el daño indemnizable, los criterios justificadores y diferenciadores en la entrega de las indemnizaciones, sobre aquellos que serán o no indemnizados y lo que se busca en el nuevo régimen para estos grupos. Al respecto afirma Teitel “las bases de delimitación de la responsabilidad implican la elección entre las víctimas de varias persecuciones y los grupos de interés político”¹⁸⁷.

Lo que se presenta hasta este punto, es la forma como un Estado que persigue superar un periodo de injusticia tiende un puente entre el pasado y el futuro¹⁸⁸. Teitel concluye que las reparaciones en la transición tienen su propio paradigma pues “desarrollan múltiples propósitos de mediación y construcción”. En virtud de esta finalidad, el reconocimiento de derechos individuales violados en el periodo de injusticias se suele hacer por pertenecer a un grupo -discriminado o vulnerado en dicho periodo-, cuya reparación la mayor de las veces es simbólica y sólo en parte material, lo cual es una de las características más notables. Así, medidas afirmativas como “bonos educativos u otro tipo de beneficios públicos colectivos, como monumentos de conmemoración, rehabilitaciones legislativas y petición de disculpas” adquieren un lugar prioritario¹⁸⁹.

En última instancia, la justicia distributiva en los escenarios transicionales está fuertemente ligada con el concepto de Estado que se quiere tener¹⁹⁰. El tipo de reparaciones que se acaba de describir no podría superar un juicio de inteligibilidad desde la justicia distributiva de la responsabilidad extracontractual en contexto ordinario. Las justificaciones que soportan estos institutos son valores “políticos externos relacionadas con las exigencias

¹⁸⁶ (Teitel, 2017, p. 330).

¹⁸⁷ (Teitel, 2017, p. 335).

¹⁸⁸ (Teitel, 2017, p. 339).

¹⁸⁹ (Teitel, 2017, p. 361).

¹⁹⁰ (Teitel, 2017, p. 323).

políticas del momento”¹⁹¹. En esa medida, la descripción del Derecho como plan adquiere mucho sentido. La institución de la responsabilidad extracontractual que busca la protección de derechos y deberes de indemnidad se modifica para servir al objetivo social de la paz. El punto de la utilidad de la tesis de Shapiro es que permite explicar como el Derecho, desde un punto externo, puede cumplir funciones distintas a las apreciadas por los practicantes, que la aceptan desde un punto de vista interno.

2.3. Justicia correctiva y la transición, de las relaciones bilaterales a las relaciones colectivas

El Derecho de daños no es sólo distributivo, sino que también pretende subsanar o rectificar las relaciones injustas¹⁹². La reparación del daño injusto causado por el agente y correlativamente sufrido por la víctima que restablece la confianza social en el otro. ¿Cómo varía en la justicia transicional?

2.3.1. El lugar de la justicia correctiva en los juicios de responsabilidad

Lo que se deben las partes ayuda a definir el contenido del Derecho distribuido¹⁹³. El Derecho puede establecer que en materia de actividades peligrosas el sólo hecho de causar el daño obliga a indemnizar por el disfrute del riesgo. Sin embargo, cuando en un caso de un accidente vehicular causado por el impacto de una cicla frente un vehículo estacionado en un lugar prohibido, el juez puede encontrar el incumplimiento subjetivo de un deber indemnidad. Podría decir el juez, “el conductor no mostró el respeto que los demás congéneres pueden esperar de él, su actuar es reprochable”. En esa medida la justicia correctiva a través del concepto de confianza ayuda a aplicar los derechos y deberes de indemnidad en casos concretos.

Como se explicó su valor es la creación de confianza social, la protección del otro, y el respeto a los propios actos, “el daño es imputable porque proviene de mi actuar”¹⁹⁴. Al proteger los planes de vida de los asociados que se estructuran sobre los derechos

¹⁹¹ (Teitel, 2017, p. 363).

¹⁹² (Papayannis, 2016, p. 204).

¹⁹³ (Papayannis, 2016, p. 215).

¹⁹⁴ Sobre esta justificación de la imputación a partir de la agencia humana puede consultarse (cfr. Coleman, 1992). Incluso visiones muy estrictas sobre el valor de los propios actos para atribuir responsabilidad exclusivamente en ello pueden observarse la concepción (cfr. Rosenkrantz C. , 2013) donde defiende una imputación absolutamente causal.

fundamentales entregados, el Estado cumple con un mínimo exigible¹⁹⁵, y neutraliza hasta cierto punto la mala suerte en la vida de sus asociados. De encontrarse con un miembro de la sociedad que no respete sus promesas o que cause un daño, y en ninguno de los casos se detenga a indemnizarlo, el individuo podrá -con algunos requerimientos extras cumplidos- pailar el mal sabor de boca con una indemnización equivalente a aquello que perdió.

Pero qué ocurre cuando según las reglas del sistema la interacción es injusta y debe obligarse a reparar al individuo, pero es en extremo difícil obtener compensación. Es otra situación de mala suerte que el sistema puede abordar forzando a la víctima a asumir el daño por su cuenta; a la comunidad a través de un seguro colectivo; o una mixtura de dichas respuestas. Papayannis afirma que el Estado podría implementar un seguro para solucionar los casos en los que aplicar la justicia correctiva es imposible, pero no está en la obligación de hacerlo. Es una decisión política dentro de una gama de opciones y cualquiera de ellas hará una sociedad más o menos igualitaria o libertaria¹⁹⁶.

Pese a lo anterior, la razón por la cual las compensaciones preferiblemente deben venir del individuo y no del Estado es que “la justicia entre las partes no puede ser implementada sino mediante instituciones de justicia correctiva”¹⁹⁷ pues la injusticia de las interacciones implica una instrumentalización de la víctima, bajo la idea de que no se deben usar los recursos de otros sin su consentimiento¹⁹⁸.

Una consideración más es que la propia idea de mostrar deferencia y respeto por el otro es dependiente a un mínimo marco de reciprocidad. La imposición de la pérdida al agente dañador, o a la víctima en caso de que no sea posible obtener una indemnización, no debería constituir un injusto distributivo¹⁹⁹. Por ejemplo, si un juez evalúa un caso de un siniestro entre un vehículo y una zorra, no puede simplemente alegar que los vehículos de tracción humana no son permitidos para encontrar una culpa, pues decisión sería regresiva frente a un grupo en posición de debilidad. Análisis que también aplica al momento de liquidar el daño, pues hacerlo por fuera de los salarios mínimos vigentes sería un injusto

¹⁹⁵ (Papayannis, 2016, p. 224).

¹⁹⁶ (Papayannis, 2016, p. 232).

¹⁹⁷ (Papayannis, 2016, pp. 230-231)

¹⁹⁸ Al respecto de esta tesis puede consultarse una larga línea de evolución en el derecho privado (Kant, 1989); (Weinrib, 1995) (Weinrib, 2013) (Coleman, 1992). Estas tesis, especialmente la propuesta por Weinrib. Para un análisis más profundo de este tipo de injusticias se puede analizar (Papayannis, 2016, pp. 249-255).

¹⁹⁹ Esta posición también es defendida por Papayannis (Papayannis, 2016, p. 235)

distributivo. Cuando esto ocurre y los bienes de indemnidad distribuidos no se ajustan a las exigencias deónticas que el ordenamiento jurídico presenta, como se vio en el apartado anterior, la distribución debe variar; pero también los criterios de justicia entre las partes. Esto es justo lo que ocurre en situaciones transicionales.

En efecto, cuando un Estado decide transitar de una situación de violencia a una ordinaria, extiende la protección de la responsabilidad extracontractual a sujetos que en normalidad no estarían obligados o no serían beneficiarios. Desde el enfoque de la transformación de comunidades de víctimas, se pierde el eje en los individuos y sus relaciones privadas. La justicia transicional pone sus ojos en el hecho de que todos como sociedad son afectados por la guerra, y que en cierta medida están obligados a trabajar por su superación. En ese sentido, el principal obligado por los deberes transicionales sería el Estado²⁰⁰.

2.3.2. De la confianza en el otro, a la confianza en el colectivo

En escenarios transicionales la justicia correctiva es variada pues deja de observar exclusivamente las relaciones entre los sujetos que causaron el daño y las víctimas, lo cual lleva consigo que el alcance de las obligaciones debe ser sustancialmente distinto. De acuerdo con Teitel, toda vez que los regímenes en transición utilizan la reparación como una forma de alcanzar el Estado de Derecho, “la justicia transicional de reparación desarrolla unos propósitos políticos que han sido considerado externos a los principios de la justicia correctiva convencional”²⁰¹.

Pese a lo dicho por la autora, no se considera que la justicia correctiva deje de cumplir un rol esencial en las transiciones, sólo que en estas situaciones el alcance de este principio normativo es distinto; y, en esa medida, los precedentes transicionales redefinen la naturaleza de las obligaciones estatales a favor de sus ciudadanos, variando el contenido normativo de estas instituciones²⁰².

Para observar las características que varían en el análisis de la justicia correctiva de la transición, hay que tener en cuenta, tal como muestra Elster, que no hay justificación para

²⁰⁰ (Teitel, 2017, p. 319)

²⁰¹ (Teitel, 2017, p. 327)

²⁰² (Teitel, 2017, p. 313)

entregar una indemnización a un solo sujeto cuando la guerra causó daños en toda la sociedad. De acuerdo con este autor, el mundo normativo ideal en materia de transiciones sería la reparación integral por todos los daños recibidos lo que denomina el autor “el ideal de reparación universal”²⁰³. Empero, esto es imposible²⁰⁴ no hay suficientes recursos, tal como se expresó previamente, para ese volumen de reparaciones.

En esa ilación, el segundo mejor escenario es la reparación de algunos daños, aquellos priorizados bajo algún criterio de transformación de formas monetarias y no monetarias; como se argumentó brevemente en el apartado anterior: “la adopción de medidas paliativas, incluso aquellas de naturaleza parcial, son una característica ya aceptada de los proyectos correctivos”²⁰⁵.

Ahora bien, estos daños se imputan en parte al Estado, más allá de la bilateralidad que se supera bajo las consideraciones expuestas, la justificación se halla en el tipo de Estado que quiere construir y el contexto público que se persigue. Un régimen adquiere obligaciones en la medida que desee la defensa del Estado de Derecho y la protección de la igualdad ante la ley. Al indemnizar a las víctimas crea un grupo específico que merece un trato preferencial del ordenamiento jurídico -por haber sufrido consecuencias directas del daño en el periodo de injusticia-.

La forma como estos regímenes suele justificar dichas indemnizaciones es a partir del legado moral que se hereda y el déficit que deja una generación anterior frente a la siguiente²⁰⁶; “Después de un tiempo, los perpetradores no pagan; los inocentes lo hacen. Y, después de un tiempo, la compensación se dirige, no a las víctimas originales sino a sus descendientes [...] los esquemas de reparación se parecen menos a la justicia correctiva convencional y más asuntos de distribución social y política”²⁰⁷.

En esa medida, el paso del tiempo tiene consecuencias en el deber de reparar, facilita conocer los hechos que dan origen al mismo; pero genera problemas denominados por Teitel como problemas de justicia intergeneracional. En sus palabras: “en los proyectos reparadores

²⁰³ (Elster, 1992, p. 16)

²⁰⁴ (Teitel, 2017, p. 328)

²⁰⁵ (Teitel, 2017, p. 328).

²⁰⁶ Ruti G. analiza el caso de la Alemania, en la postguerra de 1945, y la justificaciones que utilizó para hacer una colectivización de los daños causado en el periodo de 2017, pág. 343)

²⁰⁷ (Teitel, 2017, p. 348)

transicionales los pagos a las víctimas vienen ordinariamente fondos gubernamentales generales”²⁰⁸.

Con respecto a las reparaciones no monetarias, uno de los interrogantes centrales de la justicia correctiva radica en las acciones afirmativas -como forma de superar o reparar discriminaciones cometidas en el pasado- ¿Quién debe entregarlas? ¿Cuáles son las acertadas? Frente a determinado grupo de víctimas no existe una conexión específica entre el beneficiario y la entidad que entrega el trato diferenciado. Estos debates de la justicia se presentan en circunstancias no ideales, donde el Derecho debe perseguir el mejor mundo posible, con una finalidad pragmática. Lo que permite concluir que la concepción transicional de la responsabilidad extracontractual no parte de la simetría aplicable al del sistema privado pues la bilateralidad es replanteada.

Parece entonces que la justicia correctiva desaparece de la ecuación en la responsabilidad extracontractual pues pierde su relevancia en la creación de conexiones normativas entre el autor de un daño determinado y su víctima con miras a ordenar la reparación. Sin embargo, se puede argumentar que el valor principal y la función que persigue este componente del Derecho de daños no sólo se sigue defendiendo, sino que encuentra un desarrollo más propicio en la justicia transicional para este tipo de contextos.

En los periodos de fuertes violencias se comenten volúmenes enormes de daños que no son reparados; esto genera desconfianza no sólo entre los congéneres, sino de estos hacia la sociedad y el Estado. Este último fue incapaz de proteger los bienes básicos que prometió a sus asociados, y en esa medida, antes de volver a confiar en el otro, se hace necesario relegitimar el sistema. Establecer una conexión normativa, en un sentido mucho más débil, entre víctimas y Estado, le envía a la sociedad un mensaje para reconstruir la confianza social.

Por supuesto, lo anterior no implica que el Estado asuma de forma absoluta los daños indemnizables si es posible determinar quién cometió estos delitos y capturar a los responsables; desde una perspectiva pragmática y teleológica, en el proceso transicional se debe establecer en qué medida aceptarán los perpetradores aquellos daños cometidos, y qué

²⁰⁸ (Teitel, 2017, p. 343)

formas de reparación podrán utilizar para que la sociedad vuelva a confiar en ellos y permita su reintegración.

2.4. Los casos específicos de responsabilidad en sistemas transicionales

Lo que se ha argumentado hasta este punto es útil para hacer una reconstrucción normativa en periodos transicionales de la garantía *prima facie* del Estado del daño causado por parte de un funcionario público con dolo o culpa grave, o por un tercero ajeno al Estado.

2.4.1. La asunción del daño por un funcionario público en periodos transicionales

De conformidad con el estudio que se hizo de la responsabilidad individual del funcionario público en situaciones ordinarias se encontró que esta institución se entiende como una manifestación de las finalidades perseguidas por la justicia correctiva. La protección de expectativas de indemnización, frente a la violación cometida por un funcionario público protege el contenido de los derechos y deberes de indemnidad que de forma distributiva entregó el Estado, pero específicamente, la repetición contra éste es un acto de comunicación social que indica la obligatoriedad de la responsabilidad individual y la importancia de cumplir ciertos estándares de conducta. Este acto ratifica la conexión entre la función encomendada y las acciones ejecutadas.

En escenarios transicionales, la lógica de esta institución varía en la forma como la justicia correctiva opera. Frente a los daños cometidos por los funcionarios públicos no es complejo encontrar una justificación para que éste deba asumirlo el Estado; es una forma de robustecer los bienes de indemnidad distribuidos por la sociedad. Aun cuando el funcionario haya excedido la autoridad normativa concedida y actúe por su propia cuenta, la única razón por la que pudo cometer el daño era la competencia normativa. Si un alto cargo de las fuerzas armadas facilitó información de objetivos civiles o incluso tuvo lugar en crímenes de lesa humanidad con el poder de su investidura, es lógico entender que sin esta no habría causado el daño, y bajo este contra fáctico encontrar responsabilidad Estatal. En ese orden de ideas, lo que ofrece una dificultad justificativa es el motivo por el cual el Estado no debe repetir en contra de este funcionario, y ratificar la expectativa social de que las autoridades actúen conforme el Derecho.

Ahora bien, cuando las sociedades eligen hacer transiciones de largos y fuertes periodos de violencia aceptan una obligación colectiva de trabajar por su superación, lo cual

involucra atenuar la relación entre víctima y victimario con miras a legitimar el sistema Estatal, esto sólo adquiere relevancia cuando es en extremo difícil obtener una indemnización del verdadero responsable -por hacer parte de una organización de poder al margen del Derecho- por el contrario, si se ha establecido la identidad de quién cometió estos daños y existe posibilidades de forzar su indemnización, la responsabilidad individual parece permanecer incólume. De este modo, la disminución en las exigencias de la justicia correctiva frente a agentes estatales se justifica desde una perspectiva distributiva, con la finalidad de lograr la transformación del grupo y la relegitimación del ordenamiento normativo. Una distribución más robusta de seguridad para las víctimas. Lo cual no implica que esta se deje de aplicar.

En efecto, a cambio de entregar verdad -información sobre los responsables, o la guerra que se vivió- se puede conceder un trato más favorable al victimario; por medio de la garantía del Estado de indemnizar a las víctimas o permitir otro tipo de reparaciones no monetarias al victimario como las de satisfacción o no repetición. Sin perjuicio de que por medio de los procesos de responsabilidad se siga comunicando a la sociedad quién es el responsable por la ruptura del mandato delegado, asignando algún tipo de obligación restaurativa y garantías de no repetición, desarrollo de la justicia correctiva. De esta forma, específicamente en esta institución la justificación principal es distributiva, lograr superar las condiciones de la violencia, pero la justicia correctiva juega un rol en la definición de las obligaciones y los sujetos implicados en la reparación.

2.4.2. La reparación por el hecho de tercero en situaciones de transición

Por otro lado, la institución de la responsabilidad del Estado por los actos terroristas de un tercero se entiende de forma diversa en escenarios transicionales.

En el numeral 1.5.2. se indicó que dicho escenario de la responsabilidad extracontractual no se adecúa a las exigencias del sistema de responsabilidad ordinario. En efecto, omite requisitos de la causalidad – que a su vez responden al concepto normativo de justicia correctiva-; en virtud de argumentos externos al sistema de responsabilidad -como es la solidaridad- el juez contencioso pretermite el análisis básico de quién causó la pérdida normativa o fáctica a la víctima. Ello no se relaciona con las finalidades y características de

la institución de la responsabilidad como es entendida por los practicantes y sólo atiende a criterios distributivos.

De forma curiosa, en escenarios transicionales, la institución de la responsabilidad por actos de guerra de terceros tiene una coherencia mucho mayor pues la forma como se justifica en situaciones ordinarias es aplicable en mayor medida a este contexto.

Según la modificación funcional que se hace de la justicia distributiva como medio para alcanzar la paz, se concibe que la redistribución de recursos ayudara a revestir una comunidad fuertemente discriminada o afectada en el periodo de violencia. En esa medida, aún la reparación individual con una articulación entre distintas medidas se justifica por hacer parte del grupo de afectados en un periodo determinado.

Esta colectivización del individuo tiene efectos en la estructura de la responsabilidad extracontractual, como se referenció en el apartado anterior; lo cual significa que percibir al grupo y buscar llevarlo a una condición menos desigual sumado a superar condiciones de guerra -aspectos de la justicia distributiva- afecta a la justicia correctiva -el monto total del daño, las formas de reparar, o el obligado a reparar-.

En esa medida, se entiende que, si bien el actor armado o el anterior régimen dictatorial no están llamados a reparar en su totalidad, pues el cese de hostilidades o la finalización del periodo requirió el abandono de una justicia ideal, lo cierto es que lo que se deben las partes demanda ciertas consecuencias jurídicas como ratificación de expectativas normativas que tienen por consecuencia la construcción de confianza social.

Precisamente por ello, debe existir un análisis pragmático que medie entre la finalización del conflicto y la generación de confianza, tanto en el Estado como en los actores armados que se reintegrarán; esto representa ceder la acción penal y la indemnización, buscando el cese de la guerra que se manifiesta en la comprensión de sus causas, la superación de estas, y las garantías de no repetición.

Resultado parcial

A partir del Estudio que se ha realizado en este capítulo se puede obtener una comprensión distinta de la forma como la responsabilidad extracontractual desarrolla la justicia distributiva y correctiva en espacios transicionales.

La justicia correctiva desde su valor institucional sigue demandando consecuencias normativas tanto en la responsabilidad extracontractual frente a los funcionarios públicos que se han salido de sus deberes como autoridades, como frente a los miembros de un grupo armado. Si bien la justicia distributiva pone sobre la mesa la relevancia para el ordenamiento jurídico de ordenar la reparación para legitimar el Estado, para aumentar el nivel de seguridad de los ciudadanos; la justicia correctiva demanda la coadyuvancia en dicha reparación por medio de acciones como la verdad, la entrega de los fondos o bienes disponibles conseguidos con acciones delictivas, el trabajo social, y las garantías de no repetición por parte de los sujetos victimarios.

Esta conclusión permite ver que el tratamiento que le da el ordenamiento jurídico a ambas instituciones de una situación ordinaria a una transicional sólo difiere en grado, más no en naturaleza; los mismos argumentos funcionan para no exigir del funcionario público que actuó con dolo o culpa grave la indemnización, como para hacer que el Estado responda por los daños cometidos por terceros. Para perseguir la transformación social de un grupo fuertemente afectado por la violencia por medio de la distribución de recursos.

La diferencia entre justicia ordinaria y transicional radica en la forma como se disminuyen las exigencias de la justicia correctiva, pues entre mayor dificultad tiene el ordenamiento para trasladar los daños causados en un periodo de violencia a quien institucionalmente tiene el deber de responder -por ejemplo, porque materialmente es difícil exigir esta reparación- necesita un motivo más poderoso para construir la conexión entre el daño y quién finalmente lo va a indemnizar.

Con miras a entender estos motivos, en el capítulo se plasmó la evolución que ha tenido el Derecho de la reparación en contextos transicional y se enfoca en los argumentos que ofrecen para perseguir indemnizar a un colectivo y mejorar su situación prospectivamente.

Parte 3: El Derecho de daños a la luz del Acuerdo de Paz de La Habana

En el apartado final de esta disertación se evaluarán las reglas que se han diseñado en el ordenamiento colombiano sobre la reparación en transición con la propuesta normativa del capítulo segundo y la descriptiva del primero. Con fortuna este ejercicio iluminará tanto la aparente desarticulación entre la ley 1448 de 2011 y el SIVJRNR, como las perplejidades resaltadas en la primera parte.

Se busca demostrar que los casos específicos de responsabilidad aún pueden utilizar los mismos argumentos que sostienen normativamente la responsabilidad extracontractual en un sentido ordinario, especialmente el concepto de justicia correctiva, para ser justificados, cuando se concibe que el sistema jurídico persigue como plan la superación de la violencia.

Esta sección se divide en dos partes. Una explicación del sistema transicional colombiano y sus reparaciones (SIVJRNR), donde se analiza el instrumento de reparación judicial, para explicar el funcionamiento de la transferencia del deber de reparar o de la garantía. Hacia el final, se concluye con un análisis sobre las exigencias que en el marco de la justicia transicional la justicia correctiva y distributiva hacen a la responsabilidad por el actuar reprochable del funcionario público y los actos terroristas de terceros.

3.1. Teoría y dogmática de las reparaciones en el escenario de transición colombiano

Aplicar la teoría normativa enunciada al caso colombiano de justicia transicional no es una labor sencilla. El proceso de paz se ha nutrido de experiencias pasadas, y de la misma realidad colombiana (múltiples procesos de entrega de armas con grupos como el Quintín Lame, el M19 entre otros²⁰⁹) también lo ha hecho de distintos procesos de paz en otros lugares del planeta (Suráfrica, los Balcanes o Argentina²¹⁰). Pero la gran distinción con la mayoría de los procesos de transición, y lo que dificulta la labor interpretativa, es el deseo esquizofrénico de mantener la Constitución actual vigente -con sus diseños institucionales,

²⁰⁹ Arias presenta un estudio de los dispositivos empleados por el gobierno colombiano desde los ochenta para adelantar negociaciones de paz con los grupos armados irregulares, mostrando como el proceso de paz bebió de estos aprendizajes (Arias O., 2008, p. 8 y ss).

²¹⁰ De conformidad con Themnér & Wallensteen desde el final de la Segunda Guerra Mundial el mundo ha presenciado la aparición de 254 conflictos armados en 155 lugares del mundo. De los cuales se afirma que durante los últimos 10 años anteriores al 2013, se mantenían entre 31 y 37 vigente, firmándose 6 acuerdos de paz por año (Themnér & Wallensteen, 2014, pp. 541-542).

autoridades y conceptos normativos de justicia - y al mismo tiempo perseguir la transformación normativa y política²¹¹.

Esta característica ha resaltado la aproximación doble a la justicia en transición, que representa un juego entre *realismo* e *idealismo*. La lectura constitucional del acto legislativo 1 de 2016 es un buen ejemplo de ello. En las sentencias (C-699, 2016) y (C-332, 2017)²¹² se precisa normativamente lo que está permitido y prohibido en la variación pragmática de las exigencias de la democracia. A partir de estas se reitera²¹³ que las medidas transicionales se hacen constitucionales, sin importar que modifiquen ejes axiales de la Carta Política, siempre que estén encaminadas a permitir el desarrollo de la paz, respetando el mínimo establecido en el orden internacional²¹⁴, y así mismo, no afecten los diseños institucionales que permiten la democracia. En esa medida la perplejidad de la *teleología* se transforma en una característica del nuevo sistema.

Ahora bien, dicha característica le da mayor fundamento a la aplicación de la teoría general del Derecho que describe la esencia de la responsabilidad extracontractual en situaciones ordinarias y transicionales, pues la modificación del plan social no es tan drástica

²¹¹ Bernal Pulido describe este deseo de la siguiente forma: “between fidelity to the existing constitution [...] and fidelity to the imperatives of political change and transitional justice which motivate the process” (Bernal Pulido, 2014, p. 1137). En textos más recientes esto es descrito por el mismo autor en términos de una aporía, (Bernal, 2018, p. 319); lo cual se transforma posteriormente en un dilema, pues debe elegir entre una transición y una constitución permanente. El deseo de lograr ambos objetivos parece una posición irracional por parte de la Sociedad Colombiana que se denominó esquizofrénico.

²¹² En estas se hizo un juicio de constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2016 que creó procedimientos distintos a los ordinarios para las reformas constitucionales. Las decisiones que se han tomado en estas sentencias han sido bastante polémicas. Pulido y Rivas han criticado la primera de las citadas, por afectar el concepto de validez, desarrollado constitucionalmente en el de rigidez constitucional (Pulido Ortiz & Rivas Robledo, 2017, pp. 93-98). Sin embargo, en esta apreciación no hace una diferenciación que autores como Bernal Pulido aplican. En los periodos de transición lo usual es que se expida una constitución específica para poder desarrollarla, la cual no puede regular en el mismo sentido -o tener el mismo concepto de validez- que una constitución en sentido ordinario (Bernal Pulido, 2014, pp. 1137-1139).

²¹³ Reitera argumentos de la sentencia C-579 de 2013 donde alcanzar la paz legítima adoptar medidas de justicia transicional y en la C-577 de 2014 en la que se evalúa la posibilidad de participación política de exmiembros de grupos armados que no hayan cometido crímenes en contra del DIDH y DIH.

²¹⁴ El juego entre pragmática e idealismo es muy complejo al evaluar la legalidad interna e internacional de las leyes de transición. Por ejemplo, la Resolución del 28 de mayo de 2019, expedida por el Presidente de la Corte IDH, en el Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños VS. El Salvador, ordena suspender inmediatamente el trámite legislativo del proyecto de “Ley Especial de Justicia Transicional y Restaurativa para la Reconciliación Nacional” debido a disposiciones que podían afectar el acceso a la administración de justicia, la seguridad del proceso, y la proporcionalidad de la pena. Frente al caso colombiano la obligación de investigar, que repara los derechos de las víctimas en graves violaciones al DIDH -el derecho a conocer la verdad-, podría entrar en conflicto con la sanción propia de la JEP; pues la Corte IDH ha sostenido que no solamente no proceden las amnistías e indultos frente a las graves violaciones, sino también que la pena debe ser proporcional y que no se admite la no privación de la libertad.

que reclame dismantelar las justificaciones esenciales de la institución de la responsabilidad. Ello se observa en la sentencia (C-674, 2017), donde la Corte Constitucional evalúa el acto legislativo 1 de 2017 que define el diseño institucional del SIVJRNR y estudia en qué medida es admisible dentro del sistema de Derecho la transformación de la Constitución Política por los objetivos que cumple.

El análisis de las sentencias implica varias cosas. Primero la aceptación de ciertas modificaciones al sistema de reparación propuesto por la constitución, siempre que esto persiga una finalidad legítima; pero también, cambios que no son admisibles. En esa medida dentro de la sentencia (C-674, 2017) se afirma que la variación institucional es viable cuando el sacrificio de algunos diseños constitucionales se vea satisfecho por el nivel de realización de la paz y los Derechos de las víctimas, como finalidades plausibles dentro del ordenamiento jurídico. Todo ello se ve en los estándares y metodología del juicio de sustitución del AL 01/17 para la consecución de la paz.

Segundo, dicha sentencia establece distintos ejes definatorios precisados a partir de una lectura completa, sistemática y transversal de la Constitución que se usan en un juicio variable para revisar la constitucionalidad del acto. Para para la investigación el más relevante es el “deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de Derechos Humanos y las infracciones al DIH y de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”, pues la primera parte del eje define el alcance en la modificación a la justicia distributiva en la responsabilidad extracontractual – esto es la delimitación de las conductas que para efectos de la JEP cuentan como un daño relevante, así como las consecuencias normativas que establece el sistema por la violación de los derechos y de indemnidad -, mientras la segunda, fija las características de la justicia correctiva -las razones por las cuales el Estado asumirá como suyas ciertas reparaciones-²¹⁵ y la forma en la que se conectan estas consecuencias con los actos de los responsables.

La aproximación teórica que se ha expresado da cuenta de la diferencia entre el sistema de los Derechos Humanos aplicables a un contexto ordinario -que suele tener un

²¹⁵ La Corte Constitucional afirma que el régimen de condicionalidades permite la flexibilización de los estándares regulares y ordinarios de justicia, debido a que esto tiene como contrapartida una ganancia en términos de acceso a la verdad, de la reparación integral a las víctimas, y de implementación de garantías de no repetición de los hechos que dieron lugar a la vulneración de derechos (C-674, 2017).

enfoque restitutivo de reparaciones- y el que se aplica en el marco de la justicia transicional a la luz del principio de subsidiariedad -que suele ser transformador-. Así, las reparaciones pensadas en el espacio de transición se transforman, y las distintas perplejidades como la *mixtura*, el *límite*, el *modo* y la *identidad*, son características analíticas de dicho sistema que permiten entender las expectativas con las que cuentan las víctimas frente al contexto particular de graves violaciones a los Derechos Humanos ocasionados en un conflicto armado interno²¹⁶.

Con lo anterior como objetivo se puede hacer una descripción teórica del sistema transicional colombiano, desde un nivel de justificación externo y procediendo inmediatamente al nivel interno.

3.1.1. El nivel externo de justificación de la responsabilidad extracontractual del Estado: Colombia entre justicia distributiva, correctiva y transicional

La descripción externa del sistema de responsabilidad habla en su primer nivel de su justificación como sistema de imposición de consecuencias jurídicas y en el segundo, de su conexión con el concepto de Derecho. En este apartado se analizan a la par ambos niveles en la justicia transicional, con un enfoque en la variación de la justicia distributiva y correctiva del Derecho de daños.

Se debe recordar que en la primera parte del capítulo 1 se especifica que el objeto de estudio es la desarticulación y perplejidades que genera la relación entre los dos sistemas de reparaciones transformadoras (ley 1448 de 2011 y el SIVJRNR) y su comparación con el sistema de justificaciones de la responsabilidad extracontractual en un sistema ordinario. Especialmente en lo que tiene que ver con el instrumento judicial con el que cuentan las víctimas para reclamar una reparación del Estado por los daños cometidos durante la guerra; lo cual está prohibido frente al verdadero causante, a la luz de la extinción de la responsabilidad patrimonial.

²¹⁶ Como se mencionó previamente el sistema de reparaciones de la ley 1448 de 2011 fue avalado en el Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia de 20 de noviembre de 2013 Serie C No. 270. Empero, el sistema que se establece en el SIVJRNR, que lo integra, aún no ha sido evaluado.

3.1.1.1. La distribución de bienes de indemnidad en la justicia transicional

El objetivo de alcanzar la paz, en escenarios de transición, implica que *la justicia distributiva* de derechos y deberes de indemnidad varía. El daño antijurídico no se repara tradicionalmente, sino que cambia aquello que entrega la responsabilidad extracontractual, aparecen límites a la reparación y distintas medidas de reparación. Se da una garantía más robusta para los derechos de las víctimas.

En estos espacios normativos la protección de la libertad de acción y seguridad dejan de perseguir exclusivamente la realización del individuo o la igualdad, como habitualmente ocurre en sociedades liberales, sino que también busca transformar el sistema político. Lo anterior se traduce en consecuencias menos exigentes a los responsables -con miras a que se entreguen o abandonen la guerra- que mixturán la obligación de reparar con sanciones restrictivas de la libertad.

En esa medida, la distribución de la responsabilidad extracontractual en el escenario de transición colombiano se puede describir desde dos aristas 1) Una *mixtura* entre mecanismos judiciales y extrajudiciales, con connotaciones civiles y penales para llenar de contenido estos derechos de indemnidad. 2) La aparición de *límites a las reparaciones*, que van de la mano con la elección de un criterio temporal para delimitar el grupo de víctimas, así como la coherencia externa e interna entre distintas *medidas de reparación* de la entidad del daño que tienen por objetivo el revestimiento de las comunidades afectadas por el periodo de fuertes injusticias.

En situaciones ordinarias, dependiendo de la densidad del derecho de indemnidad²¹⁷, el Derecho reconoce una pléyade de garantías, entre ellas la vía penal o la vía de reparación que son independientes. Por el contrario, la complementariedad del sistema en justicia transicional varía el *qué* se distribuye en estos escenarios, pues se ata la reparación (o coadyuvancia con la misma) a los tratos penales más favorables. Lo cual sucede, en la misma medida, en escenarios extrajudiciales -o políticos- y judiciales. Por ejemplo, la construcción de verdad, que se da en un órgano extrajudicial, la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD), y políticas públicas con enfoque reparador y de restitución de

²¹⁷ Con este concepto hago referencia a la cantidad de posiciones jurídica que el sistema defiende para un mismo tipo de interés. Estas pueden ser tantas como los casos que se le presenten a los jueces.

tierras²¹⁸. Empero, si bien estos mecanismos componen el sistema, el análisis se enfocará en la mixtura de orden judicial entre herramientas penales y reparadoras.

De esa forma, el objetivo de esta *mixtura* es el esclarecimiento de la verdad y la reparación del daño a colectivos y a territorios (Punto 5 y ss. Acuerdos de la Habana). Se espera que los victimarios se vean incentivados a coadyuvar con la reparación por medio de la entrega de verdad y garantías de no repetición, a cambio de tratos penales más beneficiosos y la extinción de la acción directa de reparación.

En ese orden de ideas, las medidas se interconectan a partir de “condicionalidades y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades” (Punto 5.1. b. Acuerdos de la Habana). Pues el SIVJNRN tiene un objetivo *restaurativo y reparador* más que retributivo. Lo cual se expresa en los artículos 1 y 5 del A.L. 1 de 2017 y el artículo 6 de la L. 1820 de 2016.

Desde los Acuerdos de la Habana se precisó que el grado de contribución voluntaria de cada persona a la verdad tendrá efectos con el tratamiento a recibir en el componente de justicia (Numeral 5.1.2., Título II de los Acuerdos de la Habana; art. 13 del A.L. 1 de 2017). Lo cual le permite a la JEP anular sanciones de todo tipo impuestas a funcionarios, combatientes y particulares (art. 6 del A.L. 1 de 2017) y de imponer sanciones propias o alternativas por conductas delictivas que no son amnistiables o indultables, esto es, que constituyan graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario y que hayan sido cometidas con ocasión del conflicto armado interno (art. 11 del A.L. 1 de 2017 y art. 141 de la L. 1957 de 2019).

Por supuesto, los daños de la guerra son muchos y no todos los comportamientos pueden tener el mismo trato favorable, por ello se crean categorías según el sujeto y el tipo de delito, para aplicar amnistías, indultos, renuncia a la acción penal²¹⁹, sanciones propias,

²¹⁸ Las cuales se ven reflejados en los acuerdos de la Habana con los Planes de reparación colectiva con enfoque territorial (5.1.3.3.2.), el Carácter reparador de los Planes de Desarrollo Rural con Enfoque Territorial (PDET) (5.1.3.3.1.), los Planes nacionales de reparación colectiva (5.1.3.3.3.), y Procesos colectivos de retornos de personas en situación de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior (5.1.3.5.).

²¹⁹ Dentro de la ley 1820 de 2016 se establece en el Título IV la regulación de los tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado. Sobre el punto, los artículos 44 y ss precisan la competencia de la sala de definición de situaciones jurídicas para realizar la renuncia a la acción penal.

alternativas y ordinarias, así como imponer un tratamiento penal diferenciado para agentes del Estado²²⁰ (art. 2 y 3. L. 1820 de 2016).

De esa forma, se reconoce la categoría del delito político, que corresponde a conductas que impliquen una participación directa e indirecta en el conflicto armado, sin perseguir el beneficio propio o de un tercero, y cuyo sujeto pasivo sea el Estado²²¹, el cual se puede cometer de forma directa (Art. 15. L. 1820 de 2016) o conexas (Art. 16. L. 1820 de 2016) y cuyo límite se encuentra en las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Es especialmente interesante para el tema de las reparaciones que estos tratamientos del SIVJNRN tiene efecto sobre la acción aquiliana, aplicable a quienes participaron de forma directa o indirecta en el conflicto armado (condenados, procesados o señalados) (art. 3. L. 1820 de 2016), pues se extingue la acción de indemnización de perjuicios y la acción de repetición (art. 41 y 45. L. 1820 de 2016).

Por otra parte, existen delitos que implican una grave afección al DIDH, DIH y DPI, que conllevan sanciones propias del sistema de transición, que según la LE de la JEP, 1957 de 2019, en el artículo 137 tienen un componente restaurativo, y precisa un listado de estas en el artículo 141, que incluye trabajos reparadores como una contribución temprana a la reparación.

Depende del momento procesal en el cual se aporte verdad al sistema, las sanciones serán menos restrictivas de derechos y coordinadas con las políticas públicas de reparación, como las contenidas en el artículo 144 de la LE de la JEP. Existen sanciones alternativas que oscilan entre 5 y 8 años en establecimiento carcelario, y se requiere que el destinatario se

²²⁰ Dentro de la ley 1820 de 2016 se hace un desarrollo profundo de este tema en el Título III que regula las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales. En distintos artículos de esta legislación. Por ejemplo, en el art. 17, 18, 19 y 20 se establece no sólo a quienes será aplicable esta amnistía (su ámbito de aplicación) sino también el proceso de dejación de armas; el procedimiento para realizar la amnistía; y la garantía de la eficacia. Así mismo, en el Capítulo II. Se regula entrega de aquellas amnistías o indultos otorgados que no funcionan de iure bajo el principio de favorabilidad y el artículo 6.5 del Protocolo Adicional 11 de las Convenciones de Ginebra de 1949; art 22. Ámbito personal de aplicación; art. 23 criterios de conexidad. Estableciendo la competencia específica de la sala de definición de situaciones jurídicas que podrá expedir resoluciones de: 1. Renuncia a la persecución penal; 2. Cesación de procedimiento; 3. Suspensión de la ejecución de la pena; 4. Extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción; 5. las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica.

²²¹ (González, et al., 2017, p. 8).

comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y en su caso a promover actividades orientadas a la no repetición.

De conformidad con el artículo 146 para el caso de las sanciones ordinarias de 15 a 20 años en establecimiento carcelario impuestas cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, cuando se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad²²².

Se observa que los delitos que son susceptibles de amnistía e indulto y aquellos más graves que no lo permiten, crean en los victimarios el deber de contribuir con la reparación, pero *la garantía de la reparación integral* sigue en cabeza del Estado. La cual se complementa con la posibilidad de pedir vía administrativa y/o judicial los residuos del daño que aún no se hayan reparado (Ley 1448 de 2011). Justamente aquello que se resaltó en la parte 1.1 del texto.

Se presentan dos casos para dimensionar el problema. Una familia con una empresa de distribución agraria fue hurtada por miembros de uno de los bloques de las FARC-EP, con el objeto de financiar su rebelión vendieron todas las maquinas, extinguiendo la posibilidad de continuar con la empresa. Para esta tarea, recibieron el apoyo de un militar que compartía sus mismos ideales. Se calcula que el perjuicio asciende a 70 SMLMV²²³. Posterior a ello, en el marco del SIVJNR los miembros del bloque son amnistiados en virtud del literal c) del artículo 23 de la L. 1820 de 2016, de forma concomitante con las normas de la LE de la JEP, 1957 de 2019, especialmente el artículo 83, y sobre el Militar se renuncia a la persecución penal, lo cual de conformidad con dicha ley y la estatutaria extingue la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible.

Ahora, se puede pensar una variante de esta situación, donde el daño cometido a la familia es la tortura y desaparición forzada de su padre. En este caso, el tratamiento de los

²²² En el artículo 65 de la ley 1922 de 2018 se establecen reglas para la graduación de la sanción por parte de la Jurisdicción Especial de Paz (Congreso de la Republica, 2018)

²²³ Los montos que se expresan tienen una finalidad exclusivamente explicativa o pedagógica.

victimarios dependerá del momento en el que aporten verdad al proceso. Entre más pronto, la sanción será menos restrictiva y el nivel de exigencia en los actos de reparación mayor. Es decir, será inversamente proporcional como se evidencia en la LE de la JEP desde el artículo 125 y ss. En este caso, el daño que la familia considerará compensatorio será equivalente a 1000 SMLMV.

¿Qué opciones tiene la familia para ser reparada en el SIVJNR? De acuerdo con las categorías que se explicaron en la parte 1.1. podrán vincularse a políticas públicas reparatoras que se diseñen con enfoque transicional. Sumado a ello, en el primer caso, de conformidad con los art 38 y 39 de la LE de la JEP los miembros del bloque de FARC-EP pueden poner a disposición de la familia su trabajo para mejorar la productividad agrícola de su empresa. En el segundo, asumiendo que los victimarios reconozcan la verdad y responsabilidad de forma integral y temprana, propondrán según el inc. 3° y siguientes del artículo 141 de la misma norma un plan de trabajo para indemnizar a las víctimas en dicha región. Además, la familia podrá solicitar una indemnización administrativa²²⁴ según el artículo 132 de la ley 1448 de 2011 que complementará el sistema de reparaciones.

Pese a lo anterior, *¿qué sucederá si considera esta familia que los elementos que se acaban de referenciar no logran satisfacer el daño material e inmaterial sufrido?* Para efectos del caso, podría suceder que sumadas todas las reparaciones materiales e inmateriales del daño frente al primer caso permanezca para las víctimas en un monto equivalente a 20 SMLMV y en el segundo a 900 SMLMV. Conforme las normas citadas, las víctimas no pueden encaminar ninguna pretensión en contra de los victimarios, pero el artículo 134 de la Ley 1448 de 2011, el Capítulo V de la L. 1820 de 2016, y el mismo artículo 90 de la CP permite acumular, descontando la indemnización administrativa, un reclamo judicial contra el Estado. *¿Puede la jurisdicción contenciosa administrativa reconocer toda la entidad del daño?*²²⁵

²²⁴ Parte de los fondos de reparación se nutrirán con los bienes revelados por las FARC-EP. El decreto 903 de 2017 establece el procedimiento para inventariar los mismos, e indica que su destinación (art. 4) estará encaminada a los mecanismos de reparación materia de las víctimas junto a la implementación de las medidas de reincorporación social y económica para los miembros desmovilizados.

²²⁵ En el caso se debe asumir que no ha operado el fenómeno de caducidad. Es factible, por ejemplo, que una declaración del militar infiltrado o de algún miembro de las FARC-EP le revele a la familia que la fuerza pública intervino en la producción del evento daño. La posibilidad que se referencia parte del entendimiento contextual del concepto daño al que se refiere el literal i del artículo 164 de la ley 1437 de 2011.

Responder este interrogante demanda explicar que la variación en la distribución también implica, como se vio en la segunda parte, un *límite* a los daños indemnizables y *nuevas formas* de reparación. Un panorama más amplio que demanda revisar los múltiples mecanismos de indemnización en clave de coherencia interna y externa. Los daños ocasionados en la guerra son inabordables, pues generan una cantidad enorme de víctimas (la sociedad entera) y son monstruosos (violación al DIDH, DIH, DPI). En esa medida una indemnización monetaria total de las víctimas sería inviable pues implicaría (de considerar daños directos e indirectos) una indemnización a un enorme porcentaje de la población y la reparación monetaria llevaría cargas fiscales de imposible (o muy demorado) cumplimiento²²⁶.

De esa forma, la amplitud del daño es *limitada* al enfocar la mirada en algunos grupos, por su configuración en el tiempo y las categorías de debilidad a la que pertenecen. El párrafo 2° del artículo 3° de la Ley 1448 de 2011, establece el 1° de enero de 1985 como fecha que delimita el grupo de las víctimas que es objeto de la justicia transicional. Lo cual diferencia entre las víctimas previas y aquellas que son posteriores, pues a las primeras se les reconoce una indemnización patrimonial, además de las medidas extrapatrimoniales; mientras que a las segundas se les reconocen todos los mecanismos mixtos de reparación que se han comentado²²⁷.

Esta fecha es un método de atenuación de la justicia distributiva en espacios transicionales. El sistema le puede usar para definir aquellos agentes que serán beneficiarios del sistema transicional, de conformidad al Acto Legislativo 1 de 2017, en su artículo 5. Lo cual establece un grupo claro de beneficiarios de la justicia transicional y cumple con las exigencias identificadas en la justicia distributiva en espacios transicionales.

²²⁶ Así lo comentan Uprimny & Saffon (2009) alegando la imposibilidad del enfoque restitutivo para abordar daños masivos y sistematicos (pp. 32-34).

²²⁷ En la sentencia (C-250, 2012) se precisa que esta es una medida proporcionada, pues no es una fecha arbitrariamente excluyente, porque cubre la época en la cual se produjo el mayor número de violaciones a las normas de DIDH y DIH. De manera que es idónea para garantizar la sostenibilidad fiscal y la efectividad de los derechos. Por otra parte, las víctimas anteriores al 1° de enero de 1985, están protegidas por otro tipo de medidas de reparación, como las del derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en el párrafo 4° del artículo 3° de la Ley 1448 de 2011, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas

Así mismo, el sistema de reparaciones de la JEP en el AL 1 de 2017, Parágrafo 1., Indica que deben adjudicarse desde un enfoque diferencial, de acuerdo con el grupo al cual pertenece la víctima, su género, y territorio, en general todas las condiciones de debilidad que pueden percibirse como condiciones victimizantes (art. 18 del AL 1 de 2017).

Desde los Acuerdos de La Habana la conciencia sobre la imposibilidad de reparar todos los daños llevó a las partes a precisar que los derechos de las víctimas del conflicto no son negociables, pero que la esencia del acuerdo implica acordar la forma para satisfacerlos de la mejor manera en el marco del fin del conflicto. Reparar en justicia transicional exige distinguir los daños cometidos en la guerra a aquellos causados de forma ordinaria, aun cuando en ambos casos se vulnera el DIDH y esta es una lectura plausible para la ley citada.

Debe aclararse que, de conformidad con el Derecho Público Internacional, cualquier violación al DIDH genera la obligación del Estado de restaurar la dignidad de las víctimas y reintegrar a la sociedad en condiciones de igualdad, esto es el concepto de revestimiento. Pero el punto de divergencia radica en lo que *es jurídicamente admisible* cuando la sociedad se encuentra en una situación de transición o en una de normalidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica que, de conformidad con los estándares internacionales²²⁸, las víctimas en un *proceso de desmovilización* tienen derecho a “la reparación *adecuada* del daño sufrido, que debe materializarse a través de medidas individuales de restitución, indemnización y rehabilitación, medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición, que permitan reestablecer su situación, sin discriminación”. Mientras que la ONU por medio de su Consejo de Seguridad precisa que el *Estado de Derecho en sociedades en transición* de una situación de conflicto a una de postconflicto, reconoce frente a los daños la dificultad de establecer qué víctimas serán compensadas, qué tanta compensación les corresponde, qué tipos de daños se reconocerán y cómo serán distribuidos, en esa medida, debe utilizarse un modelo que combine distintas medidas²²⁹. En otras palabras, la distinción entre el enfoque transformador y el restitutivo que se mencionó en el apartado 1.1.

²²⁸ (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004)

²²⁹ (United Nations. Security Council. , 2004)

Este contenido normativo ha sido aceptado como obligatorio por la Corte Constitucional en distintas sentencias como (C-715, 2012)²³⁰ (C-280, 2013)²³¹ (SU-254, 2013)²³² (C-579, 2013)²³³ (C-694, 2015)²³⁴ en las cuales fijó el alcance del derecho a la reparación preceptuado en la ley 1448 de 2011²³⁵. Se concluye, muy de la mano con lo referenciado por la ONU, que la exigibilidad del concepto de reparación en justicia transicional con una perspectiva transformadora precisa que “las distintas modalidades de las reparaciones resultan complementarias —por lo que admiten cierta flexibilidad y modulación de acuerdo con las circunstancias particulares de los casos concretos— pero, a su vez, ese derecho a la reparación constituye un límite infranqueable para el legislador y el gobierno dentro de un marco de justicia transicional” (C-694, 2015).

Cuando a la luz de lo expuesto se precisa el contenido de la ley 1448 de 2011 se observa que esta norma, pensada en clave transformadora pero en un escenario ordinario, se aproxima a la reparación desde mecanismos individuales (tanto judiciales como administrativos con un cariz de atribución de responsabilidad) y colectivos (que son

²³⁰ La constitucionalidad de la Ley 1448 de 2011, desde un contexto de justicia transicional, consolida los parámetros en reparación integral. Se afirma en esta providencia: “(iii) el derecho a la reparación de las víctimas es integral, [...]; (iv) las obligaciones de reparación incluyen, en principio y de manera preferente, la restitución plena (restitutio in integrum), [...], y dentro de estas medidas se incluye la restitución de las tierras usurpadas o despojadas a las víctimas; (...) (vi) la reparación integral incluye además de la restitución y de la compensación, una serie de medidas tales como la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición. [...]; (vii) la reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tiene tanto una dimensión individual como colectiva; (...) (ix) en su dimensión colectiva la reparación se obtiene también a través de medidas de satisfacción y carácter simbólico o de medidas que se proyecten a la comunidad; (x) una medida importante de reparación integral es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación. [...]; (xi) el derecho a la reparación desborda el campo de la reparación económica, e incluye además de las medidas ya mencionadas, el derecho a la verdad y a que se haga justicia. [...]”

²³¹ Se demanda la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley de reparación de víctimas a la luz del concepto de justicia transicional, especialmente en lo que tiene que ver con la prohibición de retrospectividad en los derechos de carácter social, y a su vez, en las equiparaciones entre reparación y restitución.

²³² Se evalúa la aplicación de la ley 1448 de 2011 sobre los montos de reparación, las vías para su exigencia y la procedencia excepcional de la tutela para la indemnización.

²³³ Se declara la constitucionalidad AL 1 de 2012, por una variación del test de sustitución constitucional para el derecho fundamental a la reparación.

²³⁴ Análisis de constitucionalidad de la ley 1592 de 2012 que modificó la ley 975 de 2005 –régimen de reincorporación a la vida civil de los grupos paramilitares–.

²³⁵ Es común en las mismas encontrar referenciado el siguiente texto normativo: “(i) las víctimas de graves violaciones de los DDHH, del DIH o de crímenes de lesa humanidad tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, proporcional, integral y eficaz respecto del daño sufrido; (ii) la reparación se concreta a través de la restitución íntegra o plena, pero también a través de la indemnización, de la rehabilitación, de la satisfacción de alcance colectivo, y de la garantía de no repetición; (iii) la reparación a las víctimas por el daño ocasionado se refiere tanto a los daños materiales como a los inmateriales, (iv) la reparación se concreta a través de medidas tanto individuales como colectivas, y que (v) estas medidas se encuentran encaminadas a restablecer a la víctima en su dignidad por el grave daño ocasionado”.

mayormente políticos) (art. 25 L. 1448 de 2011), al establecer la complementariedad entre dichos sistema (art. 21 L. 1448 de 2011) y la prohibición de doble reparación (art. 20 L. 1448 de 2011), en esa norma no se indica el orden jerárquico entre los mecanismos de reparación, ni la forma prioritaria como esta debe realizarse; sino que deja esto a una elección caso a caso, pero debido a su contexto es preferente según la C-715 de 2012 la restitución plena (*restitutio in integrum*).

En la ley 1448 de 2011 existía un mecanismo que respetaba esta lógica, pues en el artículo 132 inciso 2 y 3²³⁶ se permitía transar con el Estado a partir de la indemnización administrativa los demás daños posibles. Institución declarada exequible en la sentencia C-099 de 2013 excepto cuando el daño era causado por la violación de DIDH y la víctima provenía del actuar del Estado, de manera que pese a su suscripción la víctima podía continuar intentando la acción de reparación directa contra el Estado²³⁷. Precisamente por ello, fue posteriormente derogada por el artículo 132 de la ley 1753 de 2015, pues era inútil para prevenir conflictos litigiosos, que en últimas era su objetivo.

De tal suerte, el hecho de recurrir a la voluntad de la víctima como un método para reforzar la estabilidad de los contratos de transacción es poco útil, pues no ofrece verdaderas razones para mantener dicha disposición. La voluntad de las víctimas en muchas ocasiones no es libre, porque se encuentran en un estado de necesidad. De manera que no es un requisito necesario ni suficiente para perseguir una transición, pues no guarda coherencia que se exonere de la reparación de daños causados por la misma institucionalidad. En esa medida, el requisito necesario y suficiente para que la víctima no pueda solicitar una reparación mayor o distinta del perjuicio a la entregada por el Estado de forma transformadora, es que este acto tenga consecuencias en un cambio en la distribución ilegal e injusta del poder político y se

²³⁶ El apartado que interesa es: “La víctima podrá aceptar, de forma expresa y voluntaria, que la entrega y recepción de la indemnización administrativa se entienda realizada en el marco de un contrato de transacción en el cual la víctima acepta y manifiesta que el pago realizado incluye todas las sumas que este debe reconocerle por concepto de su victimización, con el objeto de precaver futuros procesos judiciales o terminar un litigio pendiente. [...]”.

²³⁷ En la sentencia se afirma que la norma no diferenciaba entre aquellos daños de categoría menos intensa y aquello más graves (por romper el DIDH o el DIH). Así mismo, no distinguía cuando el daño le pertenecía al Estado, o aquellos eventos donde se asumía un evento que no le corresponde causalmente. Se consideró que la afectación de los derechos a la verdad, justicia y reparación era grave, y la Corte no encontró una justificación legítima e imperiosa, constitucionalmente hablando, para evitar que el Estado pague sumas adicionales. Condicionó la norma a que los daños causados por crímenes de lesa humanidad atribuibles a agentes del Estado, no podía entenderse en el marco de un contrato de transacción (C-099, 2013).

dé en un contexto especial, lo cual se refleja el SIVJNR por medio de la relación entre tratamientos favorables a los causantes y la garantía del deber de reparar en cabeza del Estado, junto con la entrega de verdad y garantías de no repetición; en otras palabras, a través del régimen de condicionalidades. Puntos analizados en la sentencia C-007 de 2018²³⁸.

Así las cosas, se resalta la diferencia de contexto para el cual fue pensada la ley 1448 de 2011 y el SIVJNR. Pues si bien en ambas situaciones hay reparación transformadora, sólo en el segundo escenario –por su nivel o fuerza- hay un cambio institucional significativo y se transforma diametralmente en una comunidad aquellos arreglos institucionales que enaltecen una determinada forma de justicia reparadora. Así, frente a este segundo acuerdo, el principal obligado a garantizar la reparación de las víctimas es el Estado, y, por tanto, la prioridad de los distintos mecanismos de reparación, como aquellas medidas colectivas y simbólicas, frente a las individuales y monetarias.

Todo ello lleva consigo que, la aplicación extensiva que exige el sistema de justicia transicional proveniente del SIVJNR de la ley 1448 de 2011, encuentre en la asunción de responsabilidad del Estado de actos graves que no causó una justificación para la transformación de las formas en la que se repara el perjuicio. En otras palabras, una concepción amplia del derecho a la reparación que abarca varias medidas, pasando de reparaciones exclusivamente monetarias a otras de carácter colectivo y simbólico.

Con el anterior panorama normativo las reparaciones en transición han sido descritas por Bernal Pulido como mecanismos políticos que permiten a una sociedad avanzar hacia el futuro²³⁹ y son distinguidas de los mecanismos de responsabilidad, que hacen referencia a la atribución de consecuencias jurídicas por medio de relaciones procesales a los autores de violaciones a Derechos Humanos²⁴⁰. Esta aproximación que se hace desde una perspectiva institucional²⁴¹, asume que en dichas indemnizaciones no hay justicia correctiva, sino

²³⁸ Esta analiza las normas contenidas en la ley 1820 de 2016, en los artículos 14, 33, 34, 35 párrafo, e inciso 6, 50 y 55, que establecen para los victimarios un deber principal de contribuir y para el Estado de garantizar la reparación de las víctimas. Los cuales fueron declarados exequibles por enmarcarse dentro del régimen de condicionalidades del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación.

²³⁹ (Bernal Pulido, 2018, pp. 312-318)

²⁴⁰ (Bernal Pulido, 2018, pp. 308-312)

²⁴¹ A diferencia de la aproximación que se ha usado en esta tesis, que usa el concepto de derechos y deberes de indemnidad, es decir, las posiciones jurídicas entregadas a los ciudadanos para luego describir la institucionalidad que le desarrolla; la perspectiva del autor citado, en este caso, es la opuesta.

distributiva; sin embargo, a la luz de lo establecido en el capítulo 1 y 2 de esta disertación, como se observa en el siguiente apartado, se puede entender que la conexión más leve entre la víctima –que no necesariamente es la directamente dañada- con el victimario –que no es precisamente el autor- defiende la confianza en el sistema de derecho, motivo normativo de la justicia correctiva, y tiene efectos sobre aquello que es entregado distributivamente.

Permitir en este escenario que se acumulen reparaciones colectivas e individuales, y así mismo, aquellas obtenidas por vía judicial y mecanismos administrativos, sin establecer que la indemnización colectiva o administrativa por parte del Estado -cuando este no ha causado los daños- transforma el modo de la reparación, atenta contra la justificación misma de la justicia transicional.

Con base en lo expuesto se puede regresar a los dos casos de la familia campesina que se vio afectada por las condiciones de la guerra. Si bien la disposición de la ley 1448 de 2011 sigue vigente, la competencia que le otorga al juez administrativo no puede implicar ordenes de reparación que se desconecten del sistema de reparaciones en justicia transicional, que se debe estudiar como un todo. La apreciación en equidad de las distintas formas de reparación entregadas (tanto las medidas que guardan coherencia externa como aquellas con coherencia interna) por el Estado podrá implicar que el daño de 70 y 1000 SMLMV ha sido reparados integralmente por otras vías distintas a la indemnización material.

En suma, si se acepta el argumento mediante el cual se crea *la mixtura* de mecanismos políticos -extrajudiciales- junto a aquellos de responsabilidad (civil y penal) de reparación que crean un *el régimen de condicionales* por medio de un componente reparador en las penas impuestas²⁴²-, el cual obliga al Estado garantizar la reparación de los daños causados por los victimarios; también se debe aceptar que existe *un límite* y un *modo* propio para reparar los daños causados en la guerra, que preferirá reparaciones colectivas y transformadoras, antes que individuales, restitutivas y monetarias. Los anteriores análisis que vinculan la teoría de

²⁴² Desde los acuerdos de la Habana, tanto en el numeral 43, del acuerdo se indica que la concesión de amnistías e indultos no extingue el derecho de las víctimas a recibir reparación (Gobierno de la República de Colombia Fuerzas; Armadas Revolucionarias de Colombia, 2016) y así mismo el Numeral 60, literal C) precisa que los reos tendrán obligaciones de hacer restaurativas para cumplir la pena (Gobierno de la República de Colombia Fuerzas; Armadas Revolucionarias de Colombia, 2016)

la responsabilidad extracontractual y de la justicia transicional dan una justificación plausible que permite entender las perplejidades alrededor del *límite* y el *modo* de las reparaciones.

3.1.1.2. La generación de confianza y la justicia correctiva para la paz

La justicia correctiva en los espacios transicionales lleva transformaciones en la imputación y en el beneficiario de la obligación de reparar. La evolución del sistema jurídico no puede permitir que algunos daños sociales se queden sin reparar, o que la situación de las víctimas vuelva al punto en el cual se ocasionaron sus daños -que tiene relevancia causal en su ocurrencia-, pues podría traer consigo nuevos grupos al margen de la ley, y por ende la repetición de una historia condenada. Precisamente, los sistemas transicionales, antes que en el individuo piensan en el colectivo al cual pertenece. Estos dos contextos implican, por un lado, que el Estado asuma la reparación de las víctimas como una forma para legitimarse y dar estabilidad al principio de legalidad; por otro, que los colectivos minoritarios, vuelvan a confiar en el Estado y en los miembros de la sociedad.

En la parte segunda se dijo que la finalidad de la justicia correctiva, más que relacionar víctima con victimario, persigue generar confianza social al asegurar que en los contactos concretos o abstractos que tenga el individuo con otros miembros de la sociedad tenga la certeza que sus derechos de indemnidad serán respetados, y en caso de que no, resarcidos por el dañador.

Bajo ese argumento, se explicó que en la justicia transicional existen mejores razones en el sistema de Derecho para que la confianza se genere primero en el Estado, para luego crear confianza social en los demás miembros del sistema. De manera que si bien los responsables, en principio, deben compensar a la víctima o sus familiares por los perjuicios resultantes del crimen; el Estado deberá esforzarse por resarcir a la víctima cuando el responsable de la conducta ilícita no haya podido o no haya querido cumplir sus obligaciones²⁴³, incluso cuando esta víctima no es la directa afectada, sino la comunidad, grupo o etnia a la que pertenecía. Lo cual explica las perplejidades que se referencian en la introducción.

²⁴³ En igual sentido se puede revisar (Comisión de Derechos Humanos, 2000).

Todo ello se ve reflejado en el *Acuerdo de La Habana en el numeral 5.1. donde se indica* “la integralidad del Sistema contribuye a sentar las bases para la recuperación de la confianza, para la convivencia en un escenario de construcción de paz, y para una verdadera reconciliación entre todos y todas los colombianos y las colombianas”; así, la concesión de amnistías, indultos y la exoneración de responsabilidad patrimonial no extingue el derecho de las víctimas a recibir reparación. Cuando esto es tratado por la Corte Constitucional en la sentencia C-007 de 2018, se indica que los beneficios transicionales (Entre ellos la exoneración de responsabilidad patrimonial) se conceden con el objeto de que tengan impacto definitivo en la no repetición.

La modificación de este componente en la responsabilidad patrimonial implica que el daño *se garantiza por el Estado*, pero la reparación del perjuicio no puede permanecer idéntica a la ordinaria. En los Acuerdos de la Habana se indica que el Estado tiene el deber de asegurar, *por medios razonables dentro de su alcance*, la verdad, justicia, reparación, y medidas de no repetición, con respecto a las graves infracciones del DIH y graves violaciones de los Derechos Humanos, y en esa medida surge en los victimarios el deber de entregar verdad y garantías de no repetición.

Dicha garantía por parte del Estado será integral, adecuada, diferenciada y efectiva al derecho de las víctimas (art. 18 del A.L. 1 de 2017). De manera que no procederán acciones judiciales de reparación contra los beneficiarios de los tratamientos penales más favorables sin que esto los exonere de deberes de colaboración en el esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas y garantías de no repetición²⁴⁴. Tratamiento similar da a las autoridades del Estado, pues se excluye la acción de repetición y el llamamiento en garantía de los beneficiarios del tratamiento penal diferenciado, sin que esto obste para que contribuya al esclarecimiento de la verdad, a la reparación no monetaria de las víctimas y garantizar la no repetición (art. 26 del A.L. 1 de 2017; art. 46 y 50 de la L. 1820 de 2016).

En ese orden de ideas, cualquier beneficiario de los tratamientos penales más favorables sin importar cual sea, amnistía, indulto, tratamientos penales favorables, extinción

²⁴⁴ Así se puede leer en el artículo 33 de la ley 1820 de 2016, en donde se precisan los deberes de comportamiento que tienen aquellos que concurren a la sala de definición de situaciones jurídicas; pero también el apartado de la norma que precisa las consecuencias jurídicas de la amnistía (art. 41), de la renuncia a la acción penal (art. 42), o en los tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado (art. 46 y 50). De igual forma, en el párrafo del art. 18 del A.L. 1 de 2017.

de la acción penal o de las sanciones propias y ordinarias de la Jurisdicción Especial para la Paz, dejará de ser el sujeto de la acción de daños directa, que quedará prohibida por el ordenamiento jurídico y se transformará en un coadyuvante en el proceso de reparación.

Lo anterior se puede observar en el beneficio penal más importante, esto es la amnistía de *iure*, que se aplica a las personas privadas de la libertad por delitos políticos y delitos conexos con éstos. Cada delito que se exonere, por ejemplo, la violación de habitación ajena (art. 16 de la L. 1820 de 2016), implica un daño y múltiples perjuicios que se queda sin reparar por el victimario. Al regular esto, el Decreto ley 277 de 2017 en el art. 5. expresa que tiene efectos sobre “la acción civil y de la condena indemnizatoria, por parte del funcionario judicial competente”, sea que esta se reconozca por la JEP, por un funcionario que este conociendo de la investigación del beneficiario como indica el Parágrafo 3, o por el presidente de la Republica en los casos descritos en el artículo 17 de la misma norma (Art. 1, 5 y 17 del A.L. 1 de 2017). De manera que será el Estado quien debe garantizar la reparación de dichos daños.

Ahora bien, la sentencia C-025 de 2018 estudia la exoneración de la responsabilidad civil en las amnistías de *iure* a la luz del objetivo del plan social trazado con el sistema de justicia transicional, esto es alcanzar la paz²⁴⁵. El estudio material de la sentencia se hizo a la luz de “los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”; y se aclara que al haber eximido a los favorecidos con la amnistía de *iure* de la responsabilidad civil respecto de los particulares, se traslada el deber de reparar al Estado quien queda obligado a la satisfacción de los derechos de las víctimas a cargo del Estado en concordancia con la Ley 1448 de 2011, esto es restaurar su dignidad y reintegrarlas a la sociedad en condiciones de igualdad.

Lo mismo ocurre en los delitos que no son susceptibles de amnistía o indulto (P. Art. 23 de la L. 1820 de 2016 y P. del art. 17 del A.L. 1 de 2017), la obligación de reparación es

²⁴⁵ Debido a la estructura normativa de la justicia transicional, de conformidad con la sentencia C-699 de 2016, los decretos con fuerza de ley serán constitucionales, en la medida persigan la implementación del acuerdo. Esto es lo que la Corte Constitucional denominó “estricta necesidad”. Frente a ello, la Corte determinó que: (i) la amnistía es un aspecto de urgente regulación para la implementación del Acuerdo final; (ii) la regulación sobre la materia respeta el principio democrático toda vez que es un desarrollo de la Ley 1820/16; (iii) el decreto se limita a precisar aspectos puntuales de cara a la amnistía de *iure* y el régimen de libertades condicionadas.

coadyuvada por el responsable, lo que ocurre es que la misma se transforma y es garantizada por el Estado.

Entre las herramientas del acuerdo de La Habana se observan numerales que establecen mecanismos ejecutados principalmente por el Estado. Alrededor de obligaciones que reparan colectivos²⁴⁶ pero a las cuales se pueden vincular los partícipes por medio de acciones concretas de contribución a la reparación (Numeral 5.1.3.2. de los acuerdos de la Habana). Mecanismos que se observan en el artículo 137 y 141 de la LE de la JEP, 1957 de 2019. Por ejemplo, según el artículo 144 quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena en la sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades podrán presentar un proyecto detallado, individual o colectivo, de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas, en las temáticas señaladas en materia urbana o rural, que no se puede oponer a los proyectos del con las políticas públicas del Estado acordes con las tradiciones y costumbres étnicas. De igual forma, existen obligaciones de colaboración en la indemnización para aquellos que reconozcan la verdad antes de la sentencia de primera instancia en el Tribunal para la Paz o que dicho órgano jurisdiccional valore que el reconocimiento de responsabilidad y la declaración de verdad efectuado ante él no ha sido exhaustivo, completo y/o detallado. Y también, conforme el artículo 146 para el caso de las sanciones ordinarias permite que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización (65 de la ley 1922 de 2018).

En esa medida, la asunción por parte de la entidad estatal de responsabilidad no agota la justicia correctiva, porque se sigue respetando la finalidad de este elemento descriptivo de la responsabilidad. Argumentación que explica en principio *la perplejidad sobre la identidad*, al menos, la primera parte relacionada con el victimario.

La segunda parte de la perplejidad, la mutación en la justicia correctiva tiene un efecto en el extremo beneficiario de la relación entre derechos y deberes de indemnidad, *pues la paz*

²⁴⁶ A modo enunciativo se pueden citar los siguientes numerales “5.1.3.1. Actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva; 5.1.3.3. Reparación colectiva en el fin del conflicto; 5.1.3.4. Rehabilitación psico-social; 5.1.3.4.2. Plan de rehabilitación psico-social para la convivencia y la no repetición 5.1.3.5. Procesos colectivos de retornos de personas en situación de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior; 5.1.3.6. Medidas sobre restitución de tierras; 5.1.3.7. Adecuación y fortalecimiento participativo de la Política de atención y reparación integral a víctimas en el marco del fin del conflicto y contribución a la reparación material de las víctimas; 5.1.4. Garantías de no repetición.

como paradigma orientador, hace que la responsabilidad se enfoque más que en el individuo en la comunidad a la cual este pertenece. La razón por la cual dicho sujeto vio lesionado sus derechos atiende al contexto injusto, del cual hacía parte, o el grupo social segregado sobre el que se enfocó la guerra.

Así las cosas, los Acuerdos de la Habana describen las comunidades como una serie de generaciones que se eslabonan en el tiempo y su enfoque es prospectivo, al buscar acabar la situación de exclusión social que les ha provocado la victimización, y perseguir que las graves infracciones al DIDH, DIH y DPI no vuelvan a suceder. De esa forma, dentro de las medidas de reparación integral para la construcción de la paz la reparación colectiva de los territorios, las poblaciones y los colectivos más afectados por el conflicto y más vulnerables, adquiere un rol fundamental.

Precisamente por ello, la mayoría de las medidas establecidas en la ley tienen un enfoque colectivo, en las cuales pueden participar los autores por medio de planes de trabajo, como parte de su pena -cuyo eje es reparador-, como se precisó previamente.

En lo que tiene que ver con la apreciación del daño y el sujeto beneficiario del perjuicio, cuando este es colectivo, la ley 1448 de 2011 establece en sus artículos 151 y 152 las condiciones de la reparación colectiva para cualquiera de las siguientes situaciones: a) El daño ocasionado por la violación de los derechos colectivos; b) La violación grave y manifiesta de los derechos individuales de los miembros de los colectivos; c) El impacto colectivo de la violación de derechos individuales, cuyos sujetos de reparación son los 1. Grupos y organizaciones sociales y políticos; o 2. Comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social que se haga del colectivo, debido a la cultura, la zona o el territorio en el que habitan, o un propósito común.

A partir de lo anterior, se explica en el caso porqué el Estado asume la obligación principal de reparar con políticas públicas y reparaciones administrativas el daño que se les causó con la venta de las maquinas o la tortura y desaparición forzada del padre, mientras que los victimarios asumen obligaciones de comportamiento a través de un plan de trabajo para indemnizar a las víctimas en dicha región. Sumado a la posibilidad de demandar judicialmente para evaluar si la situación de las víctimas, como su contexto, se transformó al punto que hay garantías de que tales daños no se repetirán.

3.1.2. El nivel interno de justificación de la responsabilidad extracontractual de Estado: La estructura del Derecho de daños en el marco de la justicia transicional

El juicio de responsabilidad que deberá surtir la familia campesina que considera que sus derechos a la verdad, justicia y reparación han sido violados por el SIVJRNR en cualquiera de los dos ejemplos estudiados en los apartados anteriores, lleva una transformación de los elementos dogmáticos de la responsabilidad.

En este punto, no se va a abordar el sistema de amnistía, ni de sanciones propias por graves violaciones al DIDH, DIH y DPI -dependientes del grado y momento procesal en el que se aporte verdad-, sino el sistema de reparación, especialmente judicial, que surge para abordar los daños civiles provenientes de estas conductas.

El grado de complejidad de este juicio se da porque no basta con establecer un daño antijurídico imputable al Estado, sino que dicho daño debe haber sido cometido en el marco del conflicto, por un sujeto o grupo que se hizo parte de los acuerdos de paz, para demostrar que la reparación es garantizada por el Estado, y en qué sentido lo será.

Para ello se usa la estructura argumentativa interna que describe el sistema de responsabilidad propuesto por De Larragaña Monjaraz²⁴⁷. Desde esta perspectiva la responsabilidad jurídica tiene ciertos requisitos para su aplicación o imputación. En el apartado primero se omitió esta explicación de la tesis estructural que se usó para comprender el Derecho de daños por ser pertinente en este momento.

Así, la presencia elementos como conductas, condiciones de aplicación y consecuencias normativas que permiten denominar a alguien responsable son propias de un sistema de reparación. Las normas de responsabilidad atienden a un concepto de mandato, esto es a las condiciones y exigencias a la agencia, en ese sentido, son normas de conducta que permiten atribuir cierto resultado al individuo. Y cuentan como elementos internos los siguientes: 1) *normas de conducta*; 2) *reglas de responsabilidad* y, 3) *reglas sobre los juicios de responsabilidad*²⁴⁸.

²⁴⁷ (De larragaña Monjaraz, 2015, p. 1460)

²⁴⁸ (De larragaña Monjaraz, 2015, p. 1460)

De esa forma, la estructura interna del sistema de reparaciones en la justicia transicional colombiana es una expresión de las justificaciones externas, como parte de un plan para alcanzar la paz, y un mecanismo para distribuir deberes y derechos de indemnidad. En ese orden de ideas, las perplejidades se transforman en características de la reparación en transición que serán verificadas por el juez, al momento de evaluar las decisiones del Estado en dicho espacio transicional.

De tal suerte, *las normas de conducta* representan el deber evaluado por el sistema de responsabilidad. Debido a que las normas del postconflicto tienen un efecto limitado en el tiempo (art. 3 de la ley 1448 de 2011 y art. 5. del AL. 1 de 2017) y en el espacio territorial, es necesario determinar a quienes se les aplicaran estas reglas, esto es *limitar* la indemnización, al identificar la *identidad* de los sujetos obligados y beneficiarios de esta. Para ello, el primer requisito es que la conducta se halla realizado con ocasión al conflicto, lo que permitirá acceder al sistema y ser posteriormente sujeto del mismo²⁴⁹. Así las cosas, la distribución de derechos y deberes de indemnidad se hace con base en criterios excepcionales que diferencian este del sistema ordinario.

Sumado a ello, los Acuerdos de la Habana y sus normas reguladoras establecen normas sobre la agencia, que se aplican de forma directa a los combatientes²⁵⁰ y agentes del Estado militares²⁵¹ en virtud del régimen de DIDH y DIH, cuando estos hubieren cometido

²⁴⁹ En los acuerdos de La Habana se indica que el sistema se aplica *a delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*, esto implica: 1) La existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión; 2) haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible; 3) en su decisión de cometerla; 4) en la manera en que fue cometida; y 5) en el objetivo para el cual se cometió (Gobierno de la República de Colombia Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, 2016, p. 143 y ss); siempre que el sujeto aporte verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición, pues quien de manera dolosa entregue información falsa, o incumpla cualquiera de las condiciones del Sistema, perderá el tratamiento especial de justicia.

²⁵⁰ El artículo 5 del AL. 1 de 2017 precisa que los combatientes que son sujetos de esta jurisdicción son aquellos que además de lo anterior: 1. Suscriban el tratado. 2. Se encuentren en los listados entregados por las FARC-EP de buena fe. 3. Se encuentren en sentencias dictadas contra miembros de las FARC-EP antes del 1 de diciembre de 2016. 4. El incumplimiento de las obligaciones asignadas por el sistema, como la comisión de un delito, rompen las condiciones para seguir siendo tratado por la JEP. 5. Delitos de ejecución permanente que continúen siendo ejecutados después del 1 de diciembre de 2016. 6. Se excluyen no combatientes, agentes del Estado, y financiadores, siempre que por parte de aquellos se hayan realizado actos de ejecución después de la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo.

²⁵¹ Tipología se regula en el art. 17, define Agentes del Estado y precisa que toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como Miembro de las Corporaciones Públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus Entidades Descentralizadas Territorialmente y por Servicios, es considerado agente del Estado; sin embargo, la sentencia C-674 de 2017 indica que estos no le es

delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, mientras que regula de forma indirecta la agencia de particulares y otros agentes del Estado²⁵² distintos a la fuerza pública, no en virtud de normas expresas de conducta que les son directamente aplicables, sino cuando participaron desde su posición social o rol jurídico.

Pese a lo anterior, si la conducta se cometió con ánimo de enriquecimiento personal indebido no se podrá asumir por el SIVJRN, a menos que no sea el determinante de la conducta delictiva. Por ejemplo, si en el caso de la familia, la venta de las maquinas, o la tortura del padre, se ejecutó con el ánimo de quedarse con la tierra productiva. Caso en el cual, la acción de responsabilidad extracontractual deberá dirigirse directamente en contra de los responsables.

La Jurisdicción Especial de Paz ha expedido decisiones que guían la interpretación de los requisitos para que, un miembro de la fuerza pública privado de la libertad sea juzgado en virtud de las normas referenciadas, pero en el espacio de la justicia transicional²⁵³. También lo ha hecho para aclarar la competencia de la JEP frente a terceros civiles, y Agente del Estado No integrantes de la Fuerza Pública (AENIFPU) cuando hay dudas sobre si los actos se dirigieron a obtener un mero beneficio personal o si tuvieron relación estrecha con el conflicto armado colombiano. Para este último caso, debe encontrar probado un vínculo *cercano y suficiente o una conexión bajo el criterio de relación indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto armado no internacional*. De igual forma, se indicó para utilizar el ánimo de enriquecimiento ilícito como una causal de exclusión de competencia de

aplicable el régimen *per se*, a menos que hagan parte de la fuerza pública –que de conformidad con el artículo 217 de la Constitución Política de Colombia, son las fuerzas militares y la Policía Nacional-, pues dichos agentes, se encuentran sometidos al mismo régimen de los terceros civiles.

²⁵² los terceros, están regulado en el artículo transitorio 16° del AL. 1 de 2017, siempre que hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto y cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición. La sentencia (C-674, 2017) elimina los incisos 2 y 3 que creaban situaciones en las cuales el acceso al sistema era forzoso pues esto anula la garantía del juez natural y el principio de legalidad, dado que el acuerdo se suscribió entre el gobierno y las FARC-EP, de manera que la elección de una jurisdicción distinta sólo se da en virtud del principio de favorabilidad.

²⁵³ Entre las que se puede revisar se encuentran: Resolución 001577 de 8 de octubre de 2018, Rad. 20181510034882 en el asunto de Alfonso Otto Quiñonez Arboleda. Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Auto TP-SA 001 de 2018, radicado 20-000097-2018 de 30 de abril de 2018; Auto TP-SA 002 de 2018, radicado 20181510072642 de 30 de abril de 2018; Auto TP-SA 004 de 2018, radicado 40-0000103-2018 de 7 de mayo de 2018; Auto TP-SA 005 de 2018, radicado 40-000112-2018 de 8 de mayo de 2018. De estas se deriva que es obligatorio que aquellos sean miembros de la fuerza pública, que se hallen preventivamente privados de la libertad y que dicha privación tenga su origen en la comisión de un delito cometido en el marco del conflicto armado colombiano.

la JEP respecto de AENIFPU, es necesario establecer que dicho ánimo de enriquecimiento fue la causa determinante de la presunta conducta delictiva (Auto TP-SA 19 de 21 de agosto de 2018²⁵⁴).

En esa medida, una vez se ha determinado quiénes, en qué situaciones, y bajo que reglas de acción serán juzgados los actos de los agentes dañadores, sigue establecer la conexión entre el sujeto y el acto prohibido por el sistema. Cuestión que se entiende desde la justicia distributiva, pero también implica análisis de justicia correctiva.

En la estructura interna el primer requisito para juzgar si la norma de conducta fue incumplida *es la capacidad del agente* para ello. Determinar en qué medida el evento fáctico o el acto normativo que causó el daño pudo provenir del mismo. Lo cual representa identificar si quien causó el daño pertenecía, al momento, a uno de los grupos humanos sobre los cuales se distribuyeron estas garantías de indemnidad y en esa medida tenía una *competencia* que le permitiera causar dicho daño.

De esa forma, la pertenencia al grupo armado está regulada entre otras normas por el artículo 17 de la L. 1820 de 2016, que ofrece dos criterios: Uno, la decisión judicial que reconozca expresamente dicha pertenencia o la comisión de un delito, que puede ser o no político, pero que cumpla las exigencias de conexidad; otro, la aceptación expresa del grupo armado, manifestada en las listas entregadas de buena fe al gobierno.

De otro lado, para ingresar dentro de la categoría miembro de la fuerza pública son necesarias las nociones de función pública restringida y estructura dinámica del Estado. Si se cumplen los dos requisitos, sumado al hecho de que la estructura y la función que el sujeto cumpa sea parte de la fuerza pública, le es aplicable este régimen.

Ahora bien, la categoría “otro” al ser potestativa del sujeto que quiere hacerse parte de la jurisdicción es genérica. Basta con que el sujeto no ingrese dentro de las anteriores y con su voluntad, sumado a demostrar que su acto ilícito ocurrió con ocasión del conflicto, hace viable que ingrese. Empero, para determinar el tipo de actos por los cuales ingresaría es preciso fijar si es AENIFPU o un tercero civil.

²⁵⁴ Se profirió en el asunto de David Char Navas. Jurisdicción Especial para la Paz, Sección de Apelación.

Después de este análisis, sigue establecer qué tipo de actos pudo ejecutar el agente. Así las cosas, el sistema de justicia transicional usa una serie de criterios para conectar el rol del agente con actos que le era posible ejecutar; los cuales están manifestados en los Acuerdos de la Habana para los agentes en el numeral 44 y para los miembros de las FARC-EP en el numeral 59, así como en el A. L. 1 de 2017²⁵⁵.

Estas normas llevan a valorar lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública con relación al DIDH, DIH, DPI. Análisis que debe fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Mientras que para otros actores que hayan participado en el conflicto, como no combatientes, cuando hayan cometido delitos, los criterios pueden ser diferentes pero equilibrados y equitativos.

De otra parte, es claro que el hecho de que el agente tenga una competencia y dentro de estas se encuentren una serie de acciones que pudo ejecutar normativa o fácticamente, no dice nada sobre la efectiva relación del sujeto con la acción prohibida por el sistema -esto es el daño cometido a la víctima-. Es justamente este punto, que sólo se puede concretar caso a caso, que la justicia correctiva encuentra su ámbito específico de aplicación.

El daño ocasionado con la ruptura de las normas de comportamiento establecidas en el Código Penal colombiano y/o en las normas de DIDH, DIH o DPI, son la conducta objeto del sistema de responsabilidad. Estos comportamientos ilícitos se categorizan en delitos amnistiables o susceptibles de indulto y no amnistiables, de conformidad con el Parágrafo

²⁵⁵ Estos principios fueron enaltecidos normativamente por el Estado por medio de la mencionada norma. Donde se indica en el Art. 22. Que la valoración de la conducta, además de las normas vigentes e internaciones aplicables al caso, “también se tendrán en cuenta las reglas operacionales vigentes al momento de la comisión del hecho, siempre que no sean contrarias a la normatividad legal”; y en el artículo 24, se indica que la responsabilidad del mando se vincula al rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción; en el control efectivo de la respectiva conducta, esto es: a) el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta; b) los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan; y c) las situaciones donde este mando se encuentra establecido, es decir, i) el área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando; ii) las actividades bajo su responsabilidad; iii) la capacidad legal y material de emitir órdenes, de I modificarlas o de hacerlas cumplir; iv) la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles; v) capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles..

art. 23, de la L. 1820 de 2016, estos últimos son graves violaciones al DIDH, DIH o DPI, a los cuales se les aplicarán las sanciones propias del sistema; y aquellos que no tienen relación con el conflicto armado no internacional o fueron cometidos con un motivo determinante de enriquecimiento personal.

Parte de las anteriores normas se evaluaron en la sentencia C-007, 2018, donde se determinó que cualquier comportamiento que rompa con dichas reglas de conducta genera en el Estado la obligación de investigar, juzgar y condenar al responsable en los términos del mismo sistema de transición, así como reparar los daños cometidos. Pues en principio las normas relevantes habían creado una distinción al exigir que dichos comportamientos fueran “graves crímenes de guerra”, cometidos de manera “sistemática”, contenido declarado inexecutable por apartarse de conceptos decantados en el DIH, DIDH y el DPI.

De esa forma, *la imputación de esta serie de conductas prohibidas por el sistema*, y particularmente, la atribución de la obligación de reparar el daño resultante en el patrimonio de la víctima, nace cuando se demuestra que, en efecto, dicha conducta se encontraba dentro del rango de acción que la competencia individual le permitía ejecutar al sujeto juzgado; pero especialmente, cuando a dicho análisis se agrega que era dable esperar que dentro de los posibles efectos ilícitos que su actuar iba a generar estaba el daño reclamado.

Al respecto, en el sistema no se observa ninguna norma que obligue a aplicar una teoría casual por encima de otra, de manera que se entiende que el sistema preferirá aplicar aquella que generalmente es utilizada en la jurisdicción ordinaria²⁵⁶.

Una vez establecido el responsable o causante, es claro que el sistema, por la modificación de la justificación de la justicia correctiva y distributiva, no exige que el *agente del ilícito sea quien indemnice a la víctima* (la característica de la identidad) pues este solo tiene el deber de coadyuvar al Estado en dicho proceso, con el patrimonio con el que cuente, en la entrega de garantías de no repetición, o con el componente reparador de la pena. Y, en virtud del mismo argumento, *el tipo de reparación* mixtura aquellos mecanismos individuales y materiales, con los colectivos y simbólicos; dándole prevalencia a estos últimos (las características de la mixtura y el modo de las reparaciones).

²⁵⁶ Sobre las distintas teorías que un intérprete puede usar para establecer la conexión entre un estado de cosas regulado en una norma y el actuar de un sujeto de derecho puede revisarse el apartado 1.1. de la tesis.

Finalmente, al tener en cuenta el objetivo de la tesis, que es el estudio sustantivo de las reparaciones en la JEP, se sale de este cause el estudio específico de *las reglas del juicio de responsabilidad* contenidas en la ley estatutaria de la JEP y en la ley 1922 de 2018.

3.2. La garantía de la reparación a la luz del Acuerdo de Paz de La Habana. La situación del servidor público y del tercero al Estado

Con base en la descripción dogmática que se ha realizado, es viable afirmar que el sistema de justicia transicional se adecúa en gran parte a la propuesta normativa que se hizo en el capítulo segundo, y en esa medida la perplejidad de la identidad del sujeto que repara y que es reparado, se transforma en una característica.

Así mismo, la aparente desarticulación entre la ley 1448 de 2011 y el SIVJRNR se supera al comprender que la competencia del juez administrativo para revisar las reparaciones con enfoque transformador existe para garantizar que la víctima ha superado las condiciones que facilitaron la ocurrencia de los hechos, y no para transformar el enfoque de las medidas en uno restitutivo, imposible de ser ejecutado por la sociedad.

Afirmación que no solo se sustenta en la comprensión dogmática que se ha hecho hasta este momento, sino también en la forma como el sistema de reparaciones transicionales en Colombia justifica la garantía del deber de reparar.

3.2.1. Comprensión y justificación del trato diferenciado para agentes del Estado en periodos transicionales

La institución de la garantía de la reparación o la transferencia en escenarios transicionales, en materia de agentes del Estado, especialmente de agentes de la fuerza pública, se observa en el tratamiento diferenciado. De conformidad con lo enunciado en la L. 1820 de 2016 en el artículo 45, se establece a su favor la renuncia a la persecución penal, y en su artículo 48, numeral 5, en consonancia con el artículo 26 del A.L. 1 de 2017 la exoneración de la responsabilidad fiscal y de la acción de repetición junto al llamamiento en garantía.

Sumado a lo anterior, las sanciones propias del sistema que se pueden asignar a los agentes que cometieron graves delitos en contra del DIDH, DIH y DPI, contenidas en la LE de la JEP, en los artículos 134, 136 y 143, que se caracterizan por perseguir reparar o restaurar

los derechos de las víctimas del conflicto armado interno, sin que en ningún momento el agente condenado sea el principal obligado a la reparación.

En esa medida, ni los tratamientos penales diferenciados o las sanciones propias del sistema imponen en el agente del Estado una obligación principal de reparar, sino que estas se desdoblán en una coadyuvancia en la reparación, que es distinta. Lo que se denominó perplejidad de la identidad en la introducción.

Dicha descripción normativa con base en los razonamientos que se han expresado en la investigación deja de percibirse como oscura y contraintuitiva. En efecto, en escenarios transicionales, el daño debe ser garantizado por el Estado, como un deber *prima facie*, fundamentado en el aseguramiento de la confianza social en el sistema y una distribución más robusta de los derechos y deberes de indemnidad. Características que imponen a la responsabilidad extracontractual la justicia distributiva y correctiva en escenarios de transición.

En esa medida, aun cuando el funcionario haya causado un daño con dolo o culpa grave, el Estado se hace responsable para garantizar que las víctimas puedan ser reparadas, y no procede a ejercer la acción de repetición debido a la disminución en las exigencias de la justicia correctiva con la finalidad de lograr la transformación del grupo y la relegitimación del ordenamiento normativo, que se consigue con la entrega de verdad y las garantías de no repetición. Esto no impide que se siga comunicando a la sociedad quién es el causante real del evento daño, y precisamente por ello, las sanciones propias del sistema tienen un componente reparador²⁵⁷.

En esa medida, se hace una distribución más fuerte de seguridad para los miembros de la sociedad, que garantiza en mayor medida los deberes de indemnidad para superar las condiciones de la violencia; aquí la justicia correctiva sigue importando, pues el hecho de que el Estado sea el principal obligado permite jugar un rol en la definición de las obligaciones y los sujetos implicados en la reparación, así como en la generación de confianza social.

²⁵⁷ En la sentencia (C-007, 2018) se hizo un estudio sistemático de la ley 1820 de 2016. Abordando la garantía del Estado de la obligación de reparación cuando se aplica un tratamiento penal diferenciado para agentes del Estado (art. 35 y 50), encontrando que el mismo es constitucional en virtud del régimen de condicionalidades junto a la integralidad del SIVJRNR.

3.2.2. Comprensión y justificación de la reparación por el hecho de tercero en situaciones de transición

La reparación por el hecho de tercero en situaciones de transición puede ser descrita con las herramientas normativas propuestas en el capítulo segundo que explican lo que reclama de la responsabilidad extracontractual la justicia distributiva y correctiva en escenarios de transición. Esto se observa en dos casos: La primera, cuando se da un tratamiento favorable por medio de la amnistía o indulto, y la segunda, en las sanciones propias del sistema que son más favorables que las ordinarias.

Estos dos tipos de consecuencias jurídicas tienen en común que libran al responsable casual y jurídicamente de la reparación de un daño ocasionado con el incumplimiento de deberes de conducta jurídicamente esperados por las normas de DIDH, DIH y DPI; y responde, nuevamente, a las mismas consideraciones previamente expresadas, pero que se aplican con mayor fuerza en este caso.

La variación funcional de la justicia distributiva como medio para alcanzar la paz, concibe que la redistribución de recursos ayudará a revestir una comunidad fuertemente discriminada o afectada en el periodo de violencia.

Así mismo, se puede ratificar que el concepto normativo de justicia correctiva continua vigente, en virtud de argumentos externos al sistema de responsabilidad, como es la solidaridad y la garantía de la paz, que causa la cesión de la acción penal y la indemnización, buscando el final de la guerra; y aunado a ello, un efecto en la colectivización del monto total del daño o el obligado a indemnizar.

Puede reiterarse que la justicia correctiva desde su valor institucional sigue demandando consecuencias normativas en la responsabilidad extracontractual frente a los funcionarios públicos y frente a los miembros de un grupo armado. Precisamente por ello, se impone el deber de coadyuvar dicha reparación, entregando verdad y garantías de no repetición.

Estas dos aplicaciones de los fundamentos externos en el primer nivel de la responsabilidad extracontractual fueron estudiadas en el numeral 3.1.1., donde se describe que el sistema transicional establece la exoneración de responsabilidad patrimonial con la condición de que sea asumida por el Estado. Ello también se refleja en los artículos 144, 145

y 146, que regulan las sanciones propias del sistema para aquellos que reconocen de forma integral la verdad en la primera etapa del sistema; previamente al fallo de primera instancia; o a quienes no lo hagan. En los tres casos, las sanciones propias del sistema tienen un contenido restaurativo y reparador, así como restricciones de libertades y derechos, que sean necesarias para su ejecución. Durante el proceso podrá definirse que se efectúen durante un periodo preestablecido o bien atendiendo a resultados, y para ello los obligados presentarán un proyecto detallado, individual o colectivo, de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas, que sea consultado con los representantes de las víctimas y será aprobado por el Tribunal de la JEP y será compatibles con las políticas públicas del Estado que sigue siendo el principal obligado a la reparación.

CONCLUSIONES

Con ayuda de los argumentos que se han expresado, se pueden obtener las siguientes conclusiones:

1. La normatividad que regula en Colombia las reparaciones en la justicia transicional es desarticulada y compleja. Es desarticulada porque la ley 1448 de 2011 diseñada con un enfoque de reparaciones transformadoras, fue proferida en un momento ordinario, mientras el SIVJRNR que comparte tal enfoque, es expedido en un momento transicional. Esto se ve reflejado en la aparente contradicción entre los distintos instrumentos que reconocen ambos sistemas normativos, específicamente, en la posibilidad de demandar judicialmente al Estado, pese a los demás instrumentos de reparaciones con políticas públicas y reparaciones administrativas. Así mismo, es compleja porque sus características difieren en gran medida a lo que los practicantes conocen como Derecho de daños, dejándolos incluso perplejos. Al estudiar casos específicos de responsabilidad en transición frente a servidores públicos –que han contrariado sus deberes de conducta- y terceros excombatientes, cuestiones como los distintos fines que intenta cumplir; la inescindible relación entre mecanismos políticos y judiciales, con fines punitivos y reparadores; la limitación al daño; la transformación en las medidas de reparación; y, el cambio de identidad en el sujeto llamado a indemnizar o a ser reparado parecen oponerse a las bases fundamentales -las intuiciones- que hacen inteligible conceptualmente eso que se llama la responsabilidad civil extracontractual.

2. La investigación indagó por distintas teorías del Derecho de daños para evidenciar si en efecto perdía su poder explicativo frente a las reparaciones en espacios transicionales. Al respecto, la primera parte por medio de una indagación documental arrojó *tres* tesis que integradas dan una descripción plausible de la práctica del Derecho, la cual es sensible al contexto de adjudicación y a los objetivos que persigue la sociedad en distintos contextos con esta área del Derecho. De tal forma, se determinó que una buena teoría de la responsabilidad es capaz de articular las justificaciones generales con las características específicas del sistema de responsabilidad extracontractual.

Se encontró que la aproximación sistémica al Derecho de daños de De Larragaña Montaraz cumplía dicha exigencia por ser apenas una estructura argumentativa para explicar conceptualmente la responsabilidad en distintos escenarios. Esta se compone de una *descripción interna* y otra *externa*. La *descripción interna* de la institución -cómo funciona y cuáles son los elementos esenciales- se fundamenta en la *descripción externa* - la justificación del sistema de responsabilidad y su conexión con el concepto de Derecho-.

A su vez, se halló que el sistema de responsabilidad extracontractual se puede justificar como una herramienta para distribuir derechos y deberes de indemnidad. Esta teoría propuesta por Papayannis le da roles significativos tanto a la *justicia distributiva* que dota al sujeto de un mayor o menor grado de libertad y seguridad, como a la *justicia correctiva*, a la luz del concepto de igual valor de los miembros de un sistema que permite definir el alcance de estos deberes en casos especiales. La particularidad de esta teoría es que logra explicar más fenómenos y características que las usuales. Sobre la injusticia entre las partes, afirma que su rol social es generar confianza al atribuir a los sujetos las consecuencias esperables de sus acciones. En efecto, en las relaciones ocasionales, quien actúa de forma prudente y respetuosa para evitar los daños, o los repara una vez los causa, muestra un profundo respeto por el otro, permitiendo la construcción de confianza y la coordinación social. Ello se puede lograr sin necesidad de forzar que el causante indemnice.

Por otra parte, la *descripción externa* del Derecho, que mejor se articula a los anteriores conceptos es defendida por Shapiro. En su concepto de Derecho como un plan, que

permite una descripción de sistemas de normas estructuradas con un propósito, aún en contra de visiones de aquello que permite un reproche por parte de las autoridades.

3. Con base en los anteriores razonamientos se hizo una descripción genérica de la responsabilidad extracontractual y se concluyó que el concepto de *justicia correctiva* permite que la imputación se haga por medio de nexos fácticos y jurídicos, construidos a partir de razonamientos contra fácticos, esto es, la idea de causa adecuada. Y, se encontró, también que la conexión aereatica entre el evento daño y su causa, no implica de forma necesaria una relación entre el victimario y quien debe reparar. Cuando se analizó este último punto se evidenció que la transferencia de la reparación sucede cuando el ordenamiento jurídico le entrega a los dañados la posibilidad de demandar, en ciertos casos, al coordinador del actuar del sujeto victimario. En estos casos, el denominado *garante*, cumple un rol desde la justicia correctiva, pues si bien el sujeto que indemniza no es quien causa el daño, genera confianza social al permitir al agente dañado su compensación por el daño injusto. En ese orden de ideas, la traslación del deber de reparar es sólo aparente, pues para el ordenamiento jurídico ello no sucede.

4. Al estudiar los casos específicos de responsabilidad en escenarios ordinarios se encontró una prohibición de trasladar el deber de reparar cuando no hay posibilidades de construir una relación, pero esto también indica que en algunos casos es permitido.

Por ejemplo, frente al agente del Estado que ha causado un daño doloso o culposamente grave, se justifica el traslado de forma no permanente, pues se asume que el funcionario actuará dentro del marco de sus competencias, y si, en dicho ejercicio causa un daño, es esperable que la entidad responda por la seguridad y libertad de sus asociados. Pero atribuir responsabilidad a la institución en virtud de acciones ajenas a la función atribuida haría altamente riesgosa e incontrolable la conducta de agente, precisamente por ello el Estado puede repetir en su contra.

De la misma forma, se concluyó que frente a los actos terroristas de terceros no hay justificaciones contra fácticas que demuestren una conexión causal y atributiva a una autoridad de estos eventos, tan solo se realiza un análisis desde la justicia distributiva, que deja de lado la generación de confianza, pero se logra explicar desde los objetivos del plan social.

5. También se pudo concluir que las características internas del sistema de responsabilidad están conectadas a ambas aristas de la descripción externa. Los objetivos del sistema de Derecho varían los significados de la justicia distributiva y correctiva, y sus características específicas. Precisamente, por ello las consecuencias normativas que estas justificaciones traen consigo cambian en los escenarios transicionales debido a su contexto de adjudicación.
6. Cuando en la segunda parte se estudiaron los objetivos de un sistema de Derecho en situaciones transicionales la teoría de Shapiro permitió explicar la doble naturaleza de las transiciones, que se ven afectadas por las condiciones del poder -su aspecto *realista*- y el límite jurídico que se encuentra en el Derecho Internacional Público – lo cual es su aspecto *ideal*-. Se encontró que la modificación del Derecho de daños, por parte de la sociedad, con miras a establecer un sistema de Derecho que permita solucionar las condiciones de la guerra no elimina de sus elementos conceptuales (ni la justicia distributiva, ni correctiva) sino que les utiliza para que en el nuevo contexto de la transición la institucionalidad gane legitimidad. Frente a la distribución de derechos y deberes de indemnidad se encontró que en transición debe responder a un dilema entre retrospección y prospección. No es viable una defensa autónoma del *estatus quo*, sino que es imperativa una transformación de las circunstancias de las víctimas. Dicho concepto impacta en la *justicia correctiva*, pues en situaciones de transición la relación que se construye atiende a algo más que la conexión causal y normativa entre el actuar del sujeto víctima y victimario. En ese orden de ideas, si la justicia entre las partes persigue la creación de confianza social las compensaciones preferiblemente deben venir del individuo causante, pero la reparación que proviene del Estado permite legitimar el ordenamiento jurídico y generar confianza en un entramado institucional que lo ha perdido.
7. A la luz de estas consideraciones las perplejidades se transforman en características del sistema. Frente a los daños cometidos por funcionarios públicos con dolo o culpa grave la ausencia de una acción de repetición o llamamiento en garantía se entiende a la luz de una perspectiva distributiva, a cambio de entregar verdad -información sobre los responsables, o la guerra que se vivió- y garantías de no repetición se puede conceder un trato más favorable, y el Estado garantiza la reparación de las víctimas. Sin perjuicio de

que por medio de los procesos de responsabilidad permeados por la justicia correctiva se siga comunicando a la sociedad quién es el responsable por la ruptura del mandato delegado, asignando algún tipo de obligación restaurativa.

Así mismo, la finalización de la guerra implica las cesiones mutuas, tanto en la acción penal, como la civil. Pese a ello, los derechos de indemnidad de las víctimas reclaman una consecuencia por su transgresión, y así mismo, la justicia correctiva, la legitimación del ordenamiento jurídico. En esa medida, la transferencia del deber de indemnizar sólo adquiere legitimidad jurídica si existe una forma para asegurar el dejar la guerra atrás, y comunicar socialmente quién es el responsable de los daños causados.

8. Al aplicar *el nivel externo* del análisis, en su segundo nivel de justificación, al SIVJRNR se concluyó que la transición colombiana en mayor medida presenta una divergencia entre realismo e idealismo. Una nueva visión de Estado para superar las condiciones de la guerra y un deseo de permanencia por el que está vigente. Lo cual explica la relación entre el sistema de protección de Derechos Humanos en situaciones ordinarias y de justicia transicional.

En *el primer nivel del análisis externo*, relacionado con la *justicia distributiva* permitió concluir que, si bien el daño antijurídico y la imputación al responsable siguen contando en el SIVJRNR, el primero no se repara tradicionalmente, sino que por medio de una mixtura de mecanismos se cambia la identidad del beneficiario de la reparación, así como quien está obligado a la misma. Dentro de los mecanismos de reparación se obtuvo que las víctimas pueden usar todo tipo de medidas para garantizar la reparación integral, dentro de las cuales se incluyen las vías administrativas, judiciales y en políticas públicas que consagra la ley 1448 de 2011. Empero, la mixtura entre justicia reparadora y punitiva permite límites a las reparaciones, que van de la mano con la elección de un criterio temporal para delimitar el grupo de víctimas, y la articulación entre distintos modos de reparación de la entidad del daño, para transformar la condición de dicho grupo. Todo ello se debe percibir como un todo con coherencia externa e interna.

Respecto la justicia correctiva se observó que en el SIVJRNR el Estado garantiza la reparación de las víctimas como una forma para legitimarse. Por otro, que la sociedad, a través de sus colectivos, vuelve a confiar en el Estado y en los miembros de esta sociedad,

pero que el victimario sigue coadyuvando a través de otros medios de reparación como el apoyo a los programas de reparación y las garantías de no repetición.

9. En el *nivel interno* del análisis de la responsabilidad se identificó como se desarrollan estas reglas. Especialmente se explica qué debe revisar el Juez administrativo en caso de que las víctimas consideren que las reparaciones reconocidas en el espacio transicional no han satisfecho sus expectativas. En la tesis se describe como el sistema de responsabilidad se fundamenta en *normas de conducta* y *reglas de responsabilidad* que le permite diferenciar cuando el daño antijurídico fue cometido en el marco de la guerra (regulado por el SIVJRNR), y, por tanto, puede ser garantizado por el Estado, o es cometido ordinariamente (normado por el sistema ordinario) y debe ser reparado por el verdadero causante.

El ser humano se queda perplejo frente a las cuestiones que no comprende. Es la sensación de un niño que conoce el mar; la que tuvo el ser humano al notar los comportamientos de las partículas cuánticas. Pero estos fenómenos no son inexplicables, no presentan aporías de imposible solución. En última instancia la tesis que acaba de abordar el lector alega lo mismo de las reparaciones en la justicia transicional. Con base en estas consideraciones, el régimen de los Acuerdos de la Habana conceptual y normativamente admite una lectura que le justifica bajo los mismos elementos que dan forma al Derecho de daños. Así, a la perplejidad le sigue el conocimiento, pues después de las tinieblas se espera la luz.

BIBLIOGRAFÍA

- Acciarri, H. a., 2013. El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general. En: *La filosofía de la responsabilidad civil.* . Bogotá: Externado, pp. 421-451.
- Arai-Ta kahashi, Y. ., ., 2., 2002. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR.* s.l.:Intersentia.
- Arias O., G. I., 2008. *Una mirada atrás: procesos de paz y dispositivos de negociación del gobierno colombiano,* Bogotá: s.n.
- Asamblea Nacional Constituyente, 1991. *Constitución Política de Colombia.* Bogotá: G.C. No. 116.
- Berlin, I., 1969. *Four essays on liberty.* Oxford: Oxford University Press.
- Bernal Pulido, C., 2012. ¿Es el derecho de daños una práctica de justicia correctiva?. *Diritto e questioni pubbliche,* pp. 137-159.
- Bernal Pulido, C., 2014. Transitional justice within the framework of a permanent constitution: the case study of the legal framework for peace in colombia. *Cambridge Journal of International and Comparative Law,* pp. 1136-1163.
- Bernal Pulido, C., 2018. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho..* Bogotá: Externado.
- Bernal Pulido, C. & Viana Cleves, M. J., 2015. La responsabilidad extracontractual del Estado por daños que le sean imputables con ocasión a los acuerdos de paz. En: j. c. Henao, A. F. Ospina Garzón & R. B. Gúzman, edits. *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿Qué?, ¿Por qué?, ¿Hasta dónde?.* Bogotá: Externado, pp. 739-774.
- Bernal, C., 2018. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica.* Bogotá: Externado.
- Bolívar Jaime, A. P., 2009. Mecanismo de reparación en perspectiva comparada. En: *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión.* Bogotá: ICTJ, pp. 75-144.

Call, C. T., 2004. Is Transitional Justice Really Just. *Brown Journal of World Affairs*, pp. 101-113.

Canales, D., 2013. Looking for the Nature of Law: On Shapiro's Challenge. En: *The Planning Theory of Law: A Critical Reading*. New York: Springer, pp. 1-26.

Celano, B., 2009. *Derecho, justicia, razones : ensayos 2000-2007*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Celano, B., 2013. What Can Plans Do for Legal Theory?. En: *The Planning Theory of Law*. New York: Springer, pp. 129-152.

Coleman, J. L., 1992. The mixed conception of corrective justice. *Iowa Law Review*, Volumen 77, pp. 427-444.

Comisión de Derechos Humanos, 2000. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales al 56 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos*, s.l.: Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004. *OEA/Ser.L/V/II.120. Doc. 60*. [En línea]

Available at: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/indice.htm>

Conaghan, J., 2017. Tort law and feminist critique. *Current Legal Problems*, Volumen 70, pp. 175-209.

Cortés, E., 2009. *Responsabilidad civil y daños a la persona: el daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para america latina?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

De Greiff, P., 2006. Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta. *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(20), p. 187y188.

De Iarragaña Monjaraz, P., 2015. La responsabilidad en el derecho una aproximación sistémica. En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho: Volumen dos*,. México D.F.: UNAM, pp. 1455-1478.

Dejusticia, 2019. *Intervención ciudadana del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia – dentro de la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 208 de la Ley 1448 de 2011*. [En línea].

Del Toro Huerta, M. I., 2007. El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. Mexico D.F.: UNAM, pp. 23-61.

Elster, J., 1992. On doing what one caan. an argument against post-communist restitution and retribution. *East European constitutional review*, 1(2), pp. 15-.

Gaibbard, A., 2003. *Thinking How to Live*. Cambridge, Mass: Harvard University.

Garcia Amado, J. A., 2013. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En: *La filosofía de la responsabilidad civil: Estudios sobre los fundamentos filosóficos-jurídicos de la responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 255-279.

Gardner, J., 2011. "what is Tort Law for?" Par 1. "The place of corretive justice". *Law and Philosophy*, Issue 30, pp. 1-50.

Gil Botero, E., 2013. *Responsabilidad extracontractual del Estado*.. Sexta ed. Bogotá: Temis S.A. .

GMH, 2013. *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional.

González, D., Robayo, W., Bautista, N. & Silva, N., 2017. *Serie 77 Documentos de trabajo. Departamento de derecho constitucional. Consideraciones sobre las implicaciones del acto legislativo 1 de 2016 en la implementación del acuerdo final para la construcción de una paz estable y duradera*. [En línea]

Available at: <https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2017/07/DOC-DE-TRABAJO-77.pdf>

[Último acceso: 2 febrero 2020].

H.L.A., H., 1994. *The concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Hart, H. L. A., 1968. *Punishment and responsibility*. Oxford: Oxford University Press.

- Hart, H. L. A. & Honoré, A., 1959. *Causation in the law*. Oxford: Clarendon Press.
- Henao, J. C., 2015. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En: J. C. Henao & A. F. Ospina Garzón, eds. *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿Qué? ¿Por qué? ¿Hasta dónde?*. Bogotá: Externado, pp. 31-118.
- Honoré, A., 2013. La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas . En: *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Externado, pp. 121-154.
- Honoré, A., 2014. La justicia correctiva y la responsabilidad legal por el aumento de riesgos. En: *Teoría de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Siglo del Hombre editores, pp. 243-286.
- Honoré, T., 2015. La causalidad en el Derecho. En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*. Mexico DF: UNAM, pp. 1479-1499.
- Ibañez Najjar, J. E., 2006. *Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas..* Bogotá: Instituto de investigaciones sociojurídicas para el desarrollo sostenible - justicia y desarrollo sostenible- Ltda..
- Jackson, F., 1996. *From Metaphysics to Ethics: The Role of Conceptual Analysis..* Oxford: Oxford University Press.
- Kalmanovitz, P., 2009. Justicia correctiva vs. justicia social en casos de conflicto armado. *Estudios Socio-Jurídicos*, 12(2), pp. 59-85.
- Kant, I., 1989. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Koteich, M., 2003. Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación. En: *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa (vol. II)*. Bogotá: Externado, pp. 175-192.
- Locke, J., 2010. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Tecnos.

Malamud-Goti, J. y. G. L. S., 2006. Reparations And Civil Litigation: Compensation For Human Rights Violations In Transitional Democracies. En: *The Handbook Of Reparations*. New York: Oxford University Press, p. 5.

M'Causland Sanchez, M. C., 2008. *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos..* Bogotá: Externado de Colombia.

M'causland Sanchez, M. C., 2013. Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En: *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Externado, pp. 513-588.

Mellema, G., 1987. On risk taking and moral responsibility. *Criminal Justice Ethics*, pp. 3-11.

Moreso, J. J., 2015. Ius positivismo contemporaneo. En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho: volumen 1..* México D.F: Universidad Autonoma de México, pp. 171-205.

Nash Rojas, C., 2004. *El sistema internacional de Derechos Humanos y la obligación de reparar dichos derechos Americanos (OEA) y la Sociedad Chilena de Derecho Internacional*. Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 81-101.

Papayannis, D. M., 2012. Probabilistic causation in efficiency-based liability judgments. *Legal Theory*, pp. 211-253.

Papayannis, D. M., 2013. Derechos y deberes de indemnidad. En: *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Externado, pp. 386-417.

Papayannis, D. M., 2013. Legality: Between Purposes and Functions. En: *The Planning Theory of Law*. New York: Springer, pp. 89-128.

Papayannis, D. M., 2014. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons.

Papayannis, D. M., 2016. *El Derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Externado.

- Peña Aponte, L. G., 2015. *La obligación de seguridad y su aplicación en la actividad médica en Colombia. Análisis jurisprudencial*. Bogotá: S.C.A.R.E..
- Poggi, F., 2013. The Possibility Puzzle and Legal Positivism. En: *The Planning Theory of Law*. New York: Springer, pp. 27-46.
- Polanía Tello, N., 2017. discusión sobre las relaciones entre daño y perjuicio. En: *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá: Legis, pp. 35-39.
- Pulido Ortiz, F. E. & Rivas Robledo, P., 2017. La rigidez constitucional como condición de validez en el Derecho Colombiano. En: *Acciones legislativas*. Bogotá: CAEL, pp. 85-101.
- Ripstein, A., 2015. Capítulo 49: Fuerza y libertad. La filosofía Kantiana del Derecho. En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen tres*. Mexico D.F.: UNAM, pp. 1736-1756.
- Rodriguez, J. L., 2012. Normas y razones: un dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, pp. 127-145.
- Rojas Quiñonez, S., 2017. Discusión sobre los diversos tipos de daño. En: *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá: legis, pp. 30-35.
- Rosenkrantz, C., 2013. Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual. En: *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Externa, pp. 337-381.
- Rosenkrantz, C. F., 1998. El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación. *Revista jurídica*, pp. 45-80.
- Schroeder, C., 2014. La justicia correctiva y la responsabilidad legal por el aumento de riesgos. En: *Teoría de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Siglo del Hombre editores, pp. 170-241.
- Sconda, M. V., 2017. La responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos ocasionados por sus hijos. En: *Estudios latinoamericanos de derecho romano*. Mexico D.F.: UNAM, pp. 467-506.
- Shapiro, S. J., 2014. *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.

Silving, H., 1966. *La zona gris entre el derecho positivo y el derecho natural*. Buenos Aires: EUDEBA.

Strawson, G., 1995. Libertarianism, action and self-determination. En: *Agents, causes and events: essays on indeterminism and free will*. Oxford: Oxford University Press, pp. 13-31.

Suárez, P., 2014. Mapa de la responsabilidad civil. En: *Teoría de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Siglo del Hombre, pp. 13-114.

Teitel, R. G., 2003. Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, pp. 69-94.

Teitel, R. G., 2017. *Justicia transicional*. Bogotá: Externado.

Themnér, L. & Wallensteen, P., 2014. Armed Conflicts, 1946–2013. *Journal of Peace Research*, p. 541.

United Nations. Security Council. , 2004. *The rule of law and transitional justice in conflict and*. [En línea]

Available at: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/the-rule-of-law-and-transitional-justice-in-conflict-and-post-conflict-societies-report-of-the-secretary-general/>

Uprimny, R. & Saffon, M. P., 2009. Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. En: C. Díaz, G. Nelson, C. Sánchez & R. Uprimny Yepes, edits. *Reparar en Colombia*. Bogotá: ICTJ, pp. 31-70.

Urban Walker, M., 2016. Transformative Reparations? A Critical Look at a Current Trend in Thinking about Gender-Just Reparations. *International Journal of Transitional Justice*, pp. 108-125.

Vela Orbegozo, B., 2012. *Lecciones de derecho internacional Tomo I*. Bogotá: Externado.

Waldron, J., 1995. Moments of Carelessness and Massive Loss. En: *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 387.

Weinrib, E., 1995. *The idea of private law*. Cambridge mass: Harvard University Press.

Weinrib, E. J., 2013. Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva. En: *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 327-334.

Williams, R., 2008. El derecho contemporáneo a la restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional. En: ICTJ, ed. *Reparaciones a las víctimas de la violencia política*. Bogotá: ICTJ.

Wright, W. R., 2001. *The NESS account of Natural Causation: a Response to Criticisms*": *Perspectives on Causation*. Oxford: Hart Publishing.