

---

# LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO EN COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS Y FINES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

THE PREVENTION OF UNLAWFUL DAMAGE IN COLOMBIA AND ITS RELATIONSHIP WITH THE PRINCIPLES AND PURPOSES OF PUBLIC SERVICE.

Roberto Silva Fernández<sup>16</sup>

## Resumen

El Estado Social de Derecho ha traído como innovación, la ampliación de la responsabilidad del Estado, al constituirlo como garante de los derechos y en tal sentido surge la obligación de reparar a los administrados por los daños antijurídicos causados por acción u omisión. El propósito del artículo es realizar un análisis y reflexión sobre los fundamentos de la prevención del daño antijurídico y la estrecha relación que existe con la realización de los fines de la función pública administrativas en el sistema jurídico colombiano. Se trata de un ejercicio de análisis cualitativo, fundado en la consulta bibliográfica, normas, jurisprudencia y doctrina a lo que se añade el análisis inductivo deductivo, sistemático e integral. Se concluye que la prevención del daño antijurídico depende en gran medida de su integración como sistema, al cumplimiento de los fines de la función pública administrativa, mediante la formulación de planes precedidos por el diagnóstico y estudio de causas, para una gestión pública integral.

**Palabras clave:** Daño antijurídico; Responsabilidad estatal; Administración pública; Función pública; Prevención del daño.

## Abstract

The Social Rule of Law has brought as an innovation, the expansion of the responsibility of the State, by constituting it as guarantor of rights and in this sense the obligation arises to compensate those administered for illegal damages caused by action

---

16 Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y en Docencia Universitaria. Doctorando en la Universidad de Buenos Aires (UBA), en Derecho Público. Docente área de Derecho Público e investigaciones y docente investigador en *Unisangil*. Investigador grupo “Juris Terra”. Contacto: [rsilva@unisangil.edu.co](mailto:rsilva@unisangil.edu.co). [rsfsilvadocente@gmail.com](mailto:rsfsilvadocente@gmail.com) <https://scholar.google.com/citations?user=kkkbqiaaaaj&hl=es>—ORCID: [org/0000-0003-4520-0594](https://orcid.org/0000-0003-4520-0594)

or omission. The purpose of the article is to carry out an analysis and reflection on the foundations of the prevention of unlawful damage and the close relationship that exists with the achievement of the purposes of the administrative public function in the Colombian legal system. It is a qualitative analysis exercise, based on bibliographic consultation, standards, jurisprudence and doctrine to which inductive, deductive, systematic and comprehensive analysis is added. It is concluded that the prevention of unlawful damage depends largely on its integration as a system, to fulfill the purposes of the administrative public function, through the formulation of plans preceded by the diagnosis and study of causes, for comprehensive public management.

**Key Words:** Unlawful damage; State responsibility; Public administration; Public function; Damage prevention.

## Introducción

Como consecuencia de las actuaciones y omisiones dañosas generadas al interior de la administración pública, por parte de servidores y particulares que cumplen funciones públicas, se ha generado un alto caudal de demandas y posteriores condenas, que obligan a indemnizar a particulares afectados por dichas anomalías. En términos de estadísticas, se evidencia por parte de la Agencia jurídica de Defensa del Estado que, para el último trimestre de 2022, existían “casi 367.000 procesos contra el Estado con pretensiones por \$ 494 billones” (González, 2023, párr., 4), cuantiosa suma que, de concretarse se haría impagable, pues supera lo que el Estado recauda en varios años fiscales, lo que es a todas luces, preocupante. El estimativo anterior, da cuenta del nivel de litigiosidad que involucra al Estado por cuenta de su actividad.

De esa preocupación por subsanar desde la base las onerosas consecuencias, surgen las políticas y estrategias para prevención del daño antijurídico al interior de la Administración. Para tal fin, se han expedido normas como el Decreto-ley 4085 de 2011, que otorga funciones a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, especialmente en cuanto a las estrategias y procesos para la prevención de conductas dañosas y el daño antijurídico con los efectos nocivos para el erario público. En esa vía, la norma otorga la función de “coordinar la implementación de las políticas y estrategias para la prevención del daño antijurídico” (Decreto- Ley 4085 de 2011, Artículo, 6, lit, VII); así mismo, la función de “Proponer, implementar y hacer seguimiento a la política pública de prevención del daño, las conductas y los actos antijurídicos” (Decreto- Ley 4085 de 2011, Artículo, 18), como estrategias para reducir los riesgos. Lo anterior, se traduce en la obligación de elaborar manuales de buenas prácticas e instructivos para ejecutar las políticas de prevención del daño antijurídico. Algo muy importante es la suma de objetivos y acciones, que

debe ser integral para el logro de la, “prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores” (Decreto- Ley 4085 de 2011, Artículo, 2), ya que en gran parte son las causantes del daño y además, con los efectos nocivos que inevitablemente recaen en las entidades.

No obstante, la existencia de disposiciones normativas expedidas en desarrollo de las políticas encausadas hacia la prevención del daño, es necesario un estudio reflexivo y analítico sobre las políticas y estrategias formuladas y su intrínseca relación con los principios de la función pública, que son los que pueden resultar más vulnerados cuando ocurren fallas por su inobservancia. Aparte de los costos que el Estado asume, el asunto en cuestión que es más relevante como problema, no se ha cualificado de manera precisa, en términos analíticos, desde la óptica del nivel de afectación que esas conductas causan y que torpedean el cumplimiento de los principios de la función pública y administrativa, tan importantes para el cumplimiento de los fines del Estatales. El ejercicio se plantea en la línea de analizar y reflexionar sobre los fundamentos de la prevención del daño antijurídico y su relación con la realización de los fines de la función pública en el sistema jurídico colombiano.

El estudio implica un debate de gran actualidad, que involucra la regulación normativa, la doctrina y la jurisprudencia, así como un enfoque epistemológico de lo que constituye el daño antijurídico en la administración pública. Visto desde ese entorno, es el resultado de una investigación de carácter documental, bibliográfica, con un enfoque metodológico de tipo hermenéutico, analítico y cualitativo. Se enmarca en las discusiones actuales en torno al daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado, en cuanto funge como garante y es responsable de una administración eficiente, eficaz y con altos niveles de ética pública.

El tema puede significar la apertura a los debates académicos alrededor de un tema que es de gran actualidad. Y para la academia puede significar un reto para ahondar en el conocimiento y el análisis de situaciones que atañen al derecho, desde fenómenos determinantes como lo son el ejercicio de función pública, la efectividad y pertinencia de los principios que la rigen, así como las políticas de prevención del daño, que involucran el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

En un primer capítulo se realiza un breve rastreo a la forma en que se ha desarrollado el concepto de daño antijurídico, comenzando por la irresponsabilidad, hasta llegar a aceptar, en virtud del surgimiento del estado de derecho y estado social de derecho, el nuevo rol del ente estatal, como garante del ejercicio de los derechos y libertades de las personas. En un segundo capítulo, se trata de hacer una aproximación teórica, doctrina y conceptual al universo de la responsabilidad vista desde sus elementos y el daño antijurídico en la administración pública. En un segmento posterior, se expone someramente el panorama regulatorio alrededor del daño y los regímenes de responsabilidad, haciendo énfasis en la configuración de la cláusula

general de responsabilidad como fundamento de esta. En el siguiente capítulo se da un breve abordaje a los aportes de la jurisprudencia en torno a la responsabilidad y sus elementos y en particular a la configuración del daño. Se sigue, exponiendo las implicaciones de la responsabilidad así vista y el rol que debe jugar la prevención encausada como política pública y su aplicación mediante estrategias, teniendo por centro los principios de la función pública administrativa y la articulación a través de lo que sería una adecuada gestión pública y su debido control interno para la mejora en las relaciones con los administrados, también desde el papel de los servidores públicos y particulares que ejercen función pública. Finalmente se procura un análisis sistemático e integral para luego presentar las conclusiones más relevantes.

### **La evolución del daño antijurídico en la administración pública**

Se ha de empezar por reconocer que el Estado desde su más rudimentaria forma, se consideró irresponsable, debido entre otras cosas, a que la autoridad se entendía revestida de un carácter sacro o divino, creencia que hacía de la irresponsabilidad, un principio de talante teológico, que se convirtió también en un paradigma, que encontró cabida en los sistemas jurídicos (Anderson, 2007) de los estados nacionales de corte absolutista. Bajo esos postulados dogmáticos, pretender exigir responsabilidad estatal, era un imposible y de hecho los gobernantes gozaban o se les atribuía el principio de irresponsabilidad (Marienoff, 1964), expresado como indemnidad en el ejercicio de su poder, siendo cierto que los pueblos debían asumir la carga de los abusos de los gobernantes. Lo usual era asumir incluso desde el precario derecho, que gozaba de “poder absoluto en el interior e independencia absoluta en el exterior, cuya finalidad está en él mismo: la omnipotencia y la razón de Estado” (Cassagne, 1998, p. 265), postulados que rigieron aún en pleno siglo XX, reforzados por el principio de soberanía nacional que se vinculaba a los actos del gobernante, para ostentar indemnidad.

Es en Francia, con el fallo blanco que, al lograr separar las jurisdicciones, permite aplicar el concepto de responsabilidad administrativa, por hechos atribuibles al Estado y sus funcionarios, bajo el entendido de que “por los daños causados a los particulares como consecuencia de los hechos de las personas que emplea para el servicio público no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil” (Casagne, 1998, p. 481), sino por una autoridad administrativa especial.

En Colombia, pese a que la misma constitución de 1886, llegó a establecer que los funcionarios “son responsables por la infracción de la Constitución y de la ley, como por extralimitación y omisión en el ejercicio de sus funciones” (*Constitución Nacional*, 1886, Artículo, 20), lo cierto es que se traducía más en una responsabilidad individual de los servidores. Para su aplicación, las disposiciones regulatorias provenían del Código Civil, que a ese tenor establecía que “El que ha cometido un

delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización” (Código civil, Artículo, 2341). También, para referirse a la responsabilidad, lo hace desde las relaciones de los particulares llamados a responder, bajo el entendido de que una persona responde “no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado” (*Código Civil*, Artículo, 2347). Pero esa misma regulación civil refiere a los daños causados por los trabajadores, “Los amos<sup>17</sup> responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos” (Código Civil, Artículo, 2349), siendo este el principio que rigió, primero para los particulares y luego por analogía para los entes públicos.

Todo lo anterior se constituyó en las reglas a aplicar en los casos en que se reclamara responsabilidad del Estado y sus agentes, trasladando así, los postulados de la responsabilidad civil, a la del Estado. Es interesante, como hito y referente, un fallo de la Corte suprema de Justicia Sentencia de 22 de octubre de 1896, que resolvió demanda por la muerte de ciudadano causada por agentes policiales en desarrollo de sus funciones, ocurrido en el Estado de Panamá. Para el efecto de aceptar una responsabilidad indirecta de la Nación colombiana como persona jurídica de derecho público, la Corte sostuvo que si bien, “Esas garantías se vulneran por los mismos funcionarios públicos que deben hacerlas eficaces, y si esto sucede obedeciendo a órdenes de una autoridad superior” (C.S.J. Sentencia de 22 de octubre de 1896), lo cierto es que por razones de equidad, a la Nación le correspondía la reparación, máxime, cuando fue causado por sus servidores.

En el caso citado de ese fallo, se tuvo en cuenta la responsabilidad (civil) indirecta del Estado, que se fundamentó en la culpa *in eligendo e in vigilando*, por no elegir a los funcionarios idóneos, y tampoco vigilarlos en su desempeño (Ruiz, 2011), lo que en el caso en comento, significó el traslado de la responsabilidad, a la Nación, por actos cometidos por sus funcionarios, que ocasionaron la muerte a un ciudadano extranjero. Se trató de una responsabilidad que ya se podía denominar como fundamentada en una presunción de culpa que recaía sobre el ente estatal.

En otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia en 1939, se discutía la responsabilidad del Departamento de Boyacá por los perjuicios a una propiedad privada (casa derrumbada por la Contraloría del Departamento para transformarla. En esa ocasión se discutía si el Departamento debía indemnizar por los daños de sus órganos o agentes. Al respecto para justificar la responsabilidad se argumentó que: “la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros”

---

17 Es la redacción original de la Ley 84 de 1873, conocida como Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.

(CSJ., Sentencia 14 de junio de 1939) para lo cual se apoyan en el contenido del artículo 2347, sobre la responsabilidad de los actos cometidos por las personas a su cuidado. De nuevo se aplica bajo el fundamento de culpa de la nación, responsabilidad que le atañe en virtud del principio *in eligendo e in vigilando*, como facultad estatal, lo que involucra también a sus agentes y órganos.

En el mismo 1939, se comienza aceptar la tesis de la responsabilidad directa de los entes de la administración, por su calidad de personas jurídicas de derecho público, bajo el título de la falla del servicio público, fundándose en el Artículo 2341 del Código Civil, pero aun sosteniendo la tesis de la culpa *in eligendo e in vigilando*, “por los perjuicios ocasionados por culpa de la administración en las irregularidades o deficiencias de los servicios públicos” (CSJ, Sentencia 21 de agosto de 1939). En estos casos ya se aplica de alguna forma, el postulado de culpa de la Administración, por faltar al deber de prestación efectiva del servicio público.

En cuanto a los instrumentos normativos que han regido, es acertado mencionar la Ley 167 de 1941 (que organiza la Jurisdicción Contencioso-administrativa) que en un esfuerzo por regular la responsabilidad estatal, en desarrollo del artículo 16 de la Carta Política de 1886, establecía que “la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca su derecho” (Ley 167 de 1941, Art., 67). Se puede apreciar que posibilitó que se pidiera el restablecimiento del derecho, siempre que fuere causado por hechos y operaciones administrativas, disponiendo que para esos efectos “no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones” (Ley 167 de 1941, Artículo 68) y demás factores que pudieren corresponder.

Es destacable que ya a partir de las Providencias posteriores a la del 30 de junio de 1962 se registra una tendencia marcada hacia la responsabilidad directa. Es por tal razón que, en cuanto al Estado, se estableció la necesidad u obligación de “responder directamente en virtud de su deber social de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos” (CSJ. Sentencia, 30 de junio de 1962) y es así que se considerara que la culpa de los agentes se toma como de la administración, es decir, que esas actuaciones de los servidores conllevan de plano, responsabilidad estatal.

Algunas regulaciones como la Ley 270 de 1996, contemplan la responsabilidad por daños causados por la administración de justicia enmarcada en diferentes tipos de atribución o imputación. También, normas como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establecen los medios de control mediante los cuales se puede reclamar responsabilidad del Estado por los daños irrogados a las personas. No sobra anotar que el mayor desarrollo de la responsabilidad del Estado en cuanto a sus figuras y reglas, ha sido obra de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

En suma, para la actualidad y desde la vigencia del Estado Social de Derecho consagrado en la Carta Política de 1991 y en particular de la cláusula general de responsabilidad del Artículo 90 de la misma Carta, el Estado asume una responsabilidad directa, en calidad de garante de la protección de los derechos individuales y colectivos. Esta responsabilidad se fundamenta y se establece ante la ocurrencia del daño antijurídico, visto como aquel que las personas no están en obligación de soportar y por tal razón surge la obligación de reparar patrimonialmente dicho daño. Por supuesto, el daño debe ser imputable al ente estatal en virtud del nexo causal entre el daño y el Estado.

En ese sentido, el concepto de daño antijurídico, se constituye en elemento esencial del daño. También destaca para la actualidad, la asunción de modelos de administración basados en la gestión pública orientada por principios, fines y sistemas de control interno que teniendo como base la prevención, persiguen como objetivo disminuir el daño antijurídico.

### **Aproximación teórica al daño antijurídico**

El concepto del cual se parte para el estudio de la responsabilidad y de las implicaciones cuando el Estado no cumple o cumple mal y en consecuencia incurre en responsabilidad, es el concepto de la función pública, que es la forma como el ente de la administración se manifiesta o se expresa en su cometido de cumplimiento de los fines que le son inherentes. Es en tal sentido, la administración se entiende de esta perspectiva, como la suma “de organismos, funcionarios, actividades, funciones y responsabilidades que son propios de la rama ejecutiva del poder público, por oposición a la organización y funcionamiento de las ramas legislativa y judicial” (Bustamante, 1994, p. 9) sin olvidar, que estas últimas también asumen actividades que implican función pública y pueden en dado caso, ser fuente de responsabilidad estatal.

El Estado como ente está dotado de personalidad jurídica y en ese entendido, cuenta con capacidad para detentar derechos y deberes y como tal, obligarse; en suma, puede ser enjuiciado y declarada su responsabilidad (Soto, 2001) en un evento que existan los presupuestos de hecho y de derecho.

Por su parte, la función pública, alude de manera prevalente a la administración pública como ente, que actúa por medio de entes u órganos que integran personas naturales o físicas, para poder materializar el cumplimiento de funciones que son de la órbita del Estado. Es decir, que las personas que integran los entes, cumplen funciones a nombre de la Administración y es así que manifiesta o expresa su voluntad; en el desempeño de las funciones de pueden generar daños antijurídicos que eventualmente se han de imputar al Estado (Dromi, 1997).

La antijuridicidad del daño como concepto asociado a los eventos en que la Administración lo causa; en otras palabras, las situaciones en que el Estado en su rol de

garante, por intermedio de sus agentes, genera daño al administrado, desde la función pública y surge la obligación de resarcir o reparar al que no tiene obligación de asumir o soportar un daño, precisamente por no estar dentro de las cargas que la ley establece para todos los administrados. Es necesario recordar que los daños revisten la característica de ser patrimoniales o extrapatrimoniales, con la connotación de ser antijurídicos.

Como se puede observar, los conceptos que anteceden, tienen una relación directa y transversal con el desempeño de la función pública, que orientan el servicio, función y misión que presta el Estado por intermedio de las personas naturales. La función pública en ese entendido es algo que posibilita que el ente estatal cumpla con sus obligaciones y específicamente con los fines del Estado (*Constitución Nacional*, 1991, Artículo, 2) y en general los fines que atañen al bienestar general o bien común, pero también al individual. Dentro del enfoque constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el daño antijurídico ha pasado a ocupar el lugar central.

La Constitución política de 1991 consagra los conceptos de función pública en varios de sus artículos y en particular alude al término función, para referirse a las actividades del ente estatal, al señalar que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (Constitución, 1991, Artículo, 113) y también al establecer las competencias que cumplen diversos órganos del poder público (Artículos, 241 y 277). Lo cual permite reiterar que las funciones son la forma reglada, con la que el Estado a través de los servidores públicos cumple con sus finalidades esenciales en bien de sus asociados. Se trata también de que el ejercicio de poder y autoridad, conllevan funciones que se cumplen en todas las ramas del poder público.

En la misma línea, pero en particular, se debe precisar que la función pública, se realiza también en la parte administrativa como ejercicio de autoridad, que se manifiesta por medio de las funciones en pro del logro de los cometidos estatales y estas se rigen por una serie de principios particularísimos. No en vano, la constitución establece que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (Constitución, 1991, Artículo, 209). Ya respecto de los fines de la función pública administrativa, se tiene que son los mismos que atañen al Estado, en cuanto sirve al colectivo social a través de servicios en todos los órdenes de la administración estatal.

En una relación más directa con el concepto de función pública, se puede deducir válidamente, que los principios y reglas que rigen la administración, atañen a aquellos individuos que tienen vínculo funcional y laboral con los distintos organismos del Estado. Es decir, los que entran en la categoría de servidor público

y en consecuencia están investidos de una función, que desarrollan dentro de los límites y alcances constitucionales, legales y reglamentarios. En síntesis, incluye a todos los integrantes de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y que incluye a las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en todas sus categorías (Constitución, 1991, Artículo, 123).

Por su parte, la norma, en particular la Ley 909 de 2004, establece que “La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad” (Artículo, 2) con lo que goza de un catálogo propio en el plano de los valores éticos y a la vez, principios orientadores.

Es claro desde esa perspectiva, que las funciones se desarrollan a través de funcionarios generalmente de carrera, lo cual también se consagra en la Constitución y en las leyes. En tal sentido el tribunal constitucional, aclara desde la misma Carta:

La comprensión de la función pública en clave de derechos fundamentales, impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado Social de Derecho (Art.1); el derecho a la igualdad (Art.13); los derechos políticos de los colombianos (Art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (Art. 122); (*Corte Constitucional*, Sentencia C-288 de 2014).

Es también importante que, dada la importancia de la función, la regla del ingreso a la carrera se materializa, en primer lugar, a través del concurso de méritos y también en aplicación del principio de igualdad de oportunidades (Ley 909 de 2004, Artículo, 125), surtiendo un proceso público y transparente.

El daño tiene unas connotaciones muy precisas para que sea fuente de la responsabilidad y es su definición como antijurídico. La antijuridicidad como concepto general es aplicable cualquier conducta que sea contra ley; sin embargo, cuando se vincula el concepto con la administración pública estatal, adquiere connotaciones particularísimas. En ese sentido, se ha de entender que además de aludir lo antijurídico, al hecho de no estar en la norma como fenómeno lícito, tiene que ver con la afectación al patrimonio (bienes y derechos) del administrado, siempre que no se encuentre contemplado en la ley, el deber jurídico de asumir tales daños, irrogados por actuaciones del Estado (Soto, 2001) representado en sus instituciones y agentes.

En sentido amplio, se trata de aquel daño que no está contemplado como una carga que lo administra tengan el deber legal de asumir. Dicho de otra forma, esa antijuridicidad como característica que es tenida como dañosa “es contemplada en sentido objetivo desde el punto de vista de la posición del sujeto dañado, y existirá siempre que el titular del patrimonio dañado no tenga el deber jurídico de soportar el daño” (Dromi, 1997, p. 785), es de esa manera, el núcleo conceptual del daño para que revista de antijuridicidad que en últimas debe ser resarcido en cuanto daño.

Es claro, además, que el daño también puede ser causado por una actividad ilícita o que desborde la legalidad en cuanto a las competencias y el abuso de ellas, por lo que con culpa o sin culpa, lo importante a considerar en cuanto a la responsabilidad, es el daño antijurídico. Es decir, que el concepto de daño antijurídico involucra tanto el acto ilegal como el legal, toda vez que “la antijuridicidad del daño no corresponde a la ilicitud del acto realizado por el agente u órgano del Estado o quien actúe como tal” (*Corte Constitucional*, Sentencia, C-410 de 2015) y puede ser uno o el otro, así que “lo cierto es que existe la antijuridicidad en cuanto no está contemplado que deba soportarse por parte de los administrados” (Ruiz y Motta, 2021, p.15), entre otras razones por romper el equilibrio de las cargas públicas, por el actuar legítimo o ilegal de la administración y sus agentes.

### **El daño antijurídico en la regulación colombiana**

Sin duda, el fundamento actual del sistema de responsabilidad es la Constitución de 1991, en primer lugar, debido a la posición de garante frente que ostenta frente a la efectividad de los principios, el ejercicio y el respeto de los derechos, cumplimiento de los deberes (Constitución, 1991, artículo, 2), que implica actuación constante del Estado, en la que se pueden generar daños, pese a que incluso se actúe dentro del respeto al marco legal.

De otro lado, los riesgos de afectaciones y daños pueden generarse en las actuaciones de las personas que cumplen funciones a nombre del ente estatal; es por tanto, la razón por la que la misma Carta Superior, ha establecido que ‘no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento’ (Constitución 1991, Artículo 122). Con respecto a la responsabilidad de los servidores es también útil citar el enunciado constitucional que deja a la ley el desarrollo de las reglas para regular la responsabilidad de los servidores públicos, (Constitución 1991, Artículo 124) que al tiempo se sustenta en que los servidores son sujetos de responsabilidad por violar la constitución y la ley y, además, por omisión y/o extralimitarse en el uso de sus funciones (*Constitución Nacional* 1991, Artículo, 6) en el ejercicio de sus cargos.

De manera específica se tiene, lo establecido en el artículo 90 que al tiempo que fundamento de rango constitucional, establece el concepto de Daño Antijurídico, que en adelante aplicará a la responsabilidad del Estado. El citado artículo, es conocido conceptualmente, como la cláusula general de responsabilidad, conforme a lo cual, “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Constitución 1991, Artículo 90). La citada norma constitucionaliza la regla aplicable a la responsabilidad del Estado, bajo una premisa general que se deduce de su lectura, queriendo significar que solo basta que exista el daño en la categoría de antijurídico para generar la responsabilidad y la consecuente obligación de indemnizar.

El concepto es preciso desde lo general, al definirse como aquel daño que “equivale al perjuicio antijurídico, considerado como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar” (González, 2009, p. 48); en otras palabras, que no existe en la ley, que los administrados, tengan la carga o el deber de soportar una determinada carga y al no existir, una vez se acredite su ocurrencia, surge la obligación de responder e indemnizar al afectado.

En lo que atañe al desarrollo legal de los mandatos constitucionales, existen normas que guardan relación con los principios aplicables a la administración estatal y en general a las actuaciones de las autoridades públicas. Es de resaltar la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Justicia) en la que se observa que algunas de sus disposiciones se ocupan de algunos de los supuestos enmarcan la responsabilidad por los daños antijurídicos causados por la administración de justicia, por error jurisdiccional “materializado a través de una providencia contraria a la ley” (Ley 270 de 1996, Artículo 66); también establece los presupuestos del error (Ley 270 de 1996, Artículo, 67). Refiere también a otro evento generador como lo es la privación injusta de la libertad (Ley 270 de 1996, Artículo, 68) y en general al funcionamiento defectuoso de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996, Artículo, 69) e involucra además, la responsabilidad del funcionario y empleado judicial, en los casos de culpa y/o dolo (Ley 270 de 1996, Artículo 71), todo ello dentro del marco de sus actuaciones. Otro instrumento normativo importantes es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), que en su parte primera la señala como finalidad, la protección y garantía de los derechos y libertades y los principios a los que se deben ceñir las actuaciones, en cumplimiento de los fines del Estado (Ley 1437 de 2011, Artículo, 1) por parte de las autoridades de todo orden.

## **La jurisprudencia y el daño antijurídico en la responsabilidad estatal**

La Corte Constitucional se ha ocupado de generar reglas de interpretación y aplicación para los eventos en que se debata la ocurrencia del daño antijurídico, ya que en este radica el principal elemento que genera el deber de indemnizar o reparar perjuicios por parte del ente estatal; entre otras justificaciones, porque este ocupa la posición de garante protector de los derechos y libertades, sobre todo en los eventos en que el daño sea consecuencia de la actividad de la administración pública. En ese sentido ha precisado:

La responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica (*Corte Constitucional*, Sentencia, C-333, 1996).

Es por lo así conceptualizado por la Corte, que se deduce de manera inequívoca, que el daño será antijurídico por la sola premisa de que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo y en ese sentido no exige que la conducta causante, involucre la culpa, ni que sea contraria a derecho. En ese entendido, cuando se logra imputar el daño antijurídico a la administración, “se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización” (*Corte Constitucional*, Sentencia, C-333, 1996) ya que el particular no estaba en obligación de soportar tal perjuicio; en ese sentido, el daño antijurídico se convierte en, “un mecanismo de protección que se estableció en la Constitución para garantizar que el Estado y sus funcionarios cumplieran” (Araújo, 2021, p. 19) sin causar daño ya sea por acción u omisión e incluso, una garantía de protección aunque el daño se causara actuando legítimamente y en el marco de la ley.

Sobre el daño antijurídico visto desde los presupuestos de la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado considera que dicho concepto debe entenderse, bajo el entendido de que al aceptar que al no estar obligado a asumirlo, “constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública” (*Consejo de Estado*, Sentencia de 1 de febrero de 2012, Expediente, 22464) para todos los efectos.

Es decir y para precisarlo de manera más certera, la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima” (*Corte Constitucional*, Sentencia C-254 de 2003) y la razón fundamental, al tenor de la citada sentencia, es que cuando se trata de la actividad del Estado en cuanto garante de los derechos y principios consagrados en la Carta Política, debe soportar su actividad en el principio que postula que, “la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración” (*Corte Constitucional*, Sentencia C-254 de 2003).

De hecho, la misma Corte Constitucional ha justificado estos fundamentos de la responsabilidad, al sostener, que la “acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho” (*Corte Constitucional*, Sentencia, C-333, 1996), entre otras razones porque en ese modelo, el estado se constituye en garante de la protección, vigencia y eficacia de los derechos y por ende las libertades consagrados en la Carta Superior. Así, se puede inferir del contenido de la Constitución Política al consagrar principios que se enmarcan en los fines del Estado, como por ejemplo, “garantizar la efectividad de los principios, derecho y deberes” (*Constitución* 1991, Artículo, 2), “el respeto a la dignidad humana” (*Constitución* 1991, Artículo, 1), el derecho a la igualdad ante la ley, sin discriminación (*Constitución* 1991, Artículo, 13) y la garantía de protección de los bienes morales y materiales, en cuanto patrimonio (*Constitución* 1991, Artículo, 58) sin

dejar de mencionar el fundamento para exigir responsabilidad, contenido en el Artículo 90 de la Carta Superior.

La cláusula general de responsabilidad se justifica en el postulado de que al ser garante, el “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos” <Consejo de Estado, Sentencia de 1 de febrero de 2012, Sentencia de 1 de febrero de 2012, Expediente, 22464>, teniendo presente también, que el daño puede ser causado con o sin culpa y dentro de su actuar legítimo, lo que en suma llevó a un alto nivel el “ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico” (*Corte Constitucional*, Sentencia C-285 de 2002). Desde esa perspectiva, la responsabilidad del Estado, en su raigambre constitucional dentro de un Estado Social de Derecho, no se concreta en el mero cumplimiento de la ley, por parte de las autoridades y servidores, sino que asume en un sentido amplio, que resulta de capital importancia “que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente” (*Corte Constitucional*, Sentencia C-832 de 2001), sea que la conducta por acción u omisión sea con o sin culpa. Es lo que constituye el denominado, “principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos” (*Corte Constitucional*, Sentencia C-832 de 2001) o administrados, frente a los daños antijurídicos causados por el mismo Estado en su actuar, ya sea legal o ilegal de sus agentes y órganos, sin perjuicio de que repita o no, contra el servidor, de llegar a ser precedente.

Vistas así las cosas, en esos términos, la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos, surge de su posición de garante de los principios y derechos, lo que a su vez implica deberes de protección y de seguridad que se preservan “aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad” (*Corte Constitucional*, Sentencia SU-1184 de 2001) es decir, por su condición de asociado o administrado que en virtud de la necesidad, deja al Estado al cuidado de sus libertades y derechos.

### **Las estrategias para la prevención del daño antijurídico y su relación con los fines de la función pública: alcances y límites.**

La función pública debe ser apreciada dentro de tres niveles de acción: por un lado, bajo la connotación de estar refiriendo a la acción de Estado, como depositarios de funciones connaturales a su esencia y a través de las cuales se realiza; una segunda acepción, para hacer referencia a las actividades que realizan las personas con calidad de funcionario, en nombre del Estado y en tercer lugar, alude al ligamen especial de tipo laboral con aquellas personas que desarrollan actividad como parte de

unas funciones en cumplimiento de fines estatales (Flórez *et al*, 2108). En el sentido posmoderno, la función pública adquiere connotaciones y significados complejos, sin los cuales es imposible abarcar conceptual y materialmente la complejidad del Estado Social de Derecho. Conviene precisar el concepto para hacer notar que sin excluir actividades administrativas de tipo material, suman para completar la función pública, porque implica que los órganos y los agentes estatales “ostentan, según diferentes niveles e interacciones normativas” (Bastidas, 2014, p. 55) competencias que al desarrollarse, abarcan, integran y completan la función pública administrativa como un todo de la expresión de la voluntad del Estado, según el ámbito de acción previsto en la Constitución y la ley. Para comprender esa integralidad sin perder de vista el concepto esencial, se debe entender que toda actividad del Estado, implica función pública y también actividad administrativa y es así que como servicio público se evidencia principalmente en su prestación a los particulares.

La función pública se expresa y adquiere entidad, a través de mecanismos que tienen su basamento en “las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado” (*Corte Constitucional*, Sentencia C-037 de 2003); no obstante, como se anotó antes, no se desliga lo uno de lo otro. En ese sentido, la función se refiere a las actividades a través de las cuales el Estado cumple sus cometidos por medio o a través de personas que generalmente son servidores públicos (*Constitución* 1991, Artículo, 113). Pero también, eventualmente, se refiere a los particulares que al tenor de “la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas” (*Corte Constitucional*, Sentencia C-037 de 2003). Es decir, que no son sólo los servidores públicos y demás agentes que actúan a nombre del ente, sino que los particulares, así investidos de función, podrían “llegar a ser responsables patrimonialmente en ejercicio de sus funciones públicas, como si se tratara de agentes” (*Corte Constitucional*, Sentencia, C-338 de 2006) estatales vinculados directamente con la administración.

Pero la función pública es un concepto que evolutivamente logra su realización con el Estado Social de Derecho, acopiando más fines que los que solo aludían a la organización de la administración, (Flórez *et al*, 2019) sin vincular los principios fines del Estado. En ese sentido la función pública adquiere rango constitucional con un carácter sistémico e integral al conectar, en cuanto objeto, con la realización de los fines del Estado y la protección derechos y libertades de los administrados.

El fundamento principal se encuentra en el texto constitucional cuando postula que “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento” (*Constitución* 1991, Artículo, 123). Son actividades que se ejercen dentro del marco de la ley y en ese sentido, encuentran su justificación en el principio de legalidad; en particular su actuar actividades se encuentran delimitados por manuales de funciones y de esa forma, todo ello constituye una estrecha relación entre lo que son funciones y los

cometidos o fines del Estado. En consecuencia, se establecen unos principios específicos de la función pública en relación con los servidores y se encuentran consagrados en la Constitución, (igualdad, mérito, moralidad, economía, eficacia, imparcialidad, transparencia y publicidad, entre otros), pero también la ley establece principios que se relacionan también con el ámbito funcional laboral y que direcciona la escogencia de servidores y su permanencia bajo criterios de mérito, calidad, capacidad. Adicionalmente, también consagra el interés general como principio rector en la prestación del servicio, la profesionalización del recurso humano, la capacitación y la responsabilidad de los servidores (Ley 909 de 2004, Artículo, 2), todo ello en procura de la realización de la eficacia de un todo, llamado función pública.

En la actualidad, la administración pública en todas sus expresiones, enfrenta problemas derivados de los daños que causa, ya sea por el actuar conforme a la ley y los reglamentos o por mal desempeño de la función por parte de los órganos y/o agentes estatales.

Quizá los mayores costos son los que terminan en las reparaciones patrimoniales a los afectados y eso sin duda, afecta el presupuesto de la Nación. Y es por esa razón que se elaboran planes de prevención, resultantes de analizar las falencias que se evidencien en el cumplimiento de las funciones de los servidores en la prestación a los ciudadanos. Las políticas de prevención y manuales de buenas prácticas se formulan alrededor de la mejora en los procedimientos administrativos, en los que tienen que ver con la contratación, la atención al público, la resolución de los asuntos que conocen y en fin toda lo que funcionalmente tiene que ver con la efectiva prestación de los servicios a cargo de la administración. En consecuencia, existen fundamentos constitucionales que contemplan la prevención como herramienta y mecanismo para la optimización de la función pública y administrativa, que vincula a las entidades y autoridades con las actividades que consisten en “diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno” (*Constitución* 1991, Artículo, 269) para mejorar la gestión administrativa. Dentro de este mandato se enmarca las actividades y estrategias de prevención del daño antijurídico.

Pero, además, se pretende con las estrategias de prevención de eventos que puedan terminar en declaratorias de responsabilidad por daños antijurídicos y las consiguientes reparaciones como efectos de tipo patrimonial, más los gastos que implican los procesos de defensa (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2015), entre otros, que menoscaban no solo los recursos, sino además la legitimidad institucional.

La función pública, no obstante, el amplio desarrollo que experimenta, es un concepto en constante construcción, algo inacabado que es impactado en su desarrollo, por el avance de la cultura tecnológica, la economía, la política y por supuesto, la evolución de los derechos y su correspondiente responsabilidad por parte del ente estatal.

## **La prevención como herramienta de gestión pública en la Administración**

Cuando se habla de prevención, lo que sugiere el concepto, es al tiempo la toma o implementación de acciones tendientes a evitar ocurran eventos problemáticos. Es así que las estrategias de prevención del daño antijurídico, llevan a que la administración progrese y optimice el ejercicio de la función en términos de eficiencia y eficacia, que se traducen en efectividad. En la administración, estos procesos que redundan en la prevención, surgen con fundamento en la norma constitucional, específicamente en el artículo 90, que establece la denominada, cláusula general de responsabilidad estatal. En consecuencia, lo que se pretende con la prevención del daño es la mejora en el ejercicio de la función pública administrativa y de paso, una reducción del impacto fiscal sobre el erario, que resulta incalculable (Urrego, 2014), y de alguna manera también se busca prever y anticiparse en función de los riesgos calculados, de tal manera que se puedan comprometer recursos para atender este tipo de contingencias como suelen ser los daños antijurídicos. Es de tener en cuenta que los eventos de riesgo de daño son relativamente diferentes según el nivel de autoridad y competencias de los órganos y funcionarios; además, a diario se generan nuevas situaciones de riesgo, por lo tanto, diversas serán también las estrategias de prevención, lo que lo hace un proceso inacabado.

Otro de los valores agregados de una política de prevención es que persigue entre sus cometidos, identificar las posibles causas de generación del daño antijurídico ya sea por conductas legítimas o actos de acción y omisión que resultan ilegales o por lo menos descuidados o negligentes. Si se tiene en cuenta la importancia de la función pública administrativa, es necesario considerar que la prevención del daño se constituye en política pública absolutamente necesaria en la administración del Estado.

Pero todo lo que es la función pública administrativa como proceso orientado por principios, se consolida por medio de la gestión pública institucional que no es otra cosa que un sistema de “procesos y procedimientos eficientes y eficaces, alineados en el marco de un sistema de gestión institucional y de control interno enfocado en el mejoramiento continuo de las entidades” (Araújo, 2021, p. 9), que tiene por insumo, precisamente, las falencias que con anterioridad han generado daño antijurídico.

Una eficaz prevención debe contar con un estudio de los riesgos que sirva de base para formular las políticas y estrategias de prevención, que a su vez contemplen un sistema de alertas sobre los riesgos, procurando disminuirlos al mínimo, para que de esta manera se eviten las acciones u omisiones que terminan causando el daño antijurídico a las personas. Parte de las acciones de prevención giran sin duda, en el énfasis por el cumplimiento de los fines de la función pública y administrativa. Es así mismo importante la prevención para disminuir el impacto fiscal en las finanzas

estatales (Pastrana, 2018) que se ven socavadas por las condenas indemnizatorias consecuencia de los daños antijurídicos inferidos a particulares.

La prevención, es también importante, siempre que se actúe de forma real y no como mera apariencia o formalidad, pues tiene la virtud de minimizar los riesgos, realizando un buen proceso de diagnóstico y a partir de ese punto, formular las estrategias de prevención que sin duda, tienen que ver en un primer abordaje, con la eficiencia y eficacia administrativa y por ende, con el cumplimiento de los principios de la función pública y administrativa. Es importante, en consecuencia, que se haga más énfasis en la prevención antes que en la defensa jurídica (Ortegón, 2023) sin que esta pueda dejarse de lado, siendo como es, fuente de insumos para prevenir daños a futuro. Además, los procesos que indagan, observan, miden, diagnostican y promueven la transparencia, tienen la virtud de elevar los niveles de eficacia de la función pública acercando cada vez más el Estado a los ciudadanos (Araújo, 2021) en la gestión pública de los asuntos que conciernen a los fines estatales.

Existe alguna normativa que alude de manera directa la necesidad de optimizar la gestión y procesos administrativos en desarrollo de los mandatos constitucionales; es la Ley 87 de 1993 que organiza el sistema de control interno para las entidades estatales. Entre sus objetivos destaca el que ordena “definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos” (Ley 87 de 1993, Artículo, 2), lo que se interpreta en el sentido de que la prevención abarca la que tiene que ver con el daño antijurídico, porque es sabido que la mayoría de falencias en la actividad administrativa, puede eventualmente causar afectaciones negativas a los derechos de las personas. También el mismo artículo, dispone la necesidad de “garantizar que el sistema de control Interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación” (Ley 87 de 1993, Artículo, 2) lo cual es condición necesaria para formular los planes de prevención. Además, identifica una serie de elementos del control interno, en el que destaca la “definición de políticas como guías de acción y procedimientos para la ejecución de los procesos” (Ley 87 de 1993, Artículo, 4), todos los que tengan que ver con las competencias de los entes y autoridades, cualquiera que ellas sean. El control interno establecido en la mencionada ley, en tanto promueve la optimización de los procesos y procedimientos, es una de las mejores formas de prevención del daño, en lo que corresponde al correcto desempeño de las funciones por parte de los funcionarios y por ende en los entes estatales.

Posteriormente, normativas como la Ley 872 de 2003, complementan lo iniciado con la Ley 87 de 1993, al crear el sistema de gestión de la calidad en la rama ejecutiva y en otras entidades prestadoras de servicios y demás ramas del poder en lo que atañe a la gestión administrativa. Es, en ese entendido “una herramienta de gestión sistemática y transparente que permita dirigir y evaluar el desempeño institucional, en términos de calidad y satisfacción” (Ley 872 de 2003, Artículo 1): conforme a

lo establecido en el texto constitucional y la ley. Vale anotar que esta normativa se centra en la prestación de servicios, que es pura actividad administrativa que sin embargo involucra también función pública como potestad, en la mayoría de los casos; y como ya se ha anotado, son políticas y herramientas, que bien formuladas e implementadas, redundan en el objetivo macro que es prevenir el daño antijurídico.

Es destacable que la norma antes citada, obliga a “identificar y priorizar aquellos procesos estratégicos y críticos de la entidad que resulten determinantes de la calidad en la función” (Ley 872 de 2003, Artículo, 4), y también se orienta a “determinar los criterios y métodos necesarios para asegurar que estos procesos sean eficaces” (Ley 872 de 2003, Artículo, 4), y para la evaluación del sistema de gestión ordena establecer indicadores que posibiliten la medición de efectividad de los procesos, para el respectivo monitoreo por parte de los administrados y los organismos de control, según el ámbito de sus competencias.

En términos de instrumentos y estrategias es importante mencionar, la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Ley 1444 de 2011, Artículo 5): entidad que se centra no sólo en el seguimiento de los procesos contenciosos, sino en estrategias de prevención y en suma tiene por objeto, “la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación” (Ley 1444 de 2011, Artículo, 5): buscando con sus actividades, reducir de alguna manera en daño y su consecuente impacto a la hacienda pública. Dentro de estas disposiciones en comento, destaca la creación de las políticas de prevención conforme a las particularidades de cada ente u órgano que identifica dentro de las demandas que enfrentan, las causas generadoras de daños, lo cual permite “tomar acciones para corregir las fallas administrativas que generan el daño antijurídico” (Araújo, 2021, p. 7) optimizando de paso la gestión administrativa y, por ende, la función pública.

En consecuencia, con los cometidos de la *Agencia de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)* se han ido ampliando las funciones de esta entidad, siendo importante para el efecto, el Decreto 2269 de 2019, que básicamente establece la estructura y adiciona las funciones de la Agencia y de sus funcionarios, en especial del consejo directivo (Decreto 2269 de 2019, Artículo, 5), Director general (Decreto 2269 de 2019, Artículo, 6), Secretaría general (Decreto 2269 de 2019, Artículo, 7), Dirección de defensa jurídica nacional e internacional (Decreto 2269 de 2019, Artículos, 8 y 9), y dirección de políticas y estrategias (Decreto 2269 de 2019, Artículo, 10), entre otros. Pero lo más importante es que establece lineamientos para el diseño y aplicación de políticas para prevención del daño y sus efectos, diseño de estrategias y planes para prevenir las conductas antijurídicas, uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, políticas de aseguramiento de las entidades estatales, y asesoría (Decreto 2269 de 2019, Artículo, 1), entre otras acciones.

Si bien es cierto que el daño antijurídico tiene formas diversas, sí es relativamente prevenible, pero cada institución o nivel de la función tendrá sus particularidades y por eso mismo, su propia forma de abordaje. Lo anterior implica que, siendo la prevención, un asunto transversal, será necesario que, conforme a los objetivos y cometidos funcionales y administrativos, se formule y aplique la política pública de prevención de daño antijurídico, para que sea más orientada y certera en sus resultados.

En suma, la prevención es un proceso sistemático e integral que permiten que factores y elementos como “la institucionalidad, la información de la actividad litigiosa, el sistema de defensa jurídica y las herramientas de planificación y control” (Ortegón, 2023, p. 2) se puedan integrar para prevenir la ocurrencia del daño y al tiempo, mejorar el desempeño de la función pública.

### **A manera de corolario**

La consecuencia inmediata de la configuración del Estado Social de Derecho, es para la Administración, la obligación de asumir el cometido de cumplir los fines del Estado, con altos estándares de eficacia frente a los requerimientos de los ciudadanos. Lo anterior, como se ha mencionado, se reforzó con la cláusula general de responsabilidad (*Constitución* 1991, Artículo, 90) que incumbe en pleno y sin distingos al Estado, lo que significa que “en general, todas las autoridades públicas, son sujetos pasivos de responsabilidad” (*Consejo Superior de la Judicatura*, 2019, p. 24); es decir, todo funcionario o empleado que actúe a nombre del este estatal. La Corte Constitucional ha sido prolija en sus conceptos al dejar en claro que:

El sujeto de la imputación de responsabilidad es el Estado, vale decir que no hay responsabilidad subjetiva del servidor público de manera directa con la víctima de su acción u omisión, sino una responsabilidad de carácter institucional que abarca no sólo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de todas las autoridades públicas sin importar la rama del poder público a que pertenezcan (*Corte Constitucional*, Sentencia, C-484 de 2002).

Ya por fuera de las ramas del poder público, entran en la órbita de responsabilidad, los demás órganos autónomos e independientes, que ostentan función y actividad a nombre del Estado. En ese orden de ideas, los supuestos de responsabilidad del Estado, van desde la responsabilidad subjetiva o con culpa y la objetiva o sin culpa y todas las subespecies consideran el daño como determinante asociado por supuesto a la conducta y el nexo de causalidad; también abarca la responsabilidad contractual y la extracontractual. Ya en torno a la antijuridicidad que le es inherente como característica al daño, sólo queda evidenciarlo y establecer la ruptura de las cargas públicas, que es precisamente el desborde que lo hace indemnizable, en cuanto no está contemplado en las normas, como algo que los administrados deban soportar.

En otras palabras, para abarcar todos los eventos posibles “en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva” (*Corte Constitucional*, Sentencia, C-333 de 1996), es decir, sin que importe para su valoración, el elemento culpa.

Por otro lado, en un Estado Social de Derecho, la garantía de los derechos es total, de tal manera que abarca todos los tipos de imputación de los regímenes subjetivo y objetivo, por lo que la prevención resulta fundamental tanto para la protección de los derechos, como para los recursos patrimoniales del Estado. No prevenir, coloca al Estado en un ente inviable, pues los recursos son limitados y no sólo han de ser para reparar los daños antijurídicos resultados de no prevenir. Es de tal manera, que si las actuaciones en el marco de la ley, llegan a ocasionar daños, sumarle las afectaciones por un defectuoso o ilegal desempeño de la función, llevaría a costos astronómicos.

Es necesario, antes que nada, admitir que el daño al que aquí se hace referencia se causa desde el ejercicio de la función pública o en relación con ella, en cuanto poder y misión de la Administración estatal. Las afectaciones antijurídicas se producen algunas veces actuando dentro del marco normativo y otras, vulnerando la ley o los principios que orientan la función. De otra forma no sería posible endilgar la causación del daño al Estado y menos, exigirle la reparación patrimonial. Recuérdese que la función pública involucra en primer lugar a los servidores y en general a las categorías del empleo público (Hernández, 2004), y en ese sentido allí se han de concentrar las políticas y estrategias de prevención y en general la optimización de la gestión pública.

Lo anterior se expresa y encuentra fundamento en la Ley 909 de 2004, en que se estableció como concepto orientador, el postulado que supone que “El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública” (Ley 909 de 2004, Artículo 19), y seguidamente, termina completando la definición de empleo como un “conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo” (Ley 909 de 2004, Artículo, 19), según sea el lugar dentro de la estructura del Estado en que se encuentren y las competencias funcionales. Esto refuerza la concepción de que la prevención del daño comienza por la importancia que se le dé al correcto desempeño de la función pública. Pero se debe entender que más allá de la categoría de los empleados públicos, están todos aquellos que desempeñan función o autoridad sin ser de la categoría de empleados públicos, como son por ejemplo los servidores de elección popular y los de libre nombramiento y remoción. Por supuesto, también los particulares que cumplen función pública.

Se podría pensar que las medidas correctivas y sancionatorias en el campo disciplinario podrían ser una manera de prevenir, pero en verdad es una acción de última

ratio para aplicar el reproche disciplinaria dentro de la potestad sancionatoria del Estado por las actuaciones que ya han dejado algún efecto dañoso bien sea a los administrados e incluso afectaciones a la función pública y eventualmente habrán generado responsabilidad patrimonial de la Administración.

De lo mencionado se podría concluir que dentro del correcto desempeño de la función pública administrativa, se prevendría el daño antijurídico en gran medida. Ya evitar el daño en su totalidad es materialmente imposible, ya que se puede generar daño en ocasiones, aun procediendo dentro del marco de la ley y en plena observancia de los principios estatales y de la función pública. Lo importante es, sin embargo, asumir que cumplir la ley y los principios es una buena estrategia de prevención y la más cercana.

Conforme se ha expuesto, los principios de la función pública están orientados de tal manera que su correcta observación, significa y redundante en gran medida, en la prevención del daño antijurídico. De hecho, toda política y estrategia de prevención del daño antijurídico, se funda básicamente en el cumplimiento de los principios de la función pública y administrativa, siendo cierto, además, que la prevención así vista, es un proceso inacabado y en constante evolución.

## Conclusiones

El daño en sentido amplio se soporta en la *antijuridicidad*, vista como un quebrantamiento del equilibrio de las cargas públicas que normalmente los administrados deberían soportar y encuentra sustento o se enmarca en una serie más o menos amplia de los llamados, factores de atribución, entre los más importantes, el daño especial, el riesgo excepcional, la responsabilidad por el error denominado jurisdiccional y dentro de la misma línea de importancia, el fenómeno de la privación injusta de la libertad.

De hecho, el daño antijurídico, como consecuencia de los actos de la administración pública, se genera no sólo por actos que implican desconocimiento o incumplimiento de los principios de la función, sino que tiene que ver también con actuaciones contrarias a las normas, pero también por conductas lícitas e ilícitas. Sin embargo, el correcto desempeño y cumplimiento de los principios de la función pública y administrativa, son determinantes en el propósito de reducir y prevenir el daño a los administrados en lo que atañe a su relación con el Estado.

Para la jurisprudencia, en suma, la responsabilidad del Estado ha sido constitucionalizada como realización del Estado Social de Derecho y no se concreta en el mero cumplimiento de la ley, por parte de las autoridades y servidores, sin que implica que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente, sea que la conducta por acción u omisión sea

con o sin culpa. Se garantiza así, el principio de garantía integral del patrimonio de los administrados y se refuerza el deber de protección y seguridad de los derechos frente a los daños antijurídicos causados por el mismo Estado en su actuar.

El daño antijurídico visto como fenómeno nocivo, revolucionó el sistema de responsabilidad estatal, porque en adelante pasó a ser el componente especial y determinante para exigir responsabilidad al Estado, bajo cualquier de los factores o títulos de atribución tanto del régimen subjetivo como del objetivo o sin culpa, bajo el entendido de que el concepto de daño involucra tanto el acto ilegal como el legal, toda vez que al margen de su calificación lo importante es la antijuridicidad como ruptura del equilibrio de las cargas públicas

En lo que atañe a la prevención, si bien es cierto que el daño antijurídico tiene formas diversas, si es relativamente identificable desde sus efectos, pero cada institución o nivel de la función tendrá sus particularidades y por eso mismo, su propia forma de abordaje, según las situaciones que se den allí, en términos de riesgo. Lo anterior nos lleva a que la prevención, un concepto transversal, que se nutre para su implementación, de los objetivos y cometidos funcionales y administrativos; de allí han de surgir las políticas, programas y estrategias para prevenir el daño de manera efectiva.

Dentro de las estrategias de prevención, los principios de la función pública ocupan un lugar preponderante si se tiene en cuenta que de su correcta observación, depende en mayor medida, la prevención del daño antijurídico; en consecuencia, las políticas, programas y estrategias que pretenden prevenir el daño, deben partir del insumo que se encuentra en los principios de la función pública y administrativa, debiendo ser actualizados conforme a las nuevas situaciones administrativas y a los avances tanto en las funciones estatales como en los sistemas de gestión pública administrativa. Otro de los nichos que indican los enfoques de la prevención es la información que se puede hallar en los procesos en que se demanda a las instituciones y, por ende, al Estado.

## Referencias

- Anderson, P. (2007). *El Estado absolutista*. Editorial Siglo XXI de España, Editores.
- Araújo, A. (2021). “La prevención del daño antijurídico como herramienta de gestión pública”. (Tesis de maestría en gobierno y políticas públicas). Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/e134d0c9-bd6c-421c-bb81-a8b689d606cb>
- Bastidas, H. (2014). “La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos”. *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, 41, 51-65. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3852>
- Bustamante, A. (1994). *Derecho Administrativo colombiano* (Vol. II). Editorial jurídica de Colombia.
- Cassagne, J. (1998). *Derecho Administrativo*. Tomo I. (7ª Ed.). Abeledo Perrot.
- Código Civil Colombiano (CCC). Ley 84 de 1873. 26 de mayo de 1873 (Colombia). *Diario Oficial*. Año IX. No. 2867. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111>
- Congreso de la República de Colombia (23 de septiembre de 2004). Ley 909 de 2004: Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, No. 45.680 Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0909\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0909_2004.html)
- Congreso de la República de Colombia (24 de diciembre de 1941). Ley 167 de 1941: Sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Diario Oficial* N. 24853. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1793577>
- Congreso de la República de Colombia. (29 de noviembre de 1993). Ley 87 de 1993: Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 52.588. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0087\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0087_1993.html)
- Congreso de la República de Colombia (30 de diciembre de 2003). Ley 872 de 2003: Por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios. *Diario Oficial* No. 45.418. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0872\\_2003.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0872_2003.html)

Congreso de la República de Colombia (4 de mayo de 2011). Ley 1444 de 2011 Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 48.059. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1444\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1444_2011.html)

Congreso de la República de Colombia (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* No. 47.956. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)

Congreso de la República de Colombia (7 de marzo de 1996). Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. *Diario Oficial* No. 42.745. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html#l](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html#l)

Consejo de Estado de Colombia (1º de febrero de 2012). Sentencia, Expediente, 22464. Consejero Ponente: Domingo Barragán Urueña. Disponible en: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/99/S3/73001-23-31-000-1999-00539-01\(22464\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/99/S3/73001-23-31-000-1999-00539-01(22464).pdf)

Consejo Superior de la Judicatura de Colombia (2019). *La prevención del daño antijurídico en el ejercicio de la función jurisdiccional*. Imprenta Nacional de Colombia. Disponible en: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-7.pdf>

Constitución Política de Colombia de 1991. 13 de junio de 1991. *Gaceta Constitucional* No. 114 (7 de julio de 1991). Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>

Corte Constitucional de Colombia (28 de enero de 2003). Sentencia C-037 de 2003. Expediente D-3982. Magistrado Ponente: Oscar Antonio Márquez Buitrago. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-037-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia (1º de agosto de 1996). Sentencia C-333 de 1996. Expediente D-1111. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>

Corte Constitucional de Colombia (1º de julio de 2015). Sentencia C- 410 de 2015. Expediente: D. 10494. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Disponible en: [https://www.redjurista.com/Documents/corte\\_constitucional,\\_sentencia\\_de\\_control\\_de\\_constitucionalidad\\_no.\\_410\\_de\\_2015.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/corte_constitucional,_sentencia_de_control_de_constitucionalidad_no._410_de_2015.aspx#/)

- Corte Constitucional de Colombia (13 de noviembre de 2001). Sentencia SU-1184 de 2001. Expediente T-282730. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1184-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (20 de mayo de 2014) Sentencia C-288 de 2014. Expediente D-9856. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-288-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (23 de abril de 2002). Sentencia C-285 de 2002. Expediente D-3736. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-285-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de junio de 2002). Sentencia C-484 de 2002. expedientes D-3824; D-3827; D-3812; y, D-3833, acumulados. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-484-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (3 de mayo de 2006). Sentencia C-338 de 2006. expediente D-6017. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-338-06.htm#:~:text=por%20medio%20de%20la%20cual,garant%C3%ADa%20con%20fines%20de%20repetici%C3%B3n>
- Corte Constitucional de Colombia. (8 de agosto de 2001). Sentencia C-832 de 2001. Expediente D-3388. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-832-01.htm>
- Corte Constitucional. Colombia. (25 de marzo de 2003). Sentencia C-254 de 2003. Expediente LAT-229. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-254-03.htm>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (Sentencia de 22 de octubre de 1896). *Gaceta Judicial*, Año, XI. No. 565. (1895-1897). Disponible en: <https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/lib/exe/fetch.php?media=csj-cc-22-oct-1896.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (Sentencia agosto 21 de 1939). *Gaceta Judicial*, Tomo XLVIII, No. 1949. Disponible en: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XLVIII%20n.%201947-1952%20\(1939-1940\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XLVIII%20n.%201947-1952%20(1939-1940).pdf)

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (Sentencia 30 de junio de 1962). *Gaceta Judicial*, Tomo XCIX. No. 2256. Disponible en: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XCIX%20n.%202256-2260%20\(1962-1973\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XCIX%20n.%202256-2260%20(1962-1973).pdf)
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Negocios Generales. (Sentencia de 14 de junio de 1939). *Gaceta Judicial*, Tomo XLVII. No. 1947. Disponible en: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XLVIII%20n.%201947-1952%20\(1939-1940\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20XLVIII%20n.%201947-1952%20(1939-1940).pdf)
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2015). *Política para la prevención del daño antijurídico en el Departamento Administrativo de la Función Pública*. Coordinación Editorial DAFP. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/PoliticasyPrevencionDanoAntijuridicoFP2015.pdf/2e1f83b4-20df-4366-a041-c5883e5af9f7>
- Dromi, J. R. (1997). *Derecho Administrativo*. (6ª Ed.). Ediciones Ciudad Argentina.
- González, J. (23 de enero de 2023). “Estado enfrenta demandas por más de \$494 billones: ¿Cómo le hacen frente en tiempos de paz total?” [versión web]. (consultado el 15 de diciembre de 2023). Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/colombia-enfrenta-demandas-por-mas-de-494-billones-IF20160800>
- Flórez, J., Latorre, O., y Cardona R. (2019). “La evolución del concepto de función pública y el servicio civil de carrera en Colombia: Análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo”. *Criterio Libre Jurídico*, 15 (2), 27-64. Disponible en: <https://doi.org/10.18041/1794-7200/criteriojuridico.2018.v15n2.5569>
- González, O. (2009). “La responsabilidad del Estado por el daño antijurídico derivado de la falta de regulación o por la regulación legítima. (Tesis de grado, Maestría). Universidad Industrial de Santander. Disponible en: <http://repositorio.uis.edu.co/jspui/bitstream/123456789/9842/2/132431.pdf>
- Hernández, P. A. (2004). Bases constitucionales de función pública. Empleo público. (sin Ed.). Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/Bases-funcion-publica-2004.pdf>
- Marienhoff, M. (1964). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV (1ª Ed.). Abeledo Perrot. Disponible en: <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/tratado-de-derecho-administrativo-miguel-marienhoff-tomo-iv/>
-

- Ortegón, S. (2023). “Prevención del daño antijurídico en Colombia: Entre la actividad litigiosa y la gestión organizacional de las instituciones públicas”. (Trabajo de grado) Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/browse/author?scope=a5148b0a-e194-4f00-9cfb-d7e7efda57e2&value=Orteg%C3%B3n-Ladino,%20Sandra%20Tatiana&bbm.return=46>
- Pastrana, V. (2018). Análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Vis Iuris*, 5 (10), 63-86. Disponible en: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1163/933>
- Presidencia de la República de Colombia. (13 de diciembre de 2019). Decreto 2269 de 2019: Por el cual se modifican parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. *Diario Oficial*, Año CLV, No. 51166. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30038719>
- Presidencia de la República de Colombia. (1 de noviembre de 2011). Decreto - Ley 4085 de 2011. Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. *Diario Oficial* No. 48.240. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_4085\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4085_2011.html)
- Ruiz, L. Y, y Motta, E. (2021). “El daño antijurídico como criterio generador de responsabilidad objetiva del estado en Colombia: apuntes desde la norma y la jurisprudencia”. (Trabajo de grado especialización en derecho administrativo). Universidad Libre de Colombia. Disponible en: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22506/Art.%20Trabajo%20de%20grado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ruiz, W. (2011). *Responsabilidad del Estado Legislador*. Universidad Libre de Colombia.
- Soto, M. E. (2001). “Antijuridicidad del daño en la responsabilidad administrativa”. *Revista de Ciencias Sociales*, 7, (2), 267-277. Disponible en: <https://doi.org/10.31876/rcs.v7i2.25110>
- Urrego, G. (2014). “Equilibrio en las finanzas públicas frente a las contingencias y demandas contra el Estado colombiano”. *En Contexto: Revista de Investigación en Administración, Contabilidad, Economía y Sociedad*, 2, 51-68. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=551856273004>