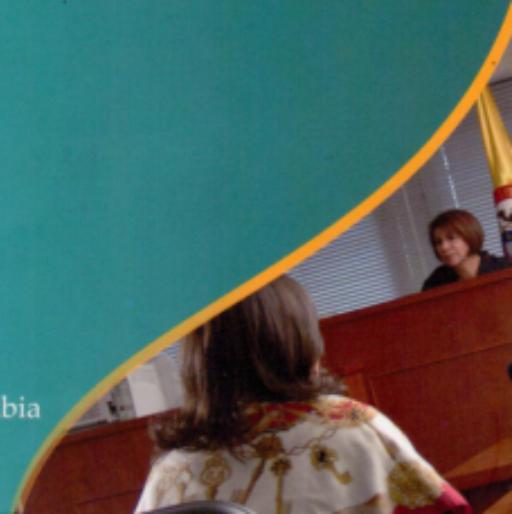




Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

República de Colombia



**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Consejo Superior
de la Judicatura

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

WILSON RUIZ

**PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA
PARA EL ÁREA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”**

ISBN 978-958-8331-23-2

WILSON RUIZ, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Contencioso Administrativa**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al **Área Contencioso Administrativa**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuyo autor **Wilson Ruiz, integrante del grupo de trabajo de este programa de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Contencioso Administrativa**.

El módulo **Responsabilidad del Estado** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, el autor complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelantan para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la

prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que aprenden* “learning organizations”, y *redes de aprendizaje* “learning networks”.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial.* Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación

de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas.* Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación.* Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Contencioso Administrativa**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan,

que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistemática y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Contencioso Administrativa**, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 – 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Contencioso Administrativa**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	23
1.1 Evolución histórica de la responsabilidad estatal	24
1.2 Evolución de la responsabilidad del estado en colombia	27
1.4 Conclusión	31
Actividades pedagógicas	33
Autoevaluación	34
Jurisprudencia	34
Bibliografía básica	35
Elementos de la	37
2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	38
2.1 Actuación administrativa	38
2.2 Daño o perjuicio	38
2.3 Nexo causal	44
2.4 Conclusion	47
Actividades pedagógicas	47
Autoevaluación	48
Jurisprudencia	49
Bibliografía básica	49
3. MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL	53
3.1 Responsabilidad por falta o falla del servicio probada	54
3.2 Responsabilidad del estado por daño antijurídico	58
3.3 Regimen de responsabilidad por falla presunta	63
3.4 Responsabilidad por daño especial (responsabilidad sin falta).	67
3.5 Responsabilidad del estado por riesgo excepcional (responsabilidad sin falta).	71

3.6	Responsabilidad del estado por actos terroristas.	77
3.7	Responsabilidad del estado por falla del servicio en la administración de justicia	84
	La responsabilidad patrimonial del estado por la falla en el servicio de administración de justicia, está erigida bajo tres modalidades:	93
3.8	Responsabilidad del estado por ocupacion de inmuebles y por expropiacion de inmuebles por utilidad social y en caso de guerra.	95
3.9	Responsabilidad del estado por ocupacion en razon de la ejecución de trabajos públicos	101
3.10	Responsabilidad del estado por almacenaje de mercancías	104
3.11	Responsabilidad médica estatal	113
3.12	Responsabilidad internacional del estado	134
3.13	Responsabilidad del estado legislador	148
	Actividades pedagógicas	152
	Jurisprudencia	155
	Bibliografía básica	159
4.	CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	163
4.1	Introducción	164
4.2	Culpa exclusiva de la víctima	164
4.3	Hecho de un tercero	168
4.4	Fuerza mayor	172
4.5	Conclusión	176
	Actividades pedagógicas	179
	Autoevaluación	179
	Jurisprudencia	179
5.	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y DE LOS PARTICULARES QUE CUMPLAN FUNCIONES PÚBLICAS	183
5.1	Generalidades	184
5.2	Conceptualizacion y caracterizacion de la acción de repetición	184

Actividades pedagógicas	198
Autoevaluación	198
Jurisprudencia	199
Bibliografía básica	200

CONVENCIONES

Ae	<i>Autoevaluación</i>
Ap	<i>Actividades pedagógicas</i>
B	<i>Bibliografía</i>
Bs	<i>Bibliografía seleccionada</i>
J	<i>Jurisprudencia</i>
Ce	<i>Objetivos específicos</i>
Qg	<i>Objetivo general</i>

Unidad 1 | ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Qg

Estudiar el desarrollo histórico del proceso de institucionalización de la responsabilidad jurídica del Estado a nivel global y conceptualizar a partir de lo nacional y de manera histórica, el proceso evolutivo de separación de la responsabilidad estatal del régimen de responsabilidad de derecho privado y la consolidación y establecimiento de un régimen especial de responsabilidad estatal, en cabeza de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Qe

- Caracterizar cada una de las etapas de responsabilidad estatal a nivel general e interno.
- Referenciar los fallos judiciales y acontecimientos históricos que determinaron un viraje o un precedente en el proceso de institucionalización de un régimen especial de responsabilidad del Estado.
- Identificar las falencias de cada una de las tesis o sistemas de responsabilidad que se empleaban.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Para abordar la historicidad de la responsabilidad del Estado, es pertinente hacer un sondeo de la misma a nivel general para finalmente abordar el tema con una perspectiva interna.¹

Este aspecto suele estudiarse bajo tres etapas, a saber:

1.1.1 Primera etapa. La irresponsabilidad

Bajo esta época se consideraba al Estado, representado por su Rey, como un ser omnipotente en el ejercicio del poder, en razón del principio de soberanía absoluta razón por la cual todas sus actuaciones estaban revestidas de absoluta legalidad, tal como lo afirmaba LAFERRIERE “La esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación alguna”², además la idea de omnipotencia soberana del Rey derivaba de la concepción teocrática que para aquel entonces imperaba.

No obstante esta idea de irresponsabilidad absoluta, encontró ciertas limitaciones aunque demasiado laxas a su imposición arbitraria. En principio, la persona del Estado no era responsable de los daños causados en el ejercicio de su actividad, lo era el agente que había actuado en nombre del Estado³.

1 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMON FERNANDEZ, Tomas. *Curso de derecho administrativo*, t II, 6^a ed., Madrid. Editorial Civitas, 1999, p. 353 y ss.

2 Citado por: RODRIGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo y colombiano*. Decimocuarta edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2005, p. 458

3 Es decir, para ese entonces, el estado tenía unas limitaciones para actuar conforme a la ley, de llegar a sobrepasar esos límites, no es ya el estado el que actúa sino el funcionario personalmente y quien debe soportar las consecuencias. (GORRIES ESTRADA, Cesar. *Responsabilidad directa de las personas jurídicas* en revista “Estudios de Derecho” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Volumen 36, Medellín. Septiembre de 1975).

Cuando la falta era de carácter anónimo, en Inglaterra se utilizó el sistema de acusado nombrado, figura mediante la cual la administración señalaba el funcionario contra quien se dirigía la acción de resarcimiento. Según esta perspectiva el estado como persona moral no podía actuar ilícitamente, era inmune, los actos de naturaleza ilícita eran personales, es decir se le endilgaban a sus agentes y administradores. Para fundamentar la endilgación de responsabilidad en la persona del agente o del administrador se recurría a la figura del mandato, para con ello sostener que los actos cometidos por los funcionarios al servicio del estado eran una trasgresión del mandato, que extralimitaba los fines de la persona moral o del estado.

Una segunda posibilidad de endilgarle responsabilidad, surgía cuando la ley expresamente lo consideraba para un caso, como sucedió en Francia con los daños causados por trabajos públicos. Una tercera probabilidad, se derivaba de la aplicación de la teoría de los actos de poder y los actos de gestión, frente a tal teoría se consideró que el Estado era irresponsable frente a los daños causados por su actividad en el poder, pero respondía por los perjuicios ocasionados con su actividad de gestión, toda vez que, en este último caso, actuaba bajo los parámetros de las actuaciones de los particulares.

1.1.2. Segunda etapa: La responsabilidad:

Esta posición del derecho fue producto del establecimiento del principio de legalidad. Gracias a la Revolución Francesa de 1789⁴, sus postulados cimentaron la necesidad de someter el ejercicio del poder al derecho o a un marco jurídico con el cual se determinara la legalidad de las actuaciones del Estado.

Posteriormente, se aceptó la responsabilidad del Estado mediante el ejercicio de la actividad judicial, no obstante no se manejaron criterios jurisprudenciales-normativos unívocos que permitieran hablar de unificación de las decisiones. En la búsqueda del fundamento legal de dicha responsabilidad se invocó el artículo 1384 del Código Civil Francés, que consagra la responsabilidad de los amos y patronos por el hecho de sus criados y dependientes, es decir, el Estado adquirió el estatus de amo o patrón frente a los hechos de sus agentes. Del anterior fundamento de responsabilidad estatal se establecen dos consecuencias: en primer lugar, la responsabilidad se basa sobre la culpa del amo o patrono, en el caso de la responsabilidad pública sería del Estado, en la elección o vigilancia de sus agentes (*culpa in eligiendo o culpa in vigilando*), lo cual implicaba que si el Estado no elegía o no vigilaba bien a sus agentes se podía ver cominado a responder. En segundo término, se trata de una *responsabilidad indirecta*, en la medida en que el Estado como persona jurídica no le es posible obrar ilícitamente.

Como se trataba de una responsabilidad indirecta y basada en la culpa, la administración podía exonerarse aduciendo cuidado y diligencia en la elección y vigilancia de sus agentes, lo cual era perjudicial para el administrado quien debía probar la culpa del Estado en la elección o cuidado de sus agentes. Pese a lo anterior, no se puede desconocer el avance tan significativo que representó la declaración de responsabilidad indirecta del Estado, porque una vez se daba,

⁴ Puesto que, antes las actuaciones del Estado se regían bajo los postulados del estado gendarme o de policía, encargado solamente de la defensa y de la seguridad, pero no intervencionista por ello se consideraba que no podía hacer daño a los particulares y como consecuencia de ello no se podía hablar de responsabilidad del estado.

era la hacienda pública la que entraba a responder económicamente por los perjuicios causados a la víctima. Posteriormente se determinó el inconveniente en el manejo de dicho régimen puesto que asimilaba las relaciones entre particulares a las desarrolladas entre el Estado y un funcionario.

Se desarrolla entonces, el *régimen o tesis de responsabilidad directa* con base en la noción de servicio público, fue cediendo en forma progresiva la posición del Estado liberal o abstencionista para transformarse en la moderna administración intervencionista. El intervencionismo del Estado supone la asunción de múltiples formas de prestar servicio y con ello de mayor probabilidad de causar daños.

Se constituye en un referente histórico el polémico Fallo Blanco de 1873, del Tribunal de Conflictos Francés, el cual determinó la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado independiente de que estuviera consagrada de forma expresa o de que su actividad fuera de poder o de gestión toda vez que, en esta decisión se tomó como base la nueva noción del servicio público que entró a sustituir las nociones de poder y de gestión.

Dentro de este régimen se maneja los dos regímenes de responsabilidad estatal, a saber, el subjetivo (falla o falta del servicio) y el objetivo fundado en el daño antijurídico causado, el cual excede el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Este fallo, sí bien no cambió de forma radical la situación anterior, en la medida en que no instituyó la responsabilidad del Estado como regla general, si logró sentar un precedente, puesto que, se pasó a considerar que el Estado en el ejercicio de la prestación de los servicios (nueva forma de concebirlo), podía ser responsable en ciertos casos y no solamente frente a las situaciones previamente establecidas por la ley o en aquellos en que actuara bajo los postulados de actividad de gestión, además de que marcó el nacimiento del derecho administrativo como régimen especial de responsabilidad estatal, desligándolo de las normas de derecho civil, mediante las cuales habían sido manejados los temas de derecho público.

1.1.3. Tercera etapa. La responsabilidad creciente.

A partir del Fallo Blanco, se empezó avanzar hacia una concepción más amplia de la responsabilidad del Estado, en situaciones como:⁵

⁵ RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*, 2ts., Paris, Presses Universitaires de France, Collection Thémis, 1977-1981, ver obra traducida al español, p. 297.

- 1- Se extendió a servicios para los cuales estaba excluida como es el caso del servicio de policía.
- 2- La culpa exigida para comprometer la responsabilidad del Estado, fue haciéndose cada vez menos rígida, hasta llegar a considerar la responsabilidad del Estado bajo los postulados que edifican la teoría de la responsabilidad objetiva.
- 3- Las reglas determinantes de la indemnización de los perjuicios han evolucionado en sentido favorable a los perjudicados
- 4- Para garantizar la indemnización de los perjudicados se ha llegado a considerar la posibilidad de permitir la figura de acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración.

Hay algunos autores que consideran la posibilidad de establecer la responsabilidad social del estado, en razón de todos aquellos perjuicios que se causen a los miembros de la comunidad y frente a los cuales no aparezca un responsable identificado, o aún en el caso de que apareciendo, este no tuviera medios para indemnizar.⁶

1.2 EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA⁷

Solo hasta finales del siglo XIX, se desarrolló jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia la consagración de la responsabilidad estatal en los siguientes términos: “todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes”⁸.

⁶ Consultese a VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil, T III, de las obligaciones*, 9^a ed., Editorial Temis, Bogotá. 1999.

⁷ Tomado de: RODRIGUEZ, Libardo. *Op. Cit.*, p. 461 y ss.

⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, 22 de octubre de 1896.

Fue hasta hace muy poco que se determinó que la responsabilidad del Estado se rigiera por instituciones jurídicas propias y no estuviera más determinada por las reglas de responsabilidad de los particulares.⁹

1.2.1 Etapa de la aplicación del derecho privado

Para esta época, si bien se reconoció la posibilidad de declarar responsable al estado no se hizo mediante el establecimiento de instituciones propias sino asimilándolo a una persona jurídica de derecho privado, de allí la aplicación del régimen jurídico de responsabilidad de derecho privado, el cual se aplicó de dos maneras, mediante la responsabilidad directa y responsabilidad indirecta.

a- Régimen de responsabilidad indirecta:

El tema de responsabilidad del Estado bajo un régimen especial de responsabilidad fue desarrollado por un fallo del Consejo de Estado que se constituye en el principal referente histórico del tema.¹⁰ La responsabilidad indirecta fue la que inicialmente se reconoció en relación con las personas jurídicas, tanto de orden privadas como públicas. Su fundamento radicaba en la culpa cometida por los funcionarios o subalternos de la persona jurídica cuando causaban daños a terceros en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

Este régimen se fundamentó en dos pilares a saber, la culpa in eligendo (culpa en la elección) y culpa in vigilando (culpa en la vigilancia), de acuerdo a estos pilares, la persona jurídica estaba obligada a elegir a sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, de tal forma que si ellos o ellas incurrián en culpa en ejercicio de sus cargos, dicha culpa se trasladaba en cabeza de la persona jurídica y a su vez se consideraba que la persona jurídica incurría en culpa.

El fundamento legal de dicha responsabilidad se encuentra en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que regulan la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos.

⁹ RODRIGUEZ, Libardo. Op. Cit. P. 461. véase mas detalles en HENAO, Juan Carlos. *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, en jornadas colombo venezolanas de derecho público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. p. 729 y ss.

¹⁰ Sentencias Consejo de Estado: 28 de octubre de 1976, S 3a, expediente 1482, 12 de diciembre de 1986, S3a, expediente 4.910

La aplicación de este régimen se dio hasta el año 1939,¹¹ no obstante con posterioridad se le dio aplicación en ciertos fallos.¹²

b- Régimen de responsabilidad directa

Se consideró que la persona jurídica constituía, junto con sus agentes o funcionarios y funcionarias, una unidad, de tal forma que la “la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa del agente cualquiera que estos sean, es su propia culpa”¹³. Esta posición se desarrolló en la jurisprudencia a partir de 1939¹⁴ y se fundamentó legalmente, ya no en los artículos 2347 y 2349, sino en el artículo 2341 del Código Civil, que consagra la responsabilidad por el hecho propio.

Esta teoría tuvo mediante un pronunciamiento jurisprudencial un viraje, que le significó una limitación en su aplicación, viraje dado como consecuencia de la aplicación de la teoría orgánica u organicista:

Bien, las personas jurídicas obran también mediante órganos en general, pues el órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; y por ser ese órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines colectivos de la persona jurídica, por ser parte integrante de su existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica¹⁵

En una posición más concreta, el citado pronunciamiento jurisprudencial reza: Resumiendo esta noción de los órganos podemos decir que ellos son una parte integrante de la persona jurídica, de los cuales se sirve para sus propias actividades, de la misma manera que la persona física se sirve de su cerebro, de su boca, de sus manos, etc.,. Se miran como hechos propios de una persona jurídica los realizados por algunos órganos en cumplimiento de alguna función colectiva propia de la persona jurídica. Cuando la persona jurídica realiza sus funciones sirviéndose de uno de sus órganos, tenemos responsabilidad

¹¹ Sobre la aplicación constante de la responsabilidad indirecta pueden verse las siguientes sentencias: Corte Suprema de Justicia 19 de julio de 1916; 17 de junio de 1938, y 12 de mayo de 1939.

¹² Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia: 30 de junio de 1941; 10 de noviembre de 1941; 28 de octubre de 1942; 20 de abril de 1944; 4 de Julio de 1957 y, 2 de febrero de 1959.

¹³ Sentencia Corte Suprema de Justicia, sentencia 30 de junio de 1962

¹⁴ Ver las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia: 21 de agosto de 1939, SCC.; 28 de noviembre de 1944, SCC.; 18 de abril de 1945, SCC; 11 de abril de 1946, SNG.; 30 de septiembre de 1946, SCC., y 18 de octubre de 1950, SNG.

¹⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, 28 de febrero de 1958, SCC.

directa o por el hecho propio, en razón de los daños causados a terceros y cuando los órganos se sirven de personas auxiliares, mediante una relación de subordinación que dé a la persona jurídica la calidad de patrón o patrona y al trabajador o trabajadora la calidad de dependiente, los daños que este o esta cause a terceros en el cumplimiento de sus órdenes, generan responsabilidad indirecta o por hecho ajeno a la persona jurídica.

1.2.2. ETAPA DE TRANSICIÓN

Esta etapa desarrollada a partir de 1941, se encuentra determinada por los primeros pasos en el establecimiento de un régimen de responsabilidad estatal especial. Es así como, desde una sentencia del 30 de junio de 1941, la Corte Suprema de Justicia comenzó a dar aplicación en algunos casos a la teoría de la culpa, falta o falla del servicio, para fundamentar la responsabilidad de las personas públicas.

En medio de la confusión que suscitaba la aplicación del régimen de derecho privado para endilgar responsabilidad a las personas jurídicas de derecho público o la aplicación de la teoría de la falla, culpa o falta del servicio, el Consejo de Estado asumió el conocimiento de algunas demandas sobre la responsabilidad del Estado por trabajos públicos, en razón de la competencia atribuida por el Código Contencioso Administrativo y le dio aplicación a la teoría de la falla o falta del servicio¹⁶.

Esta época es denominada de transición y no de institucionalización de un régimen especial de responsabilidad estatal a pesar de la aplicación de la teoría de la falla o falta del servicio por las siguientes razones:

- 1- La aplicación de la teoría de la culpa o de la falla del servicio fue parcial, puesto que no se aplicó para fallar todas las modalidades de responsabilidad del Estado, aún se aplicaba la teoría organicista para el caso de la responsabilidad directa y en otros casos se aplicaban los postulados de la responsabilidad indirecta.
- 2- Pese a que se aplicaba una teoría propia de derecho público, la Corte Suprema de Justicia, en su afán por determinar el fundamento legal de la misma, la ligó al artículo 2341 del Código Civil que, consagra la responsabilidad por el hecho propio, luego la influencia del derecho privado era determinante.

¹⁶ Sentencias Consejo de Estado: 30 de septiembre de 1960, SCA., y sentencia de 2 de noviembre de 1960, SCA.

3- A pesar de que el Consejo de Estado encontró el fundamento legal en los artículos 16 y 20 de la Constitución Política de 1886 y en el Código Contencioso Administrativo, no por ello puede decirse que existiera un régimen de responsabilidad estatal especial, puesto que la regla general era la competencia de los casos de responsabilidad estatal por parte de la Corte Suprema Justicia y excepcionalmente los asumía el Consejo de Estado.

1.2.3 ETAPA DE APLICACIÓN DE DERECHO PÚBLICO

A- En cuanto a la competencia: de conformidad con el Decreto 528 de 1964 se designó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad de la administración (Art. 20, 28, 30 y 32), actualmente está competencia de la jurisdicción contencioso esta confirmada en los artículos 82 y 128 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

B- En cuanto al fondo: para el año 1941 se empezó aplicar la teoría de la falla o falta del servicio, a partir de la década de los 70 la aplicación de tal teoría se consolidó y se impuso. Con la Constitución de 1991, el fundamento de responsabilidad del Estado se sustituyó de la teoría de la culpa o falla del servicio hacia el daño antijurídico.

1.4 CONCLUSIÓN

En el ámbito universal, el desarrollo requerido para consolidar un régimen de responsabilidad estatal, inició con una etapa denominada de *irresponsabilidad*, en la cual el Rey se consideraba como un Dios lo cual implicaba, que sus actuaciones estaban revestidas de absoluta legalidad, adicionalmente el Estado estaba revestido de toda omnipotencia o supremacía frente a sus súbditos, ello gracias al desarrollo de la tesis de la soberanía absoluta.

Se desarrollaron una serie de limitaciones parciales frente a la irresponsabilidad anterior, tales como;

El Estado no era responsable sino el agente que actuó en nombre del Estado, es decir la persona moral del Estado no incurría en responsabilidad, él era inimputable, en tanto que el funcionario o la funcionaria con base en la teoría del mandato era responsable de sus actuaciones irregulares, porque la administración argüía que había desbordado los términos en los que había sido conferido el mandato.

El Estado era responsable cuando la ley expresamente lo fijaba. Con base en la teoría de los actos de poder y de gestión, el Estado solo era responsable por los actos de gestión. No se puede desconocer que para esta etapa las actuaciones del Estado se regían bajo los postulados del Estado gendarme o de policía o de seguridad y al no ser intervencionista no se predicaba de él responsabilidad alguna.

La etapa de responsabilidad del Estado inició con una fase de responsabilidad indirecta, fue una de las conquistas de la Revolución Francesa, uno de sus postulados señalaba la necesidad de someter el ejercicio del poder al derecho, que es lo que se denomina principio de legalidad. Adicionalmente, mediante los fallos judiciales se buscó el fundamento de responsabilidad del Estado y se determinó que se encontraba en el artículo 1384 del Código Civil Francés el cual regula la responsabilidad por el hecho de los criados o dependientes, el Estado entonces, entraba a responder cuando no era lo suficientemente diligente en la elección o vigilancia de los funcionarios o funcionarias (*culpa in eligiendo o culpa in vigilando*).

Posteriormente se habló de la responsabilidad directa, gracias a la noción de servicio público, que implicaba la intervención del Estado en diversas actividades en beneficio de la comunidad, pero a su vez implicaba el desarrollo de relaciones más complejas puesto que, existía la probabilidad de causar un mayor daño.

El Fallo Blanco de 1873, sentó las bases para desligar la responsabilidad de la administración con fundamento en el régimen privado de derecho civil, de igual manera, se constituyó en un valioso precedente, para hablar de la institucionalización de un régimen especial de responsabilidad de la administración y declaró responsable al Estado con base en el desarrollo de la noción de servicio público.

En la etapa de responsabilidad creciente, se ampliaron los campos de declaración de responsabilidad estatal, ello gracias al Fallo Blanco y a la evolución de las distintas formas de relacionarse el Estado y por ende en el aumento de posibilidades de causar daño en el ejercicio de sus actuaciones.

En nuestro régimen interno, se habló de una etapa de aplicación del derecho privado mediante dos modalidades, bajo la modalidad de responsabilidad indirecta la culpa en que incurría el funcionario o funcionaria en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de esta, mediante una ficción se desplazaba en cabeza del Estado, solo en los casos en que se podía hablar de *culpa in eligiendo* y *culpa in vigilando*. Fundamento legal, artículo 2347 y 2349 del Código Civil, responsabilidad por hechos ajenos.

En la etapa de responsabilidad directa, se desarrollaron dos momentos: el primero a partir de 1939 en la cual se consideraba que la persona jurídica y física del agente formaban una sola persona o unidad por ello sin necesidad de ficción. La culpa del agente era la misma del Estado y ello era así sin importar la calidad del funcionario, pero a partir de 1958, ocurre un viraje en la aplicación de la responsabilidad directa, limitándose su campo de acción, producto del desarrollo de la teoría organicista según la cual el Estado responde directamente solo por los hechos ejecutados por sus órganos, es decir por los funcionarios y funcionarias que actúan en nombre y representación de tales órganos, por ejemplo por un Contralor o Contralora general de la República que es la cabeza de la Contraloría (órgano de control del Estado), en tanto que cuando actúa un subalterno o subalterna de dicho órgano, en este caso un o una dependiente del Contralor, a su vez, de la Contraloría como órgano, el Estado responde indirectamente o por el hecho ajeno a la persona jurídica. Se deduce entonces, una mixtura de regímenes.

Frente a dicho sistema de responsabilidad, surgen varias dudas. Por ejemplo, que pasaba con la relación de dependencia o subordinación que existe entre un Ministerio y la Presidencia de la República, es decir, cuando, incurre en culpa un Ministro o Ministra, responde el Estado directamente por ser la cabeza de un ministerio (que se podría asemejar a un órgano del Estado, bajo tal teoría), o responde de manera indirecta el Estado porque el Ministro o Ministra es un subalterno o subalterna del Presidente de la República. Surge también, la duda en relación con el alcance del término “órgano del Estado”.

En la etapa de transición a partir de 1941, la Corte Suprema de Justicia aplicó la falla o falta de servicio, pero para darle fundamento legal se basó en el artículo 2341 del Código Civil, responsabilidad por el hecho propio, el Consejo de Estado solo asumió el conocimiento de asuntos de responsabilidad por trabajos públicos y declaró la responsabilidad con base en la falla del servicio.

Para la etapa de aplicación de derecho público, mediante Decreto 258 de 1964 se determinó la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer las controversias sobre responsabilidad de la administración.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Determine cuales fueron las conquistas jurídicas en torno a la responsabilidad estatal (a nivel general), suscitadas con la Revolución Francesa de 1789.

Realice un paralelo entre la responsabilidad estatal antes de la Revolución Francesa y después de ésta.

Determine los momentos en forma general en torno al establecimiento de la responsabilidad del Estado en materia judicial.

Teniendo en cuenta que de manera genérica se abordaron las ventajas y desventajas de la responsabilidad directa e indirecta del Estado, caracterice de manera más profunda las ventajas y desventajas de este momento de la responsabilidad estatal.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

POR FAVOR, TODA AUTOEVALUACIÓN DEBE BASARSE EN EL ESTUDIO DE CASOS. Desarrollar este ítem.

¿Cuáles serían las implicaciones jurídicas para los perjudicados al orientar la responsabilidad del Estado con base en las reglas de responsabilidad de los particulares?

Una vez determinado que el Fallo Blanco de 1873 sentó las bases para desligar la responsabilidad de la administración del derecho privado. Se pregunta: ¿cuales son las ideas o aportes principales de dicho fallo para suscitar un viraje en la noción y fundamento de la responsabilidad estatal?.

En nuestro derecho se desarrolló un momento de responsabilidad indirecta y directa; el de responsabilidad directa tuvo dos momentos y uno de ellos determinó un cambio que limitó las situaciones bajo las cuales respondía el Estado. Tal momento, fue desarrollado bajo los postulados de la teoría organicista. ¿Qué determina la responsabilidad del Estado bajo los postulados de la teoría organicista? ¿Considera usted viable la aplicación de tal teoría en la actualidad? Argumente su respuesta.

JURISPRUDENCIA

J

Las sentencias relacionadas se constituyen como referentes históricos objeto de obligatoria consulta, puesto que nos permiten estudiar el proceso de consolidación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa encabezada por su máximo órgano el Consejo de Estado como órgano único encargado de juzgar, controlar jurídicamente la administración, de igual manera, nos permiten analizar las situaciones en las cuales se confundía la jurisdicción contenciosa y la ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia para juzgar controversias de carácter administrativas,

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

Sentencias Consejo de Estado, 28 de octubre de 1976, S 3^a, expediente 1482,

Sentencia Consejo de Estado, 12 de diciembre de 1986, S3a, expediente 4.910

Sentencia Corte Suprema de Justicia 19 de julio de 1916;

Sentencia Corte Suprema de Justicia 17 de junio de 1938,

Sentencia Corte Suprema de Justicia 12 de mayo de 1939.

Sentencia Corte Suprema de Justicia 30 de junio de 1941;

Sentencias Corte Suprema de Justicia 10 de noviembre de 1941;

Sentencia Corte Suprema de Justicia, sentencia 30 de junio de 1962

Sentencia Corte Suprema de Justicia, 21 de agosto de 1939, SCC.

Sentencia Corte Suprema de Justicia 28 de noviembre de 1944, SCC.

Sentencia Corte Suprema de Justicia 18 de abril de 1945, SCC;

Sentencia Corte Suprema de Justicia 11 de abril de 1946, SNG.;

Sentencia Corte Suprema de Justicia, 28 de febrero de 1958, SCC.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

B

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMON FERNANDEZ, Tomas. Curso de derecho administrativo, t II, 6^a ed., Madrid. Editorial Civitas, 1999.

Esta edición del doctor GARCÍA DE ENTERRIA se trae a colación precisamente porque es uno de los principales doctrinantes del derecho español, que para nuestro interés trata de manera detallada, profunda y coherente la evolución de la tesis de responsabilidad estatal en el

B

derecho español, tal como se desarrollará, con mayor hincapié, en el siguiente componente.

RODRIGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo y colombiano. Decimocuarta edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2005.*

El tema de la evolución de la responsabilidad estatal en nuestro derecho es desarrollado de manera sencilla pero clara por el autor, razón por la cual es un buen punto de referencia para efectos de indagar en la materia.

Bibliografía complementaria

GORRIES ESTRADA, Cesar. *Responsabilidad directa de las personas jurídicas en revista “Estudios de Derecho” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Volumen 36, Medellín. Septiembre de 1975).*

HENAO, Juan Carlos. *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, en jornadas colombo venezolanas de derecho público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.*

RIVERO, Jean. *Les libertés publiques, 2ts., Paris, Presses Universitaires de France, Collection Thémis, 1977-1981, ver obra traducida al español.*

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil, T III, de las obligaciones, 9^a ed., Editorial Temis, Bogotá. 1999.*

Unidad 2 | ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Qg

Generar la discusión entre los participantes, sobre cada uno de los elementos o presupuestos de responsabilidad y la evolución doctrinaria y jurisprudencial de cada uno, y analizar, que unidos determinan las condiciones requeridas para endilgarle al Estado responsabilidad patrimonial y como consecuencia de ello, perseguir la reparación de los daños causados a las víctimas o en su defecto determinar las condiciones de no imputabilidad de responsabilidad estatal patrimonial.

Qe

- *Analizar y conceptualizar en torno a la actividad de la administración, el daño y el nexo causal como presupuestos para determinar la responsabilidad patrimonial del estado.*
- *Indagar sobre los límites y prerrogativas que la administración pública tiene en el ejercicio de las funciones en beneficio del interés general, para en determinado momento causar un daño que puede o no ser antijurídico, en razón de la imposición legal que obliga al particular a sacrificarse.*
- *Analizar el desarrollo de la construcción de la teoría de responsabilidad estatal bajo los postulados del daño antijurídico que desplazó la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado), al daño mismo.*

2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

2.1. ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Para poder hablar de responsabilidad patrimonial del Estado, es requisito indispensable (la manifestación de la voluntad del Estado) que exista una actuación que pueda ser imputable a una entidad pública, bien sea que dicha actuación del Estado se manifieste en razón de un acto, hecho, operación, vía de hecho u omisión. Desde luego es necesario que dicha actuación esté revestida de una irregularidad para ser imputable al Estado¹⁷, o que sí no está revestida de irregularidad de ella se derive la causación de un daño antijurídico que no debe ser soportado por la víctima en razón de la inexistencia de norma que disponga soportarlo.

Existen muchas actuaciones estatales que generan un daño frente al sujeto pasivo pero que están acordes con el ordenamiento jurídico y en ningún momento pueden ser reprochables; tal es el caso de un funcionario o funcionaria vinculado o vinculada por carrera administrativa que presenta mal rendimiento en el servicio; una vez es calificado o calificada y los resultados son insatisfactorios, se procede agotar el procedimiento interno previsto para los funcionarios o funcionarias que gozan de estabilidad laboral y se declara insubsistente.

En el caso anterior, si bien se causó un daño, no se puede decir que es indemnizable por ser imputable al Estado el acto de insubsistencia, puesto que, prima el interés general representado en este caso, en la buena prestación de los servicios a cargo de los funcionarios y funcionarias.

2.2 - DAÑO O PERJUICIO

La noción tradicional del concepto de daño estuvo determinada por el elemento culpa, pero con el surgimiento de la Constitución de 1991, se introdujo el concepto de daño antijurídico, lo cual determina que la prioridad no consiste en buscar un o una culpable para sancionarlo o sancionarla, sino en comprender y reparar a la víctima del mal injustamente sufrido¹⁸, con ello se avanza en la necesidad que existe de atemperar la teoría del derecho administrativo con los cambios suscitados en la praxis del mismo.

17 RODRIGUEZ, Libardo. Op. Cit., p. 453

18 GIL BOTERO, Enrique. *Temas de Responsabilidad extracontractual del estado*. 2^a edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2001, p. 14

Parte de la doctrina, suele entender este posicionamiento o supremacía de la víctima frente al Estado, como el desarrollo de una rama denominada *derecho de la víctima*¹⁹, ello dado por la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en la Constitución de 1991 que al conjugarse con la concepción de Estado Social de Derecho, determinan su interés de manera sustancial por la víctima, con la finalidad de reparar o resarcir los perjuicios causados al mismo o la misma.²⁰

La estructura en la cual se fundamentaba la responsabilidad del Estado, estaba basada en: hecho, culpa, relación de causalidad, daño; solo existía la obligación de indemnizar si el daño había sido causado culpablemente,²¹ lo cual era supremamente desventajoso para el ciudadano o ciudadana víctima de la vulneración de un derecho o de una garantía, puesto que, si no probaba la falla o culpa del Estado (agente) veía casi imposible la reparación del daño sufrido.

La teoría de responsabilidad del Estado, en la actualidad se erige bajo los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, la importancia de dicho cambio radica en fundamentar la responsabilidad del estado en el daño antijurídico y en la imputación de tal daño a un órgano del Estado, y no solamente en la culpa del Estado o falla del servicio, lo anterior le ha permitido afirmar a la jurisprudencia que los dos únicos elementos indispensables para la declaración de responsabilidad del Estado son: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo a una persona jurídica de derecho público²²

Ahora bien, ¿qué se entiende por daño antijurídico y cuando o bajo qué circunstancias debe ser reparado?. Primero es preciso determinar si hubo o no daño, es decir, si hubo o no aminoración o alteración de una situación favorable²³, dicho en otras palabras, si hubo o no una aminoración patrimonial sufrida por la víctima²⁴; y el paso subsiguiente será establecer si es o no antijurídico; es decir, de acuerdo con la cláusula de responsabilidad establecida en el artículo

19 El profesor FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile. P. 384 y 385. con respecto al derecho de la víctima ha dicho: "No podemos cerrar los ojos a la realidad y vivir todavía apagados a un orden social inexistente. Hoy la comunidad se ve conmovida por nuevos y numerosos riesgos que determinan que el individuo pierda el control de su voluntad, y que lo llevan a ocasionar daños en donde muchas veces no puede buscarse un culpable por una u otra razón"

"Esto no implica que no existió el reproche y no debe dejarse a la víctima sin el justo resarcimiento al cual tiene derecho, porque ello atentaría contra la misma idea de justicia. En cuanto a esta rama del saber jurídico merece ciertamente llamarse derecho de la víctima".

20 GOMEZ POSADA, Jose Fernando. *Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia*. 2^a edición. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 2003, p 37

21 GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit., p. 16.

22 HENAO, Juan Carlos. *El daño*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1998, Pág. 623.

23 DE CUPIS, Adriano. *El daño*, Editorial Bosch, 1975, p.81

24 HENAO, Juan Carlos. Op. Cit., p. 84.

90 de la Constitución, un daño será antijurídico cuando, independiente de que sea consecuencia de un actuar legítimo o de una arbitrariedad frente al orden jurídico, no exista razón legal o de derecho que obligue a padecerlos y es antijurídico para quien lo sufre en la medida en que no está obligado a soportarlo por parte del ordenamiento jurídico.²⁵

La definición de daño antijurídico, quedó plasmada por la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁶ desde sus inicios, a saber:

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de la actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinada a ella sin deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal, ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado en un comportamiento institucional”.

Ejemplo de lo anterior, en materia jurisprudencial se encuentra en sentencia del Consejo de Estado²⁷ en la cual se dijo:

“Fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen porque soportar ningún detrimiento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una antijuricidad objetiva”.

25 GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit., p. 16 y 17.

26 Sentencia Consejo de Estado de 31 de octubre de 1991, M.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, exp. 6515.

27 Sentencia Consejo de Estado de 31 de octubre de 1991, actor Fabio Ruiz Ospina y otros vs. Fondo Vial Nacional. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

De conformidad con lo anterior, el daño será jurídico cuando existe el deber legal de soportarlo, en situaciones como, en los casos en que el legislador, mediante ley votada favorablemente por la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara, determine que no habrá lugar a tal indemnización, o cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social²⁸; de igual forma, en los asuntos de expropiación en tiempo de guerra, la cual podrá ser decretada por el gobierno sin previa indemnización, con la aclaración de la temporalidad de la ocupación para atender las necesidades de la guerra o para destinar a ella sus productos.²⁹

El daño es necesario demostrarlo por parte de quien lo sufre porque “no bastan las afirmaciones sobre la realidad del daño, se requiere su acreditación fenoménica, o sea la prueba de materialización del mismo, que no es más que el menoscabo patrimonial que sufre quien lo padece”.³⁰

Cabe anotar que, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia, el daño³¹ puede ser: daño material, conformado por el daño emergente y el lucro cesante, daño moral y daño fisiológico o a la vida de relación y puede también ser virtual.

El daño virtual o futuro, consiste en la alteración fenoménica o virtual que se proyecta hacia delante, para declararlo, el fallador se basa en presunciones, tal es el caso: indemnizando en determinados casos, a título de lucro cesante como en los casos de lesiones o muerte, dando por sentado que el lesionado o quienes dependían económicamente del fallecido, sufren un perjuicio patrimonial consistente en la disminución o falta del ingreso mismo. La Jurisprudencia Contenciosa Administrativa, maneja el “criterio o regla de la experiencia de la regularidad del comportamiento humano”, entonces, se determina la cifra numérica a indemnizar teniendo como referente los ingresos o salario mínimo legal, la vida probable y la edad productiva del afectado.

28 Artículo 58 de la Constitución Política de 1991.

29 Artículo 59 de la Constitución Política de 1991.

30 GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit., p. 21.

31 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, 13 de Diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán. En la cual se distingue el daño y el perjuicio: “EL daño, considerado en si mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio” mientras que “el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”.

El daño material se concibe como aquel que atenta contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, que produce perjuicios cuantificables en dinero³² en este concepto, se desarrolla la noción de daño emergente y lucro cesante; el daño emergente, se produce “cuando un bien económico (dinero, casa, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.”³³

En lo que respecta al daño emergente, jurisprudencialmente se han venido dando una serie de precisiones o ajustes que enriquecen y amplían el concepto, tal es el caso de la muerte de la cónyuge donde el cónyuge sobreviviente se vio obligado a requerir los servicios de un tercero o tercera para que supla las labores que su esposa cumplía con sus hijos e hijas y casa, produciéndose con ello una afectación patrimonial a título de daño emergente en razón de las erogaciones a favor del tercero o tercera³⁴. En cuanto al daño emergente futuro, el Consejo de Estado se ha pronunciado con énfasis en lo que concierne a los gastos de daños corregibles en el tiempo por cirugía o intervenciones médicas³⁵. Bajo el concepto de daño emergente, el Consejo de Estado ha cominado al Estado a cumplir con obligaciones de hacer como la de “prestación del servicio médico hasta lograr el objetivo propuesto”³⁶. Algunos doctrinantes consideran que dentro de la modalidad de daño emergente se puede incluir erogaciones como el pago a personas que deban colaborar con el lesionado o lesionada; el valor de un perro para ciegos o ciegas; los gastos devengados para adecuar el entorno-habitación de un parapléjico o parapléjica; el valor de una silla de ruedas; la contratación de una empleada doméstica para que cuide los hijos o hijas³⁷.

El reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente por lesión a bienes muebles e inmuebles, se establece con base en un peritaje, mediante el cual se determina la pérdida parcial o total, incluye el valor tanto de lo dañado como de las consecuencias de la privación³⁸.

En lo atinente al lucro cesante, es preciso tener en cuenta que se valora con base en la repercusión sobre la capacidad temporal o permanente para realizar la

32 HENAO, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 195 y ss.

33 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil*, t. IV, *De los Perjuicios y su indemnización*, Editorial Temis, Bogotá. 1999, P. 136 y ss.

34 GIL BOTERO, Enrique. “Temas de responsabilidad extracontractual del Estado”. 3ra edición, Librería Jurídica Comlibros, 2006, p. 86.

35 *Ibid.*, p. 86.

36 *Ibid.*, p. 87.

37 HENAO, Juan Carlos. *Op. cit.*, p 203 y 204

38 GIL BOTERO, Enrique. *Op. Cit.*, p. 88.

actividad laboral, el informe médico para efectos de ser más preciso y coherente, debe determinar los conceptos de capacidad laboral genérica y capacidad laboral específica, la primera, se relaciona con el criterio medio de la población, de la víctima en su entorno, de la naturaleza y afectación funcional del órgano lesionado, etc.; y la específica o capacidad laboral o productiva en concreto antes de producirse la lesión³⁹.

El criterio jurisprudencial para determinar la indemnización a título de lucro cesante en los eventos de fallecimiento se hace con fundamento en la capacidad productiva y no necesariamente con fundamento en el último salario o el salario mínimo ante un caso de desempleo temporal, se suele tener en cuenta la trayectoria histórica de las víctimas, calidades espirituales, profesional, la realidad⁴⁰.

Frente a las lesiones corporales, es directamente el afectado o afectada quien tiene derecho al resarcimiento, en atención a la incapacidad laboral⁴¹.

Por su parte, *el daño moral* es el dolor, la congoja, el sufrimiento o la tristeza producidos por la actuación que da lugar a la responsabilidad, que se tornan compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el juez o la jueza⁴². Comprende aspectos emocionales o espirituales mas no de orden patológicos, porque en este caso se configura un daño psicológico⁴³

En lo que respecta *al daño o perjuicio fisiológico o la vida de relación*, es pertinente traer a colación la distinción que hace la jurisprudencia y doctrina entre aquel y el daño material en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, a saber:

“...en efecto, la incapacidad física o psicológica del lesionado o lesionada le van a producir no solo pérdida de utilidades pecuniarias (daño material) o de la estabilidad emocional, o dolor físico (perjuicios morales subjetivos), sino que en adelante no podrá realizar otras actividades vitales, que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Así, la pérdida de los ojos privará a la víctima del placer de dedicarse a la observación de un paisaje, a la lectura, o asistir a un espectáculo; de igual forma, la lesión en un pie privará

³⁹ En la valoración del daño se está empleado un concepto reciente, denominado *hándicap*, hace referencia a la repercusión de la incapacidad sobre las diferentes actividades que realiza el sujeto en la vida diaria (vida familiar y afectiva, de formación, vida cotidiana, laboral, sociales y recreativas. *Ibid.*, p. 89.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 92 y 93.

⁴¹ *Ibid.*, p. 93

⁴² *Ibid.*, p. 230 y ss.

⁴³ *Ibid.*, p. 103 y 115

el o la deportista de la práctica de su deporte preferido; finalmente, la perdida de los órganos genitales afectara una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo psicológico y fisiológico de la víctima. Se habla entonces, de daños fisiológicos, de daños por alteración de las condiciones de existencia, o de daños a la vida de relación”⁴⁴.

“El perjuicio fisiológico es autónomo, independiente, con naturaleza y estructuración específica y corresponde a la protección de un bien de contenido claro, concreto y protegido por el ordenamiento, cual es el derecho a una existencia grata, placentera, a una integridad corporal que deviene o representa una situación de privilegio de agrado, lo que consecuencialmente lo ubica dentro de los bienes de contenido inmaterial”⁴⁵.

Bajo esta clase de perjuicios inmateriales (morales y fisiológicos o daño a la vida de relación) se comprenden todas aquellas personas que puedan resultar padeciendo el daño y no solamente el grupo familiar de la víctima, por ello se puede hablar de abuelos, abuelas tíos, tías, suegros, suegras, novios, novias o hasta un amigo o amiga⁴⁶.

2.3 NEXO CAUSAL

Entre la actuación imputable a la administración y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, lo que implica que el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación. Para la configuración de la referida relación de causalidad, el hecho o el dañó debe ser actual o próximo, igualmente debe ser determinante del dañó y debe ser apto o idóneo para causar dicho dañó.⁴⁷ En el caso de pérdida de oportunidad, hay que analizar si el daño es directo, personal y cierto⁴⁸:

Directo, en la medida en que exista imputación o causalidad causante del daño. *Personal*, en cuanto quien lo ha padecido sea realmente quien lo reclama, o en todo caso esté legitimado de acuerdo con la ley para reclamarlo.

44 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Ob cit.*, p.166 y ss. Puede verse también a NAVIA ARROYO, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000. Con un punto de vista jurisprudencial véase Consejo de Estado: sentencia 6 de mayo de 1993, S3a, exp. 7428; 12 de diciembre de 1996, S3a, exp. 10.805; sentencia 25 de septiembre de 1997, S3a, exp. 10.421; sentencia 2 de marzo de 2000, S3a, exp. 11.250; sentencia 19 de julio de 2000, S3a, exp. 12.287, y sentencia 15 de agosto de 2002, S3a. exp.14.357.

45 GIL BOTERO, op. cit., p. 105

46 Ibid., p. 96.

47 RODRÍGUEZ, Libardo. Op. Cit., p. 457. Si desea profundizar véase: GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit. P. 18 y ss. cit. se desea profundizar véase: GIL BOTERO, Enrique. tar, eso sia ley pra

48 Tomado de: GOMEZ POSADA, Jose Fernando. Ob cit., p. 38

Y, cierto, en la medida en que no sea puramente eventual o hipotético, sino tangible real, respecto del cual pueda el conocimiento manifestarse verdadero, seguro e indudable, sin importar, eso sí, que el daño sea pasado, presente o futuro.

En relación con el nexo de causalidad el Consejo de Estado, en sus pronunciamientos más recientes ha señalado⁴⁹:

Trayendo a colación la doctrina francesa⁵⁰, el nexo causal es elemento principal en la construcción de la responsabilidad, esto es la determinación de que un hecho es la causa de un daño, pues desde el punto de vista teórico resulta fácil, en criterio de los autores, diferenciar el tratamiento del nexo de causalidad dentro de los títulos objetivo y de falla; enuncian que los títulos objetivos admiten la responsabilidad inmediatamente el daño se relaciona con la actividad del demandado, con independencia de que se acredite con o sin culpa; mientras que el título de falla sólo la acoge cuando está relacionada con la culpa, con la irregularidad o la anormalidad, pero advierten la necesidad de no volverlo un elemento independiente y autónomo a los dos restantes para configurar la responsabilidad “es por su naturaleza, un vínculo, una relación entre la culpa y el perjuicio, una cualidad recíproca”, casi en crítica de la doctrina Alemana que lo ha convertido en “la clave del problema de la responsabilidad”. Otra parte de la doctrina califica, en interesante posición, los exonerantes de justificación como elementos de antijuridicidad del daño, así lo refiere Gesualdi⁵¹:

Cabe precisar que compartimos el criterio objetivo en el campo del derecho civil, al igual que otros autores, como Alterini, Mosset Iturraspe, Goldenberg y Vásquez Ferreira... Sin duda la antijuridicidad es independiente de la culpabilidad. La involuntariedad hace desaparecer a la culpabilidad, en tanto la antijuridicidad desaparece ante una causal de justificación... Debe ponerse de manifiesto que la presencia de una causa de justificación excluye la antijuridicidad, lo que lleva de la mano a sostener que en principio no existe una obligación de resarcir el daño ocasionado. Mosset Iturraspe divide esos eximentes en dos grandes grupos, en el primero, caben aquellas en las que la razón de su licitud radica en la ‘ausencia de interés’ sobre el bien jurídico que resulta lesionado o puesto en peligro; y en el segundo se ubican todas las que basan su licitud en la ‘primacía

49 Consejo de Estado. *Sentencia de Agosto 10 de 2005, radicado 15.127. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.*

50 MAZEAUD y TUNC. *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1963. Tomo 2-II. Págs. 6 a 8.

51 DORA MARIANA. *Artículo publicado responsabilidad por daños en el tercer milenio. Bueres y Kemelmajer. Abeledo Perrot. B. A. Págs. 143 a 151.*

del interés' sobre otro, con el cual entra en conflicto. Ejemplo del primer grupo es el asentimiento o conformidad del sujeto pasivo, y del segundo grupo, el estado de necesidad, la legítima defensa, la obediencia debida, etc.

Sentencia del Consejo de Estado, en la cual se decidió no declarar la responsabilidad del Estado por falta de prueba contundente de imputabilidad de responsabilidad al estado⁵²:

"En definitiva, esta prueba documental impide arribar al juez administrativo a la certeza en cuanto a la imputación del daño antijurídico en cabeza del agente del Estado que fue investigado, pero no condenado en sede penal mediante sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada.

4. No fue acreditado que la muerte de Milton Hernán Cerón Rengifo fue causada por miembros del Ejército, con arma de dotación oficial y en cumplimiento de una operación militar.

Los elementos de juicio legalmente acopiados en este proceso son escasos y los mismos no permiten establecer con claridad las circunstancias que en que murió Cerón Rengifo y, de consiguiente, no está acreditado materialmente que el homicidio fue cometido por un agente del Estado ni que haya sido con arma de dotación oficial⁵³. Ha dicho la Sala que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando una vez establecido la imputación a un agente del Estado las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público⁵⁴. Por manera que si no se acreditó materialmente la imputación del daño antijurídico a un agente del Estado no se configuró uno de los elementos estructurantes exigidos para comprometer la responsabilidad de la administración".

52 Consejo de Estado. Sentencia de 20 de octubre de 2005, radicado 15.195, M.P. Ruth Stella Correa Palacio

53 Ha dicho la Sala que hay lugar a presumir que el arma que porta un agente del Estado es de dotación oficial, cuando está acreditado que éste se encontraba prestando servicio. De lo contrario, deberá acreditarse por cualquiera otro medio probatorio que la entidad administrativa demandada es propietaria del arma con la que se causó el daño, o al menos la tenía bajo su guarda: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 16 de septiembre de 1999, exp: 10.922.

54 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp: 14.036: "Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevaleido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer "si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público".

2.4 CONCLUSION

De los elementos de responsabilidad del Estado, valga decir de a- la actuación de la administración, es preciso anotar que la administración se manifiesta mediante: hechos, omisiones, operaciones administrativas, vías de hecho, actos. La conducta o actuación idónea para imputarle responsabilidad al Estado no necesariamente debe derivar de una actuación irregular (piénsese en una falla del servicio por razón de actos terroristas) también es posible que surja la responsabilidad patrimonial del Estado, bajo el ejercicio de actividades licitas, exentas de falla del servicio pero riesgosas, en las cuales el Estado crea el riesgo de manera consciente y aún previendo la posibilidad de causar un daño asume la responsabilidad patrimonial por el daño antijurídico causado a la víctima quien no se encuentra jurídicamente obligado u obligada a soportarlo.

b- en cuanto, al daño antijurídico, es pertinente señalar que, hasta antes de la Constitución de 1991 por regla general se requería demostrar la falla del servicio para derivar responsabilidad del Estado, es decir, había que demostrar la falla (que el estado actuó mal, no actuó o lo hizo pero tardíamente), el daño y el nexo causal entre el daño y la falla, era un régimen subjetivo y resultaba en muchas situaciones desventajoso para el ciudadano o la ciudadana quien frente a una relación tan desequilibrada , veía truncadas las posibilidades de probar la falla en que había incurrido la administración. Con la consagración del daño antijurídico en el artículo 90 de la Constitución Política; para derivar responsabilidad del Estado se requiere la demostración del daño antijurídico(que sea injusto, es decir que, jurídicamente no exista la obligación de soportarlo, que sea efectivo, económico evaluable y susceptible de ser individualizado bien sea de manera personal o grupal) y su imputabilidad al Estado, nótese entonces, que la demostración de falla del servicio o la conducta culposa o dolosa no constituyen en la actualidad la única modalidad de endilgar responsabilidad al estado.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

- Determine las consecuencias que implica:

1- Radicar el fundamento de la responsabilidad del Estado en el daño antijurídico y su imputabilidad en el órgano estatal

2- Fundar la responsabilidad del Estado solamente en la culpa del Estado o falla del servicio.

Aparte de los ejemplos enunciados en torno a situaciones que no constituyen daño antijurídico, relacione o enuncie otros.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

Para el año 2007, una zona X de Colombia ha sido declarada zona ROJA, en su interior se encuentra una mina carbonífera, a pocos kilómetros se encuentra un puesto de policía que tiene entre sus funciones prestarle vigilancia a dicha mina. Los habitantes de la zona encontrándose en estado de zozobra constante por las advertencias de un posible ataque de las FARC solicitan se convoque un Consejo de Seguridad con las autoridades nacionales y locales. En efecto el Presidente se desplaza hasta la zona con su comitiva y se decide reforzar el pie de fuerza en la zona, el Presidente efectivamente le da la orden al Comandante de las Fuerzas Militares.

A la semana siguiente de dicho consejo ocurre el atentado terrorista a la mina, pese a que se reforzó pie de fuerza conforme con lo dispuesto por el Presidente en el consejo de seguridad, lo cierto es, que fue imposible evitar el ataque.

Entre las consecuencias, se tiene la muerte de 10 empleados de la mina carbonífera y de 3 militares, la destrucción de la mina entre otros.

Se pregunta:

1. *Existe o no responsabilidad del Estado por los hechos. Argumente su respuesta, considerando para ello los elementos de responsabilidad extracontractual del Estado.*
2. *Si existe responsabilidad, bajo qué régimen y cuál título de imputación lo argumentaría*
3. *Si no existe responsabilidad cual es la salida que tienen las víctimas*

JURISPRUDENCIA

J

La jurisprudencia propuesta pretende que los discentes asuman posiciones críticas frente a la evolución que la jurisprudencia ha tenido con respecto a la configuración de responsabilidad del Estado en el ámbito extracontractual, como sabemos, el Consejo de Estado en muchos asuntos no guarda un hilo conductor que en efecto, brinde coherencia con respecto a los criterios asumidos en relación con los regímenes de responsabilidad y los títulos de imputación.

Sentencia Consejo de Estado de 31 de octubre de 1991, M.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, exp. 6515.

Sentencia Consejo de Estado de 31 de octubre de 1991, actor Fabio Ruiz Ospina y otros vs. Fondo Vial Nacional. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado. Sentencia de 20 de octubre de 2005, radicado 15.195, M.P. Ruth Stella Correa Palacio

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 1999, exp: 10.922.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp: 14.036

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

B

GIL BOTERO, Enrique. Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado. 2^a edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2001.

GIL BOTERO, Enrique. Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado. 3^a edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2006.

Las ediciones de los textos del autor citado se traen a colación puesto que, en ambas, el autor de una manera profesional y acuciosa desarrolla de manera amplia y detallada la evolución de las teorías en torno al daño, lo cual implica el desarrollo de los presupuestos que se predicen del daño indemnizable, las clases de daño y con ellas la trascendencia de cada una de los daños reconocidos a nivel jurisprudencial y normativo,

B

propone de manera ejemplar críticas razonables a los fallos del Consejo de Estado y replanteamientos a la noción del daño.

HENAO, Juan Carlos. El daño. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1998.

Se considera una referencia de orden básica, puesto que realiza un estudio comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, lo cual permite desarrollar una visión de tal teoría en derecho comparado e interno para con ello determinar en qué se complementan, cómo se nutren y cuáles pueden ser las posibles soluciones en torno a temas planteados en relación con la teoría del daño

Bibliografía complementaria

DE CUPIS, Adriano. El daño, Editorial Bosch, 1975.

FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile.

GOMEZ POSADA, José Fernando. Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia. 2^a edición. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 2003.

MAZEAUD y TUNC. Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1963. Tomo 2-II. Págs. 6 a 8.

RODRIGUEZ, Libardo. Derecho administrativo y colombiano. Decimocuarta edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2005.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, t. IV, De los Perjuicios y su indemnización, Editorial Temis, Bogotá. 1999, P. 136 y ss.

La tesis del daño antijurídico descansa en la imperiosa necesidad de indemnizar aquellos daños padecidos por las personas que no encuentran en el régimen jurídico la obligación de soportarlo, independiente de la licitud o ilicitud de la conducta, por ello se dice que con la aplicación de la

B

tesis del daño antijurídico se desplazó el fundamento de responsabilidad del Estado de la ilicitud de la conducta al daño mismo.

c- En lo que respecta al nexo causal, resulta imperioso decir que se configura con él, el elemento principal en la construcción de responsabilidad estatal, ya que si no se logra demostrar la relación indisoluble que existe entre la actuación imputable a la administración y el daño causado no es posible hablar de responsabilidad estatal.

Unidad 3 | MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

Qg

Desarrollar las tesis o regímenes de responsabilidad que se manejan en la práctica contenciosa administrativa y que suponen una concatenación de la evolución jurisprudencial en torno al tema, puesto que, legalmente no existe una norma que regule dichas tesis o sistemas de responsabilidad.

Qe

- Diferenciar conceptualmente cada una de las tesis de responsabilidad estatal.
- Determinar cual ha sido los cambios suscitados en las concepciones de cada régimen de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales.
- Analizar los fallos del Consejo de Estado que relacionen situaciones de la vida práctica en torno al tema a desarrollar.

3.1 RESPONSABILIDAD POR FALTA O FALLA DEL SERVICIO PROBADA

3.1.1 ANTECEDENTES

La teoría de la falla del servicio tiene sus antecedentes en el derecho francés, siglo XVIII y no en el español como ocurre con la teoría del daño antijurídico. Surgió en razón de la tesis del servicio público, como deber básico del Estado, para con ello demostrar que tal responsabilidad le incumbía netamente a la administración y debía de asumirla de manera eficiente por ello no se le permitía al funcionario incurrir en errores o irregularidades que pudieran generar daños a los ciudadanos⁵⁵.

Antes de desarrollarse la cláusula general de responsabilidad estatal con la Constitución de 1991, La teoría de la falla del servicio constituyó el principio general de imputación de la responsabilidad del Estado, el régimen de responsabilidad objetiva no estaba institucionalizado, apenas se empezaba avizorar; con el desarrollo de la cláusula en mención la falla del servicio dejó de ser el único factor de imputación de responsabilidad del Estado⁵⁶.

La jurisprudencia moderna suele denominar esta responsabilidad como “culpa administrativa” pero es un concepto erróneo, toda vez que, la acepción “culpa” denota un elemento de naturaleza humana que no puede ser atribuido a una persona moral o jurídica, por ello la mejor manera de denominarla es empleando la acepción “culpa” o “falla del servicio”.⁵⁷

Bajo la concepción organicista del Estado, la falla del servicio es anónima, lo cual implica que no se circumscribe a examinar la actuación del funcionario, sino que juzga la función en sí misma, porque en cabeza de ella está la función de prestar los servicios públicos.⁵⁸

De acuerdo a lo anterior, el hecho de los agentes constituye un hecho de la propia administración, por ello la responsabilidad que surge es siempre directa y es objetiva⁵⁹ porque la imputación de la falta a la administración no depende de la configuración del dolo o culpa como ocurre en el derecho

55 GOMEZ POSADA, Jose Fernando. *Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia.* 2^a edición. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 2003, p. 44.

56 *Ibid.*, p. 47 y 48.

57 *Ibid.*, p. 44.

58 *Ibid.*, 45.

59 *Ibid.*, p. 45.

privado sino que depende de la mala o indebida prestación del servicio a cargo de la administración.

La responsabilidad por falla del servicio presenta TRES modalidades o supuestos a saber:

- *Indebido funcionamiento del servicio.*
- *No funcionamiento del servicio*
- *Funcionamiento del servicio, pero tardío.*

3.1.2 REQUISITOS

El Consejo de Estado vía jurisprudencial⁶⁰ ha determinado los requisitos para hablar de falla del servicio:

“a- Una falta o falla del servicio de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de la que se trata, no es la personal del agente administrativo sino la del servicio o anónima de la administración;

Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

c- Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc. Con las características generales predicadas por el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.;

d- Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización”.

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado en relación con la exoneración de responsabilidad del Estado por inexistencia de falla del servicio adujó⁶¹:

60 Consejo de Estado. Sentencia de 28 de octubre de 1976, expediente 1482, Magistrado Ponente Dr. Jorge Valencia Arango.

61 Consejo de Estado. Sentencia 20 de febrero de 1989. Sección 3^a. Expediente 4.655. otras sentencias en torno al tema: Consejo de Estado, sentencia 31 de julio 1989, sección 3^a. Expediente 2852. Consejo de Estado, sentencia 24 de noviembre de 1989. sección 3^a. Expediente 5.573., Consejo de estado, sentencia 11 de diciembre de 1992. sección

"En segundo término, y como régimen intermedio entre el que acaba de mencionarse y los de responsabilidad puramente objetiva de que de adelante se tratara, se encuentra aquel en donde la falta o falla del servicio es presunta. En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor solo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que, aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad.

En este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la administración pública demandada, exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continué intacto. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo inverso, es decir, en cuanto es a la entidad demandada a la que corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que este realice una valoración positiva del comportamiento administrativo".

3.1.3 CARGA DE LA PRUEBA

En el régimen de falla del servicio y en el desarrollo de un trámite procesal cualquiera la carga de la prueba está a cargo del demandante por regla general, es decir, en la configuración de la falla del servicio le corresponde al demandante acreditar el daño, uno de los supuestos de configuración de la falla del servicio y el nexo causal entre el daño y la falla del servicio (omisión o actividad irregular del Estado) porque la responsabilidad no se presume como ocurre en el régimen de falla presunta.

3.1.4 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

En el régimen de falla del servicio probada la diligencia, el cuidado, la pericia que logre demostrar el demandado se constituyen en eximentes de responsabilidad, así el daño persista; a diferencia de los otros regímenes de responsabilidad, el caso fortuito es eximiente de responsabilidad bajo este régimen, ni siquiera en el de falla presunta se acepta la tesis del caso fortuito, al respecto el Consejo de Estado ha precisado:

3^a. Expediente 7.154

"La determinación del régimen bajo el cual debe analizarse una situación particular tiene incidencia no solo en el aspecto probatorio sino también en cuanto a las causales exonerativas de responsabilidad. Así, en tanto que el caso fortuito exonera de responsabilidad en el régimen de la falla del servicio-probada o presunta-, no tiene esa virtualidad en el de presunción de responsabilidad, porque en este solo la causa externa o elemento extraño al demandado rompe el nexo de causalidad⁶²".

3.1.5 APLICACIÓN PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

Servicio de energía: falla del servicio por inobservancia de normas⁶³:

"De acuerdo con las normas mencionadas anteriormente, la distancia mínima que debía existir entre las construcciones y las redes de energía era de 3 metros, es claro, entonces, que al encontrarse los conductores de energía a 50 centímetros de la casa del Sr. Gómez, donde ocurrieron los hechos, se estaba incumpliendo los mínimos de seguridad señalados y, por ende, se puso en serio peligro a las personas que se encontraban en el lugar.

En efecto, las normas de seguridad de redes eléctricas, así como las referidas a las distancias mínimas, pretenden aminorar el riesgo inherente que implica la prestación del servicio de energía. ...Así las cosas, la sala considera que, en el caso concreto, se demostró que la entidad demandada incurrió en falla del servicio al situar las redes de conducción de energía a una distancia menor de la permitida por la reglamentación existente para esos casos."

No obstante, el Consejo de Estado como regla general suele considerar las actividades relacionadas con redes eléctricas o conducción de energía como actividades peligrosas enmarcando los daños antijurídicos ocasionados en el ejercicio de tal actividad, bajo el régimen de riesgo excepcional.

3.1.6 Conclusión

En síntesis podemos decir que el régimen de falla del servicio o subjetivo era hasta antes de la Constitución de 1991, la modalidad de imputación por excelencia de responsabilidad del Estado, puesto que el régimen objetivo de responsabilidad no estaba institucionalizado. Hoy se constituye como una de las formas por las cuales el Estado puede incurrir en responsabilidad.

⁶² Consejo de Estado. *Sentencia de octubre 18 de 2000, expediente 13.288, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.*

⁶³ Consejo de Estado. *Sentencia de 6 de Julio de 2005, rad. 13.943, Magistrado Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.*

Su configuración requiere necesariamente de la prueba de un daño y de su imputación al Estado porque de lo contrario así se demuestre la falla o falta en la prestación del servicio sin demostrar el daño y su imputabilidad al Estado, no se podrá hablar de responsabilidad del Estado.

Un ejemplo, de falla del servicio ocurre cuando existe un daño en una vía o hay un tramo de la misma en construcción y el Estado no toma las medidas necesarias y suficientes para indicar a la comunidad que determinado tramo de la vía está en malas condiciones y que por ello se debe reducir la velocidad o usar un solo carril, en caso de accidentarse una persona en ese lugar se puede configurar una falla del servicio porque el Estado no obró con la suficiente diligencia o pericia para prevenir a la población de dicha situación.

3.2 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO

ANTIJURIDICO

3.2.1 ANTECEDENTES

Es un término de origen español, de creación del Dr. Eduardo García de Enterría en los años 50, por la época en que en España se preparaba la expedición de la ley de expropiación forzosa, pero su fundamento era el concepto de LESION, al que todavía hoy hace referencia la Constitución de ese país.

Como se comentó en la unidad uno, hasta 1976 la responsabilidad del Estado estuvo fundamentada en las normas del código civil, en ese mismo año un fallo del Consejo de Estado de fecha octubre 28 con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango dio un viraje al fundamento de responsabilidad del Estado, para desplazarlo al artículo 16 de la Constitución de 1886, vigente en ese entonces:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares.”

3.2.2 CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

El constituyente de 1991 consagró en el artículo 90 de la Constitución Política la cláusula general de responsabilidad; a partir del daño antijurídico se erigen los regímenes de responsabilidad del Estado; gracias a la consagración de dicha cláusula, el concepto daño antijurídico se puede aplicar en materia precontractual, contractual y extracontractual.

Con la consagración del daño antijurídico en la Constitución de 1991, literalmente se trasladó el fundamento de responsabilidad desde la ilicitud de la conducta causante del daño, al daño en sí mismo, cuando de suyo este es antijurídico en particular.⁶⁴

Jurisprudencialmente del daño antijurídico se ha resaltado⁶⁵:

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinada a ella sin deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de “*injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal*”, ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado en un comportamiento institucional”.

El daño antijurídico debe configurarse mediante alguno de los regímenes o teorías jurisprudenciales de responsabilidad estatal, a saber:

- *La clásica falla del servicio*
- *La teoría de la falla presunta*
- *La teoría del daño especial*
- *La teoría del riesgo excepcional*
- *La responsabilidad por vías de hecho*

64 GÓMEZ POSADA, Jose Fernando. Op. Cit., p. 36j

65 Consejo de Estado. Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6515. Si se desea profundizar en el tema consulte: Gaceta Constitucional número 56, abril 22 de 1991, página 15 y Gaceta Constitucional numero 112, de 3 de Julio de 1991, paginas 7 y 8.

- *La responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.*
- *La responsabilidad por trabajos públicos.*
- *La responsabilidad por almacenaje de mercancías.*
- *La responsabilidad por error judicial.*

3.2.3 EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN ESPAÑA

Es preciso hacer una breve alusión a la evolución de la tesis del daño antijurídico en España, puesto que, como se dijo, este término tiene su origen en dicho país.

Hasta 1950, salvo lo dispuesto durante la II República⁶⁶ y en algunas normas sectoriales, sólo los funcionarios⁶⁷, y no la administración, respondían extracontractualmente de los daños que el desarrollo de la actividad administrativa pudiera causar.

El código civil sólo preveía en su artículo 1903 apartado 5 la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por un agente especial, pero determinar dicho agente era muy complejo, este mismo artículo remitía al artículo 1902 de la misma norma (el cual se encargaba de regular la responsabilidad civil por el hecho propio, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno) en aquellos casos en que el daño no fuera causado por un agente especial sino por un funcionario público, pero jurisprudencialmente no tuvo aplicación dicho precepto, por ello se dice que hasta 1950 la administración en España fue irresponsable.⁶⁸

66 El artículo 41 de la Constitución republicana de 1931 consagró por primera vez la responsabilidad de la administración española, pero de manera subsidiaria y remitiendo para su concreción a la ley, y su desarrollo legislativo solo tuvo un campo de acción local, mediante el desarrollo de una ley municipal de 31 de octubre de 1935 la cual no tuvo aplicación en la práctica. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho administrativo II*. Séptima ed., Madrid, Civitas, 2000. p. 367-368

67 Y de manera restrictiva, toda vez que la ley 5 de abril de 1904 y real decreto de 23 de septiembre de 1904, referidos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, exigían numerosos requisitos para poder configurarse dicha responsabilidad: culpa grave del funcionario, declaración previa de la existencia de infracción legal, intimación por escrito de la víctima, identificando el concreto precepto infringido. MARTIN REBOLLO, Luís. *La Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, en DA, números 237 y 238, enero-junio de 2004.

68 MARTIN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas*, en RVAP, num. 19 de septiembre-diciembre de 1987. p. 329.

En 1950, se crea la Ley de Régimen Local de 1950, estableció en sus artículos 405 y siguientes, la responsabilidad extracontractual directa o subsidiaria, de las entidades locales por los daños que pudieran ocasionar sus órganos de gobierno, funcionarios o agentes, pero como se observa sólo tenía un ámbito de aplicación local.⁶⁹

Con la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 se extendió la responsabilidad a todas las administraciones públicas y marcó un viraje en el sistema de responsabilidad extracontractual hasta ahora empezado a cimentarse, que ha llegado en sus aspectos sustanciales hasta la actualidad.⁷⁰

Dicha ley de expropiación presentaba dos novedades importantes: en primer lugar, se trataba de una responsabilidad siempre directa de la administración, más no subsidiaria, y en segundo lugar de una responsabilidad objetiva global,⁷¹ de carácter extracontractual y extendida a todas las actividades y sectores de la administración⁷²

No obstante, el régimen de responsabilidad instaurado por la ley de expropiación forzosa sólo era aplicable a la actividad de la administración en relaciones de derecho público; la administración, en su actividad desarrollada en relaciones de derecho privado, quedaba supeditada al régimen de responsabilidad extracontractual contenido en el Código civil, luego, era un régimen basado en la culpa.⁷³

El artículo 121.1 de la referida ley, determinó, en efecto, que la víctima tendría derecho a indemnización no sólo cuando el daño fuese la consecuencia del funcionamiento anormal sino también cuando estuviera respaldado el funcionamiento del servicio público de manera normal, es decir, desprovisto de toda culpa o ilegalidad⁷⁴.

En 1957, se promulgó la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, esta ley en sus artículos 40 y siguientes, mantuvo el régimen de responsabilidad

⁶⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración, hacia un Nuevo sistema.* 1^a ed., España. Civitas. 2002. p., 38.

⁷⁰ MARTÍN REBOLLO, Luis. *Leyes administrativas*, Pamplona, Aranzadi, 1999. p. 1772 en notas a los artículos 121 y 122 de la ley de expropiación forzosa.

⁷¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa.* Madrid. Civitas, 1984. p. 194-196.

⁷² MIR PUIGPELAT, Oriol. Op. cit., p. 43

⁷³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa.* Op. Cit., p. 199-201.

⁷⁴ Ibíd., p.40

objetiva global consagrado en la ley de expropiación forzosa, mejorándolo técnicamente y aclarando algunas dudas que tenía la ley de expropiación, esta ley consolidó⁷⁵ la responsabilidad objetiva de la administración y la solemnizó⁷⁶. No obstante, la responsabilidad del Estado por daños causados en ejercicio de una actuación de derecho privado quedó sometida al régimen de derecho civil, igual que con la ley de expropiación forzosa.⁷⁷

La parte de la ley de 1957 dedicada a la responsabilidad de la administración estuvo vigente durante 35 años, hasta ser derogada por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, no obstante la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado se sigue aplicando jurisprudencialmente⁷⁸.

En 1978, la responsabilidad extracontractual de la administración adquiere un rango constitucional, el artículo 106.2 de la Constitución Española determinó: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

No obstante, pese a tal consagración constitucional, el Tribunal Constitucional, ha señalado que el derecho a la indemnización por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos que se deduce del artículo 106.2 de la Constitución Española, es un derecho de configuración legal, por deferir a la ley su regulación⁷⁹. Se trata, entonces, de un derecho que no deriva directamente de la constitución, sino que exige la intermediación de una ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figure en la ley ordinaria que lo regule.⁸⁰

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, sufrió una reforma llevada a cabo con la ley 4 de 1999 de 13 de enero, pero no fue una reforma de carácter derogatorio, por el contrario extendió la responsabilidad de la administración española al campo de

⁷⁵ MARTÍN REBOLLO, Luís. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración*. Op. Cit., p. 338 y 339.

⁷⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho administrativo II*. Op. Cit., p. 369

⁷⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. Op. cit., p. 44.

⁷⁸ Ibíd. p. 45.

⁷⁹ Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 4º de la Sentencia de Tribunal Constitucional 325 de 1994 de 12 de diciembre.

⁸⁰ Tribunal Supremo. *Sentencia de tribunal supremo, en sentencia de 11 de marzo de 1999*.

las actuaciones desarrolladas en derecho privado, puesto que unificó el régimen material de responsabilidad al que quedan sometidas las administraciones públicas, es decir, en tanto exista una actuación en derecho público como en derecho privado quedará sometida a la cláusula general contenida en el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 y al régimen de responsabilidad de derecho público objetivo global , en ella prevista.

3.2.4 Conclusión

De acuerdo, con la noción del daño antijurídico, ya no se mira la intención que el agente tuvo cuando actuó o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la conducta, sino que se analiza la consecuencia de dicha conducta, es decir, el daño causado frente a la antijuricidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone; de hecho, en el ejercicio de actividades licitas se pueden causar daños pero la regla general indica que no existe un mandato o disposición legal que obligue a soportarlo, luego, el Estado debe repararlo.

Con la consagración de la tesis de antijuricidad del daño lo que se pretende en un Estado social de derecho, es resarcir o indemnizar los daños causados cuando una norma o disposición legal no consagra la obligación de soportarlo, garantizando el resarcimiento de aquellos daños que rompen el equilibrio frente a las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos, sin importar la intención del agente o la licitud de la conducta, sino actuando en acatamiento de la norma.

De otra parte, se puede decir que, en el derecho español, hasta el año 1950 el Estado no era responsable extracontractualmente, sólo lo era el funcionario que en ejercicio de sus actividades hubiese causado un daño y previo el cumplimiento de unos requisitos.

3.3. REGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR FALLA PRESUNTA

3.3.1 GENERALIDADES

Bajo este régimen, la responsabilidad de entrada se presume, lo cual implica que la carga de la prueba se invierte, es decir, el demandante solo debe demostrar el daño y el nexo causal del mismo con la actividad o hecho del Estado, más no debe demostrar que el Estado actuó mal, no actuó o lo hizo tardíamente, porque

la falla se presume y es al demandado a quien le corresponde demostrar una de las causales de exoneración de responsabilidad.

Las razones sustanciales para presumir la falla del servicio, surgen como consecuencia de la clase de actividades que se subordinan en este régimen, puesto que, de la condición de peligrosidad que tiene la actividad desarrollada, es razonable esperar no sólo un mayor riesgo, sino además una mayor probabilidad de producción de la falla, de allí que los ejemplos clásicos se encuentren relacionados con la responsabilidad por uso de automotores terrestres o aéreos y utilización de armas de fuego (más adelante se indicará el viraje de régimen de responsabilidad de estas actividades), además existe una razón más moderna, la cual consiste en la dificultad que ostenta el damnificado para demostrar la falla de la administración, tal como ocurre con la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos⁸¹.

3.3.2 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA FALLA PRESUNTA: TENDENCIA HACIA UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

El ejercicio de actividades peligrosas, como la conducción de automotores, naves, uso de armas de fuego fue catalogado hasta 1989 bajo el régimen de la falla del servicio probada, el 19 de diciembre de 1989 mediante sentencia del Consejo de Estado se adoptó el régimen de falla presunta para dichas actividades, posteriormente, mediante sentencia de 24 de agosto de 1992, por considerar que no opera una presunción de falla o falta de servicio sino de responsabilidad en razón del daño antijurídico causado a la víctima, se adoptó entonces la tesis de presunción de responsabilidad⁸², la tendencia en los pronunciamientos jurisprudenciales recientes, consiste en orientar el ejercicio de actividades peligrosas bajo la tesis del riesgo excepcional; de lo anterior se concluye que, a partir de 1989, el Consejo de Estado ha tenido como fin orientar el ejercicio de actividades peligrosas bajo el régimen de la responsabilidad objetiva, indiferente que lo denomine régimen de falla presunta, de presunción de responsabilidad o de riesgo excepcional.

81 GOMEZ POSADA, Jose Fernando. *Op. cit.*, p. 80-81

82Consejo de Estado. *Sentencia de octubre 18 de 2000, expediente 13.288, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.*

3.3.3 DISTINCIIONES SUSTANCIALES EN MATERIA DE RIESGO EXCEPCIONAL Y PRESUNCIÓN DE FALLA EN EL SERVICIO.

Es así, como en el primero se presume la responsabilidad en razón del daño antijurídico que padece la víctima, más no la falla del servicio como en el segundo, es decir, en la presunción de falla de entrada se advierte que hubo una omisión o una actuación irregular de la administración.

De igual manera, en el riesgo excepcional la administración sólo se puede exonerar de responsabilidad si logra demostrar una causa extraña a su actuación, es decir, la fuerza mayor, la culpa exclusiva y determinante de la víctima o el hecho de un tercero también determinante y exclusivo. En tanto que en el régimen de falla presunta la administración se puede además de respaldar en las causales anteriores, eximir de responsabilidad si demuestra que actuó con la debida pericia, diligencia y cuidado.

La tesis del riesgo excepcional por regla general se aplica para el ejercicio de actividades peligrosas, hubo una época, para la cual la tendencia consistió en orientar el ejercicio de tales actividades bajo el entendido de la falla presunta, lo cierto es que los criterios jurisprudenciales más recientes en su mayoría adoptan la tesis del riesgo excepcional, no obstante no se puede negar que no hay una unificación o unanimidad de conceptos en dicha materia, pero considero que la tesis a aplicar para el ejercicio de actividades peligrosas es el riesgo excepcional y no la falla presunta, precisamente porque las consecuencias adversas derivadas de tales actividades no implican necesariamente que el agente haya incurrido en una falla o culpa para endilgarle tal responsabilidad a la administración o dicho en otros términos no hay un reproche a la actividad de la administración, muy seguramente los resultados adversos son riesgos inherentes a la naturaleza de la actividad ejercida, piénsese en el manejo de un helicóptero, de un carro de guerra.

3.3.4 APLICACIÓN PRÁCTICO – JURISPRUDENCIAL

En un caso en que se accidentó un helicóptero y perdió la vida un teniente de la Fuerza Aérea, se pronuncio el Consejo de Estado:⁸³ (para ese entonces el criterio jurisprudencial aplicable al ejercicio de actividades peligrosas se basaba en el régimen de falla presunta).

⁸³ Consejo de Estado. Sentencia de 11 de septiembre de 1991, expediente 6429. Magistrado Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

“Efectivamente como dice el a quo, el teniente pereció cuando estaba en ejecución de una actividad peligrosa (el manejo de un helicóptero de la fuerza aérea), actividad que hizo presumir la falla del servicio y que le permitió a sus damnificados limitarse a probar la muerte y la relación de causalidad que existió entre esta y la actividad que cumplía.

Ha dicho la jurisprudencia, que la falla del servicio puede ser presunta o no; dándose aquella cuando, en razón de la actividad peligrosa, se desempeña la administración en provecho o beneficio. Esa falla se presume, porque exigir lo contrario impondría a la persona que ha sufrido el perjuicio la demostración de una conducta irregular o por fuera de los cánones del buen servicio, la mayoría de las veces prácticamente imposible o muy difícil. Basta pensar en esa prueba cuando el vehículo, un avión por ejemplo, queda totalmente destrozado luego del accidente”.

3.3.5 CONCLUSIÓN

El régimen de responsabilidad de falla presunta se maneja en aquellas actividades que, en razón del riesgo que comporta su ejercicio, implica una mayor probabilidad de falla del servicio, de igual manera, se aplica en aquellas actividades en las cuales la víctima o afectado se encuentra en mayor dificultad de demostrar uno de los supuestos de falla de la administración como ocurre en la prestación de servicios médicos y quirúrgicos por ello se habla de la carga dinámica de la prueba, aunque con precisas puntuaciones (como se verá en el acápite dedicado a la responsabilidad médica estatal).

En este régimen de falla presunta, al demandante solo le corresponde probar el daño y el nexo causal de este con el hecho de la administración, más no debe de probar la omisión o irregularidad del servicio puesto que este se presume. De allí que se maneje la inversión de la carga de la prueba, que implica que el demandado es a quien le corresponde probar que actuó dentro de los cánones así el daño persista.

Inicialmente el ejercicio de actividades peligrosas se manejó bajo la tesis de la falla probada del servicio, con posterioridad se manejó bajo la tesis de la falla presunta y en la actualidad se maneja bajo la tesis de presunción de responsabilidad – riesgo excepcional, ya que no se presume la falta o falla del servicio sino la responsabilidad por la causación del daño antijurídico que debe soportar la víctima.

Es importante resaltar que en materia de riesgo excepcional y presunción de falla en el servicio existen distinciones sustanciales:

En el primero se presume la responsabilidad en razón del daño antijurídico que padece la víctima, más no la falla del servicio como en el segundo.

De igual manera, en el riesgo excepcional la administración sólo se puede exonerar de responsabilidad si logra demostrar una causa extraña a su actuación, es decir, la fuerza mayor. La culpa exclusiva de la víctima determinante o el hecho de un tercero también determinante. En tanto que en el régimen de falla presunta, la administración se puede eximir de responsabilidad si demuestra que actuó con la debida pericia, diligencia y cuidado.

3.4 RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL (Responsabilidad sin falta).

3.4.1 CARACTERIZACIÓN

Este tipo de responsabilidad ocurre cuando el Estado en el ejercicio de sus actividades perfectamente lícitas, regulares, oportunas y eficientes⁸⁴ causa un daño que rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos, generándose una carga gravosa para aquel ciudadano, quien no está legalmente obligado a soportar tal ruptura.

Se trata de una aplicación práctica y por excelencia del Estado de derecho, con especial desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política⁸⁵. Los profesores Rivero y Waline, aducen⁸⁶: "... Desde el punto de vista teórico, un gran número de autores ve en la responsabilidad del poder público, una consecuencia necesaria del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. La acción administrativa se ejerce en el interés de todos: si los daños que de ello resultan para algunos no fueran reparados, las víctimas serían sacrificadas en beneficio de la colectividad, sin que nada justifique semejante discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en su detrimento".

En las situaciones susceptibles de ser indemnizadas con base en el daño especial, los sujetos procesales y la comunidad deben entender que no hay reproche o cuestionamiento en relación con la actividad desplegada por la entidad pública

⁸⁴ GÓMEZ POSADA, Jose Fernando. *Op. Cit.*, p. 94

⁸⁵ *Ibid.*, p. 95.

⁸⁶ Citados por GÓMEZ POSADA. *Ibid.*, p. 95

a través de la cual se indemniza, lo que ocurre es que se trata de un costo social, un medio para garantizar los derechos de los ciudadanos.⁸⁷

3.4.2 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

El demandado sólo logra exculparse si logra demostrar: la culpa exclusiva de la víctima de forma determinante y exclusiva, el hecho de un tercero también en forma determinante y exclusiva o la configuración de una causal de fuerza mayor.

3.4.3 CARGA DE LA PRUEBA

El demandante sólo debe demostrar el daño y el nexo causal existente entre el daño y la actuación de la administración, puesto que, se presume la responsabilidad del Estado con base en el daño antijurídico causado.

Al demandado le corresponde demostrar una de las causales eximentes de responsabilidad referidas, más no podrá exculparse demostrando: a- cuidado y diligencia porque no se trata de una falla presunta del servicio o, b- el ejercicio de una actividad lícita a menos que, legalmente o jurídicamente, exista la obligación para el afectado de soportar el daño sufrido.

3.4.4 APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Sentencia clásica de octubre 28 de 1976, caso de la intervención del Banco Bananero del Magdalena, en liquidación contra la Nación, por hechos en los que se acusaba la operación administrativa realizada a través de la Superintendencia Bancaria y relacionada con la intervención del Banco⁸⁸:

“... Mas, surge de la jurisprudencia la compendiada, que aún la actividad estatal absolutamente legítima, tanto por la existencia y extensión del derecho que ejerce como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente, puede dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado, que es lo que se conoce como responsabilidad sin falta.

Lo anterior importa que tal tipo de responsabilidad excluye, la derivada de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio o de la administración lógicamente, con mayor razón la derivada de las vías de hecho.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 96.

⁸⁸ Consejo de Estado. *Sentencia de octubre 28 de 1976, Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 1482.*

Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que la actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.”

Sentencia del Consejo de Estado de octubre de 1994, en la cual el Consejo de Estado decide indemnizar a los familiares del Sr. Juan María Valencia con base en la tesis del daño especial⁸⁹:

“Estos testimonios permiten establecer que la muerte de Juan María Valencia Monsalve ocurrió en un enfrentamiento entre la policía y un grupo armado, donde la actuación de la policía fue legítima por cuanto se limitó a repeler un ataque injusto, pero esa circunstancia ni el hecho de que no se hubiera determinado quien disparó el arma que mató a Valencia Monsalve, liberan de responsabilidad a la entidad demandada por cuanto fue en ese enfrentamiento donde resultó vulnerado el derecho a la vida de Juan Valencia, quien se vio sometido a una carga excepcional que no estaba obligado a soportar, rompiéndose en relación con él, el principio de igualdad frente a las cargas públicas”.

Sentencia del Consejo de Estado, de abril de 1994, mediante la cual se precisa las características del daño especial⁹⁰:

“La actividad de la fuerza pública y la ubicación de sus instalaciones era legítima y en beneficio de la comunidad, pero como por razón de ellas el actor sufrió un daño que desborda y excede los límites que normalmente están obligados a soportar los administrados, la indemnización de los perjuicios correrán a cargo del Estado (art. 90 de la C.N.).

La teoría del daño especial se torna más de recibo, para manejar el caso en comento, habida consideración de que el Ejercito Nacional hacia el año de 1983 decidió organizar sus instalaciones en un sector residencial de la ciudad colocando así a los habitantes del mismo, en las especiales circunstancias de riesgo pues nadie osaría negar, que dada la situación de orden público que hoy

⁸⁹ Consejo de Estado. *Sentencia de 7 de Octubre de 1994. exp. 10.460. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández*

⁹⁰ Consejo de Estado, *Sentencia de Abril 29 de 1994, expediente 7136. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

registra el país, las instalaciones militares son centros apetecidos por la guerrilla para hacer sus confrontaciones de guerra.

El Estado social de derecho, fundado en la SOLIDARIDAD en el cual LA PAZ es un deber de obligatorio cumplimiento, debe responder patrimonialmente, en los términos del artículo 90 de la Constitución, en todos aquellos casos en que tengan el universo del que dio lugar al presente proceso pues sólo así garantizará EL BIENESTAR, que es uno de sus fines. El problema de la guerra como camino bloqueado, esto es, sin salida, genera para el Estado nuevas responsabilidades que deben ser definidas por la magistratura teniendo en cuenta cada caso, como lo recuerda muy bien el profesor Jean Rivero.”

3.4.5 CONCLUSIÓN

La responsabilidad del Estado en razón del daño especial surge como consecuencia del ejercicio de una actividad lícita, en la cual no se reprocha la actividad ejercida por el Estado, sino que el Estado se ve obligado a indemnizar como consecuencia de la ruptura del principio de igualdad (art. 13 C.N) y del daño antijurídico causado a la víctima, a pesar que mediante el ejercicio de dicha actividad se haya beneficiado la sociedad.

En el ejercicio de esa actividad peligrosa o riesgosa, el Estado ha cumplido y se ha beneficiado (piénsese, en un operativo de seguridad o en un enfrentamiento contra un grupo subversivo), pero lo ha hecho a cambio del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, es decir, ha causado un daño al administrado excepcional, considerable, superior y anormal al que está obligado a soportar, entonces, por el beneficio obtenido de su actividad a cambio del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas y fundamentado en los principios universales del derecho como es la equidad, en los que fundan y rigen el Estado social de derecho como lo son: la solidaridad, el bienestar colectivo se ve conminado a resarcir el daño sufrido por la víctima.

El daño especial no se predica en los casos de responsabilidad por falla del servicio por vía de hecho o por la ilegalidad del acto administrativo, porque en ellas se presume una falla del servicio o una ilegalidad en la actuación de la administración y generalmente no se predica de la actividad por la cual se deriva el daño un provecho económico.

3.5 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL (Responsabilidad sin falta).

3.5.1 CARACTERIZACIÓN

La tesis del riesgo excepcional surge como consecuencia de la asunción por parte del Estado del ejercicio de actividades peligrosas que se asumen en aras del progreso económico y en determinados casos deviene en razón de las actividades desplegadas para proteger la comunidad.

Dichas actividades tienen una probabilidad alta de causar un daño definido previamente pero en razón del factor económico de provecho que no desconoce quien realiza y se beneficia de la acción, se prevé entonces la posibilidad de causar un daño antijurídico, al vulnerarse el principio de igualdad frente a las cargas públicas con respecto a quien padece el daño.

Actualmente la teoría del riesgo excepcional se aplica generalmente en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas, como por ejemplo la conducción de energía eléctrica, uso de armas de fuego, de vehículos automotores, etc., y se genera como consecuencia un régimen objetivo de responsabilidad.

En el acápite de la evolución de la tesis de responsabilidad por falla del servicio se señaló la tendencia en la línea jurisprudencial de los últimos fallos del Consejo de Estado, consistente en orientar el ejercicio de actividades peligrosas bajo la tesis del riesgo excepcional. No obstante, no se puede pasar por alto que hay ocasiones en las cuales no existe unificación de criterios jurisprudenciales por parte del Consejo de Estado, bajo ese entendido, sucede que declaren la responsabilidad del Estado por el ejercicio de actividades peligrosas con base en el daño especial y hay otras situaciones en las cuales el ejercicio de tales actividades se orienta con base en la tesis de la falla presunta, lo cierto es que aunque ello genera una inseguridad jurisprudencial frente a los fallos del Consejo de Estado se conserva la tendencia de orientar dichas actividades bajo un régimen de responsabilidad objetiva, con énfasis en la tesis del riesgo excepcional.

El Consejo de Estado frente a la tesis de riesgo excepcional ha dicho:
“No se trata aquí, entonces de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo

que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado.^{91”}

3.5.2 APLICACIÓN PRÁCTICA Y JURISPRUDENCIAL

En el siguiente extracto, el Consejo de Estado concluye que el Estado está llamado a responder con base en la teoría del riesgo excepcional, precisamente porque sometió a una persona a una carga pública mayor de la que estaba obligada a soportar al exponerlo a una zona de influencia guerrillera:

“Esta tesis tiene sustento en que la Administración se ve obligada a reparar los perjuicios a los particulares, cuando quiera los daños sean producidos como consecuencia de la explotación de una actividad peligrosa, o porque en la prestación de un servicio expuso a unos particulares a experimentar un riesgo de carácter excepcional, que se traduce en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, de lo cual resulta que el patrimonio de un particular resulta sacrificado en provecho de la colectividad.

En el caso en comento, se estructuran los supuestos de esta teoría, en la medida en que la Administración, por las actividades que adelantaba, en una zona de alta influencia guerrillera expuso a la víctima a soportar un riesgo excepcional, que desbordó aquellas cargas que normalmente deben asumir los particulares que impone nuestra Carta Política. Si bien el occiso se vinculó con la Administración mediante un contrato de trabajo u orden de prestación de servicios para que condujera uno de los vehículos en los cuales transportaban materiales para la construcción de la vía pública, no significa con ello que en forma voluntaria asumió el riesgo de que pudiera verse atacado por miembros de la subversión, toda vez que sus funciones no fueron delineadas para controlar el orden público sino para transportar materiales en uno de los automotores de la citada entidad, por manera que no se encontraba en la obligación de asumir en principio aquellos otros riesgos que no fueran inherentes a sus funciones. En síntesis sería a todas luces cuestionable que la Administración se sustrajera a restablecer el patrimonio de aquellas personas que siendo colaboradoras suyas se ven afectadas en sus intereses por una conducta imputable al Estado, con la condición clara está de que exista un nexo de causalidad jurídica entre esa conducta y el daño antijurídico que experimenta el afectado^{92.”}

⁹¹ Consejo de Estado. *Sentencia Agosto 10 de 2000. expediente 11.585, Magistrado Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández.*

⁹² Consejo de Estado. *Sentencia de 10 de marzo de 2005, radicado 15.182. Consejero Ponente German Rodríguez*

El Consejo de Estado en sentencia dictada el 16 de junio de 1997, se refirió al beneficio económico derivado del ejercicio de las actividades peligrosas de la siguiente forma:

“(...)1. La responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas o riesgosas se encuentra por completo desligada de toda consideración sobre la culpa o diligencia y prudencia de quien ocasiona el daño con fundamento en el principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet* (donde esta la utilidad debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro”.

Aplicación jurisprudencial, aplicación del riesgo excepcional como consecuencia del daño ocasionado por la modernización de los servicios desarrollados en beneficio de la comunidad:

“Responsabilidad por riesgo excepcional. Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar “un riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.

... En otras palabras, es el precio que fatalmente debe pagar el Estado frente a la modernización de los servicios a su cargo y que se traduce en una protección especial y excepcional al patrimonio del lesionado...

Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a la responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla del servicio⁹³”.

En el siguiente extracto el Consejo de Estado se refiere a los riesgos propios del servicio a que están sometidos los miembros de los cuerpos armados⁹⁴:

Villamizar.

93 Consejo de Estado. *Sentencia de 20 de febrero de 1989, sección 3^a. Consejero Ponente Dr. De Irisarri.*

94 Consejo de estado. *Sentencia de 5 de diciembre de 2005. radicado 15.830. Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio.*

"En relación con los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que estos deben soportar los daños que sufran como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo habrá lugar a la reparación cuando dichos daños se hayan producido por falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima sea causado con arma de dotación oficial, evento en el cual se aplica el régimen de responsabilidad objetivo, por la creación del riesgo. En todo caso, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait)⁹⁵.

Así, la Sala ha declarado la responsabilidad del Estado en los eventos en los cuales se ha acreditado el hecho de haber sometido a los miembros de la Fuerza Pública a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado⁹⁶.

... En síntesis, el Agente Bartolo Epifanio Beltrán Sierra falleció como consecuencia de la realización del riesgo inherente a su actividad, por lo cual su familia tenía derecho a reclamar las prestaciones laborales establecidas en la ley (decreto 1213 de 1990), pero no una indemnización por un hecho imputable al Estado".

3.5.3 Carga de la prueba

Le corresponde al demandante demostrar el daño y la relación o nexo de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa constitutiva como hecho de la administración.

3.5.4 Eximientes de responsabilidad

La administración se libera de responsabilidad en la medida en que logre demostrar la existencia de una causa extraña: fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima y el hecho de un tercero también determinante

⁹⁵ Ver, entre muchas otras, por ejemplo, sentencias de 21 de febrero de 2002, exp. 12.799; de 12 de febrero de 2004, exp. 14.636 y de 14 de julio de 2005, exp: 15.544.

⁹⁶ Exp. 10.921. En ese mismo sentido, ver, entre otras, sentencia de 20 de febrero de 2003, exp. 14.117, en la cual se afirmó que. "Si bien los agentes de la Policía asumen los riesgos inherentes a su actividad y por lo tanto, deben soportar los daños que sufran como consecuencia del desarrollo de dicha actividad, su decisión tiene límites que no pueden llegar hasta el extremo de exigirles que asuman un comportamiento heroico, cuando de manera desproporcionada e irrazonable se los somete sin ninguna ayuda real a confrontar una situación de peligro que conducirá inexorablemente a lesionar su integridad física o la pérdida de su vida, como ocurrió en el caso concreto".

y exclusivo. No se exime aduciendo el caso fortuito o el cuidado, diligencia o prudencia en el ejercicio de tales actividades.

3.5.5 PARALELO ENTRE LA TESIS DE RIESGO EXCEPCIONAL Y DAÑO ESPECIAL

DIFERENCIAS

RIESGO EXCEPCIONAL	DAÑO ESPECIAL
<ul style="list-style-type: none"> - Supone el provecho o utilidad de la actividad que se desarrolla (eje: conducción de energía). - Implica la prestación de servicios en beneficio de la comunidad pero con el empleo de medios o recursos que generan un riesgo excepcional. - El daño puede ser producido por un tercero pero en razón del riesgo creado y asumido por el Estado de forma consciente, 	<ul style="list-style-type: none"> - Hay un beneficio para la sociedad pero no redunda o se funda en ganancias económicas necesariamente. - Generalmente no se deriva de la peligrosidad de la actividad estatal sino del ejercicio lícito de sus funciones (Ej.: cuando se expide una ley en beneficio de la comunidad pero que perjudica a unos pocos). - La reparación patrimonial se sustenta en el art. 90 CN y 13 CN, y en los principios universales del derecho como la equidad, en los que fundan el Estado social de derecho como lo son: la solidaridad y bienestar colectivo.

SIMILITUDES

RIESGO EXCEPCIONAL Y DAÑO ESPECIAL

- *Régimen aplicable: el objetivo por el riesgo que comporta las actividades desplegadas, con alta probabilidad de causar un daño especial, anormal, excepcional.*
- *En ambas se genera un daño anormal, excepcional, por fuera de los parámetros a los que están obligados los ciudadanos.*
- *Ambos suponen el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas a las que están obligados los miembros de una sociedad.*

- *Fundamento constitucional: artículo 90, daño antijurídico y artículo 13 derecho a la igualdad.*
- *En ninguna de las dos se cuestiona la acción o la omisión del Estado, porque se trata del ejercicio de actividades lícitas, lo que se cuestiona es el daño antijurídico que se causa a la víctima y que no se encuentra jurídicamente obligado a soportarlo.*
- *Cuando el daño es causado por un tercero y fue la administración quien creó el riesgo se habla de concurrencia de culpas, es decir, existe solidaridad en materia de responsabilidad, lo que le permite al afectado disponer de libertad de elección para dirigir su demanda frente a ambos o uno de ellos, con la posibilidad de que, quien responde patrimonialmente puede subrogarse frente a su deudor solidario en proporción a la concurrencia de culpas.*

3.5.6 CONCLUSIÓN

La tesis del riesgo excepcional está fundada en el ejercicio de actividades peligrosas y en la prestación de servicios que aunque se hagan en beneficio de la comunidad utilizan medios o mecanismos que ponen al ciudadano en peligro de ser víctima de un riesgo excepcional.

Actividades peligrosas que, sí bien comportan un riesgo susceptible de materializarse, este se asume por la utilidad económica de la misma y para exonerarse de la asunción patrimonial de responsabilidad el Estado no puede aducir la diligencia o cuidado, la licitud de la acción o de la omisión, o el hecho de un tercero que si bien pudo producir el daño a la víctima, surgió en desarrollo de la realización de un riesgo excepcional creado conscientemente por la administración en el ejercicio de sus funciones amén, que desborda el equilibrio que debe guardar el ciudadano frente a las cargas públicas.

En razón a que el daño es causado por un tercero y fue la administración quien creó el riesgo de manera consciente, hay lugar entonces, para hablar de concurrencia de culpas, lo cual implica que existe solidaridad en materia de responsabilidad, lo que le permite al afectado disponer de libertad de elección para dirigir su demanda frente a ambos o uno de ellos, con la posibilidad del que responde patrimonialmente de subrogarse frente a su deudor solidario en proporción a la concurrencia de culpas.

Es una tesis de responsabilidad de carácter objetivo en razón de que el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados.

En cuanto a los miembros de seguridad, de las Fuerzas Armadas del país, vale la pena anotar que ellos en razón de las actividades o funciones a su cargo deben soportar los riesgos inherentes a su actividad y solo habrá responsabilidad del Estado cuando se configure una falla del servicio o se someta al funcionario a un riesgo excepcional diferente o mayor al que deben soportar funcionarios que se encuentran en un plano de igualdad frente a él, por ello no es dable presumir un riesgo excepcional de un funcionario como los citados derivándolo de la situación de un ciudadano del común.

El funcionario o las víctimas bajo el entendido de la anterior situación no pueden pretender la indemnización patrimonial de la administración, ello sin perjuicio de las prestaciones laborales que consagra el Decreto 1213 de 1990.

3.6 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS.

3.6.1 CARACTERIZACIÓN

El Consejo de Estado en su jurisprudencia más reciente, ha establecido dos criterios al respecto para endilgarle responsabilidad patrimonial al Estado; a-la falla del servicio y el riesgo excepcional, aunque no se puede desconocer que hay situaciones que involucran actos terroristas y el Consejo de Estado las ha fallado bajo el régimen del daño especial; bajo la falla del servicio se declara la responsabilidad del Estado cuando la administración actuó con omisión frente a los llamados de la comunidad, de un particular o frente a situaciones de las cuales se puede prever sin necesidad de un razonamiento complejo la inminencia o posibilidad de realizarse un ataque o acto terrorista o por razón de que, no desplegó el equipo de seguridad o de prevención requerido para conjurar las posibilidades de un ataque susceptible de ser previsto.

Frente al riesgo excepcional, ello ocurre cuando hay ataques dirigidos a sitios, funcionarios estratégicos del Estado, lo cual pone en una situación de riesgo excepcional al ciudadano común que desborda los parámetros bajo los cuales está desarrollado el principio de igualdad frente a las cargas públicas, ello ocurre, por ejemplo cuando un transeúnte pasa precisamente por el lugar y en el momento justo en que se perpetró el ataque, situación que también se da frente al grupo de habitantes aledaños a una zona o lugar definido como de riesgo.

3.6.2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS EN FRANCIA⁹⁷

Los sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho francés son: la falla del servicio, el principio de igualdad frente a las cargas públicas, y la teoría del riesgo.

La jurisprudencia administrativa francesa sólo permite declarar la responsabilidad del Estado por actos terroristas, bajo la modalidad de la falla cualificada, en la demostración del carácter imprevisible e inevitable del acto terrorista como causal de fuerza mayor eximiente de responsabilidad es bastante rígido, el juez administrativo francés analiza de fondo si hubo negligencia en los servicios de seguridad o insuficiencia de medidas de precaución, tiene en cuenta además la existencia de precedentes, los informes o no que tenía la administración, y las circunstancias temporal espaciales, y es drástico en las situaciones en donde medió la solicitud de protección y esta no fue atendida por las autoridades y se dio el evento terrorista. Es necesario que la falla del servicio en materia de actos de terrorismo sea grave.

⁹⁷ Referenciado de GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit., p. 108 a 115.

3.6.3 APPLICACIÓN PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL⁹⁸

Frente a los actos terroristas el Consejo de Estado ha referido⁹⁹:

"TÍTULO JURÍDICO APLICABLE EN ATENTADOS TERRORISTAS: La responsabilidad del Estado por actos terroristas parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos a él, trátese de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo.

POR FALLA cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar la responsabilidad bajo este título debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepongan la situación de violencia ordinaria vivida. Por tanto la sola circunstancia de que el afectado no haya solicitado protección previa

98 Si desea consultarse más sobre el tema véase sentencia del Consejo de Estado Sentencia de 28 de abril de 1994, expediente 77.33:

“...no es posible concluir que HUBO FALLA DEL SERVICIO, por parte de la administración, pues... siguiendo las enseñanzas del profesor Jean Rivero, ella debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio,... viable según su misión y según las circunstancias...

...

A la luz de la filosofía jurídica que se deja expuesta, se impone concluir que la Nación... no es responsable de la realización de ninguna conducta antijurídica, ora por acción, ora por omisión. No por lo primero, porque la fuerza pública... no participó en los hechos. No lo segundo, porque los directores del periódico... no habían demandado de la autoridad policial una especial protección... el demandante fue, pues, una víctima más de las conductas antijurídicas realizadas por las fuerzas del desorden... Sin que sea posible predicar que el Estado sea responsable por no tener al pie de cada colombiano un agente del orden, que cuide de su vida o de sus bienes”.

En fallo del Consejo de Estado. Sentencia de 16 de junio de 1995, expediente 9392 por actos terroristas contra vehículos de servicio público el Consejo de Estado, manifestó

“En relación con los actos terroristas contra vehículos de servicio público, la Sala ha señalado que solamente en estados especiales de agitación, en los cuales dichos actos son normalmente previsibles, las autoridades tienen la obligación de tomar medidas especiales de protección sobre dichos vehículos; y su omisión en tales casos, puede constituir falla del servicio que comprometa la responsabilidad de la administración. Pero cuando no se presenten dichas circunstancias especiales, no puede imponerse a las autoridades la obligación de escoltar cada vehículo de servicio público, pues ellas carecen de medios y de personal para tal efecto; y menos deducirse falla en el servicio por omisión cada vez que ocurran actos terroristas en tales circunstancias”.

Si se desea profundizar en la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del estado por actos terroristas véase: Consejo de estado. Sentencia de 24 de noviembre de 2005, expediente 15.054 – 15.361. Consejero Ponente German Rodríguez Villamizar.

99 Consejo de Estado. Sentencia de 5 de diciembre de 2005, radicado 16.149 M.P María Elena Giraldo Gómez.

especial no siempre será causal que permita exonerar a la administración de su deber de protección y vigilancia... Y si del estudio fáctico y probatorio se concluye que para la Administración sí existieron circunstancias que indicaban la probabilidad de comisión de un acto terrorista y no obstante teniendo algo más que una suposición omitió tomar las medidas necesarias para prestar el servicio de vigilancia y protección y ese acto terrorista causó daños le sería imputable responsabilidad a título de falla...¹⁰⁰.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO EXCEPCIONAL cuando en un actuar legítimo la autoridad pone en riesgo a unas personas en aras de proteger a la comunidad. La Sala ha precisado que los elementos estructurales de la responsabilidad bajo este título jurídico, son: “Un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del Estado – instrumentales, humanos y de actividad – en época de desórdenes públicos provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo Estado y que se concreta con el ataque real de esos instrumentos y la consecuencia refleja en los administrados (personas o bienes), que quebranta la igualdad frente a las cargas públicas. El daño a bienes protegidos por el derecho. El nexo de causalidad, entre el daño y la conducta de riesgo creada por el Estado, con eficiencia de producir aquél...”¹⁰¹ Se destaca la sentencia de 8 de febrero de 1999: “En relación con la responsabilidad del Estado por los daños producidos a las personas o a los vehículos que prestan servicio público de transporte o de carga por actos terroristas, la jurisprudencia ha considerado...que en los casos en que se obliga al transportador a prestar el servicio en momentos de alteración del orden público, el Estado debe responder por los perjuicios que aquéllos sufran, así se preste la debida vigilancia, porque se produce en estos casos un desequilibrio en las cargas públicas¹⁰²””.

Aplicación de la tesis de daño especial para actos terroristas¹⁰³:

“Si bien la falla del servicio ha sido el fundamento de la responsabilidad en la generalidad de las Sentencias por actos terroristas, también se destacan los casos en que se ha considerado que se produjo un daño especial porque el acto estuvo dirigido contra un objetivo claro, representativo de la entidad estatal en ejecución del cual se afectó un interés particular. Se ha entendido que por razones de equidad esos daños no deben ser asumidos por la víctima, sino por

¹⁰⁰ Frente a este tratamiento pueden consultarse sentencias de la Sección Tercera, de 13 de mayo de 1996, expediente 10.627, actor Gustavo Garrido Vecino; de 5 de septiembre de 1996, expediente 10.654, actor Augusto Anaya Hernández; de 3 de abril de 1997, expediente 12.378, actor Gonzalo Rojas Velásquez.

¹⁰¹ Sentencia de 19 de abril de 2001. Exp. 12.179. Actor: María Margarita Cáceres Zambrano y otros.

¹⁰² Exp. 10.731. Actor: Eduardo Navarro Guarín

¹⁰³ Consejo de estado. Sentencia 8 de febrero de 1999, expediente 10731. consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

el Estado que es el objetivo contra el cual están dirigidos, quien con su actividad ha generado dicha reacción y por lo tanto están a su cargo..."

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado señaló el viraje en la fundamentación del régimen aplicable a los actos terroristas, del régimen de daño especial con el cual se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado en el año de 1995, se pasó al régimen de falla del servicio para el año 2005, tomando como referente fáctico los atentados terroristas perpetrados contra las instalaciones del DAS en Bogotá el 6 de diciembre de 1989¹⁰⁴:

"La Sala en repetidas oportunidades se ha pronunciado sobre los daños causados a los particulares con ocasión del atentado terrorista atribuido a la delincuencia organizada el 6 de diciembre de 1989 en las instalaciones de la sede principal del edificio del D.A.S..."

Aunque en la sentencia No. 9550 del 9 de febrero de 1995, se analizaron los elementos que estructuraron la responsabilidad estatal en el atentado terrorista que destruyó las instalaciones del edificio del D.A.S., y aunque en esta oportunidad no hay razones fácticas y jurídicas que permitan llegar a una conclusión diferente, lo cierto es que para entonces el régimen aplicable era el del daño especial, en cuanto estimó que las personas afectadas no tenían la carga de soportar el daño antijurídico causado, pues a pesar de que el actuar de la administración fue lícito.

... No obstante, el análisis expuesto en la sentencia que antecede, no debe perderse de vista que en circunstancias tan graves de perturbación de orden público, la obligación de diligencia, vigilancia y cuidado por parte de las autoridades es imperativa, especialmente en los grandes centros urbanos donde están los cuarteles, batallones y agencias de seguridad del Estado, porque aunque en la guerra irregular cualquier institución o dependencia pública está en peligro, la posibilidad de un acto terrorista es más previsible en las instalaciones militares o de policía. Es por ello que un atentado como el que destruyó el edificio del Departamento Administrativo de Seguridad en Bogotá constituyó una falla del servicio totalmente inexcusable, tal y como lo consideró esta Corporación en otros pronunciamientos. En la medida de que el camión permaneció largas horas frente al edificio del DAS sin motivo evidente, y ese solo hecho debió ser motivo suficiente para alertar un sistema de seguridad bien organizado.

...

¹⁰⁴ Consejo de Estado. *Sentencia de 13 de julio de 2005, radicado 11.372. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.*

Estos elementos de juicio son los que llevaron a la Sala en dicha oportunidad a considerar que el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. si tenía conocimiento de la posibilidad de que la delincuencia organizada o los carteles del narcotráfico atentaran contra sus instalaciones, y a pesar de ello no se adoptaron las medidas de seguridad suficientes que impidieran el atentado terrorista, por el contrario se bajaron lo controles de seguridad...”

3.6.4 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

El Estado se exonera demostrando la culpa exclusiva y determinante de la víctima, el hecho de un tercero también exclusivo y determinante y la fuerza mayor.

3.6.5 CONCLUSIÓN

Frente a la evolución jurisprudencial en relación con los actos terroristas el Consejo de Estado se ha orientado bajo tres criterios, el de falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional, como se indicó anteriormente, la aplicación del régimen de falla del servicio resulta de determinar el grado de previsibilidad y de irresistibilidad del acto, es decir, si puede concluirse que hubo información, alteración de las condiciones de seguridad de las cuales se pudiera prever la necesidad de tomar medidas al respecto.

Con un punto de vista jurisprudencial, la fundamentación de los criterios empleados para determinar si hay lugar a aplicar el riesgo excepcional o el daño especial, en razón de actos terroristas, no logra ser claro conceptualmente, es decir, para respaldar, bien sea la tesis del riesgo excepcional o daño especial se hace alusión al ejercicio de una actividad licita por parte del Estado, no susceptible de ser reprochada y dirigida contra instrumentos de acción del Estado bien sean instrumentales, humanos y de actividad; actividades que generan un riesgo y consecuente daño anormal, excepcional que rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas a que se ve obligado a soportar el ciudadano, lo cual conmina al Estado a responder patrimonialmente. Luego de lo anterior, no se puede inferir que diferencia conceptualmente a uno u otro régimen en materia de actos terroristas.

Resulta curiosa, la lectura de dos fallos del Consejo de Estado fundamentados fácticamente en los atentados dirigidos contra las instalaciones del DAS en Bogotá, el pasado 6 de diciembre de 1989; ocurre que, en el fallo calendado el 9 de febrero de 1995 expediente 9550 Consejero Ponente Julio Cesar Uribe Acosta, se declara la responsabilidad del Estado con fundamento en la tesis del daño

especial, en razón a que el ataque fue dirigido contra las instalaciones del DAS y el Estado actuó en ejercicio de una actividad lícita, por ello al causarse un daño antijurídico que desborda los parámetros del principio de igualdad frente a las cargas públicas de un grupo de ciudadanos que no tienen porque soportar los daños sufridos se ordenó indemnizarlos con fundamento en el daño especial.

En tanto que, en la sentencia de 13 de julio de 2005, expediente 11.372 Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, se accede declarar patrimonialmente responsable al Estado pero con base en la tesis de la falla del servicio, las consideraciones del fallo arguyen que sin pasar por alto el fallo antes referido, no puede desconocerse que lo que se configura es una evidente falla del servicio ya que fue un ataque previsible y no irresistible debido a la solicitud por parte del personal de inteligencia y altos mandos de la misma institución de la toma de medidas necesarias para evitar un posible ataque de las fuerzas subversivas y además que el día de los hechos el carro bomba estuvo frente al DAS por largas horas sin que nadie advirtiera una irregularidad o la necesidad de efectuar un control.

Agregó además, que pese a lo expuesto en la sentencia ya referida, lo cierto es que, en situaciones de perturbación del orden público, no se puede olvidar que la diligencia y cuidado por parte de las autoridades es imperativa, especialmente en los grandes centros urbanos donde están los cuarteles batallones y agencias de seguridad del Estado porque la posibilidad de un ataque terrorista es más previsible en las instalaciones militares o de policía.

Considero que las tesis aplicables a la responsabilidad del Estado por actos terroristas son dos, la falla del servicio en los eventos de negligencia del Estado frente advertencias de un atentado y la tesis del daño especial por tratarse de eventos en los que no hay previsibilidad pero se ejercen sobre personajes de la vida política o instituciones o zonas de alto riesgo y son afectados los transeúntes o habitantes de la zona afectada.

Es pertinente agregar que, en materia de atentados contra vehículos de servicio público sólo es dable endilgarle responsabilidad al Estado cuando hay estados especiales de agitación de los cuales se prevén dichos actos como posibles de ocurrir.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por actos terroristas en el derecho francés, sólo es posible que se configure frente a una falla grave del servicio cualificada, aún no se acepta la aplicación del régimen de responsabilidad

objetiva bajo la modalidad de daño especial y riesgo excepcional como ocurre en Colombia y, al igual que en nuestro sistema, las víctimas pueden obtener la reparación de sus daños por vía judicial y legislativa, aunque esta última se edifica bajo los postulados de la asistencia pública-social por parte del Estado.

3.7 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

3.7.1 ANTECEDENTES EN DERECHO COMPARADO

a. Época anterior al Estado Constitucional:

La forma de administrar justicia anterior al Estado constitucional, estuvo influenciada por el derecho romano, como antecedente se tiene las XII Tablas, las cuales contenían algunas disposiciones en las que se reconocía la responsabilidad judicial personal de carácter penal, al castigar con la pena de muerte a los jueces que aceptaban presentes de alguna de las partes litigantes¹⁰⁵. De igual manera, el derecho romano consagraba una responsabilidad judicial personal de carácter civil, al permitir que los particulares instauraran una acción de reclamación de daños contra los jueces que en el ejercicio de sus funciones judiciales hubiesen dictado una sentencia injusta¹⁰⁶.

En conclusión se puede decir que, en la época medieval, antes del establecimiento del Estado constitucional, se reconocía una responsabilidad personal penal y civil de los jueces, cuando en el ejercicio de sus funciones hubiesen cometido determinados delitos, o cuando por su actuación indebida, incumpliendo los deberes u obligaciones de sus oficios, hubiesen causado perjuicios a los particulares. El sistema de recursos o impugnaciones existente contra las decisiones judiciales, tenía como fines: corregir los posibles errores judiciales y controlar disciplinariamente a los jueces¹⁰⁷, toda vez que, el Rey o los tribunales reales superiores que conocieran de las apelaciones judiciales de los inferiores se encontraban facultados para imponerles determinadas sanciones en aquellos eventos de sentencias erróneas o injustas, de conformidad con los parámetros normativos existentes¹⁰⁸.

¹⁰⁵ DAWSON, J. 'The oracles of the law. Westport, 1968. p. 135

¹⁰⁶ DAWSON, J. *op cit.*, p. 135 y 136.

¹⁰⁷ GIULANI y PICARDI. *La responsabilità del giudice*. Milano, 1987. P. 30 y 31

¹⁰⁸ Para mayor información véase. PEREZ DE LA CANAL. *La justicia en la Corte de Castilla*, *ob cit.*, p. 405 a 408

El sistema de control y exigencia de responsabilidad judicial referenciado, tenía varias falencias, como que: no se podía conocer con claridad qué tipo de recursos podían ser utilizados por el justiciable¹⁰⁹, en ocasiones los jueces no motivaban sus sentencias, estando imposibilitados los órganos judiciales superiores para decidir por deficiencia de información empleada y suministrada por los inferiores en sus decisiones¹¹⁰.

Por razones de eficacia y de efectividad surgieron otras figuras como *la visita*¹¹¹ y *la residencia*¹¹², estas figuras se vislumbraron en la baja Edad Media y fue a partir de los Reyes Católicos cuando empezaron a usarse de manera regular y continuada en razón de la trascendental atención que concentraba la administración de justicia por su estado de crisis¹¹³

Tras el desuso de la visita y la residencia, en adelante serían los propios jueces, a través de los tribunales superiores correspondientes, los encargados de controlar y exigir su responsabilidad¹¹⁴.

b.El Estado Constitucional

En el siglo XIX, las países del continente europeo buscaron acabar con la soberanía del monarca que manejaba el poder político supremo, bajo la idea del liberalismo continental, se buscó garantizar los derechos y libertades del individuo, introduciendo para ello una nueva concepción de la justicia y una nueva regulación del poder judicial.

La nueva concepción liberal de la justicia se caracterizó por la proclamación y reconocimiento constitucional de unos principios que afectaban el orden

109 ROLDAN BERMEJO, R. *los jueces de la monarquía absoluta*. Op. Cit., p. 370.

110 GIULANI y PICARDI. *La responsabiliza del giudice*. Op. Cit., p. 29.

111 *La visita* consistía en aplicar la tradicional pesquisa, era un procedimiento mediante el cual el rey nombraba a determinados oficiales-pesquisidores, veedores o visitadores- con el objetivo de investigar un hecho concreto o de investigar el modo en que los demás oficiales reales (en especial los jueces de los tribunales superiores) ejercían sus funciones durante el tiempo laboral activo AGUDEZ FERNANDEZ, A. *Historia del poder judicial en España*, Madrid, 1974. P. 39., M.P. ALONSO ROMERO. *El proceso penal en Castilla. Siglos XIII a XVIII*, Salamanca, 1982. p. 130 a 132.

112 tenia por objeto revisar la actuación judicial, así como determinar y dado el caso exigir la responsabilidad judicial pertinente, una vez que los jueces hubiesen cesado en sus oficios. KAGAN, R. L. *Pleitos y pleiteantes en castilla (1500 – 1700)*, Salamanca, 1991. P. 190 a 193.

113 AGUDEZ FERNANDEZ, A. *Historia del poder judicial en Espana*, Madrid, 1974. P. 39.

114 *Ibidem*. P. 76.

judicial: el principio de legalidad¹¹⁵, los de unidad¹¹⁶ y exclusividad judicial¹¹⁷, el de inamovilidad¹¹⁸ como garantía principal del principio de independencia judicial y el de responsabilidad judicial como complemento o contrapeso de la inamovilidad e independencia judicial, el fundamento último de estos principios era la división de poderes.¹¹⁹ Sin embargo, habría de pasar un tiempo más mientras se esperaba que el ejercicio de la actividad judicial, ejecutiva y legislativa se atemperara a lo dispuesto constitucionalmente.

La responsabilidad del Estado por las fallas en el ejercicio de la administración de justicia se ha constituido en el campo del derecho europeo continental como una de las últimas excepciones o limitaciones al principio de responsabilidad patrimonial del Estado, la ruptura del principio de irresponsabilidad patrimonial del Estado se ha producido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos por vía legislativa y en otros, como Francia, por vía jurisprudencial con el famoso Fallo Blanco fundado en el desarrollo de la teoría de la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado

3.7.2 ANTECEDENTES EN DERECHO INTERNO

Durante la vigencia de la Constitución de 1886, la responsabilidad del Estado por error judicial como régimen de responsabilidad era una utopía, excepcionalmente se declaraba la responsabilidad del Estado pero por el mal funcionamiento en la administración de justicia, la limitación de la responsabilidad del Estado en materia de funcionamiento de la administración de justicia encontraba su razón de ser en: *la cosa juzgada* respecto de las sentencias, en la *carga pública* en que se

¹¹⁵ Implicaba la sumisión a la ley por parte de los jueces, en el ejercicio de la función judicial, eliminándose el amplio poder de discrecionalidad que manejaba el juez absolutista de aquel entonces. Dicho principio, de igual manera, permitía la revisión judicial de las actuaciones realizadas por quienes eran sus titulares ocasionales. *Ibidem.*, p. 54.

¹¹⁶ El principio de unidad jurisdiccional o de fueros se dirigía contra la multiplicidad de jurisdicciones que existían en el antiguo régimen, de igual manera, se dirigía contra los privilegios estamentales; de esa forma se avanzaba a la igualdad procesal para todos los ciudadanos. *Ibíb.*, p. 54

¹¹⁷ Con este principio se destinaba el ejercicio de la jurisdicción a los jueces y tribunales, eliminándose el señorío jurisdiccional y prohibiéndose al poder ejecutivo funciones de este tipo, paralelamente se atribuía a los órganos judiciales la revisión de la actividad de la administración. *Ibid.*, p. 54.

¹¹⁸ Implicaba que los jueces, pasaban de ser meros servidores del monarca absoluto para pasar a serlo del Estado. No obstante este principio al igual que el de independencia judicial, no tuvieron aplicación práctica durante el siglo XIX, las constituciones decimonónicas eran demasiado flexibles y carentes de toda suprallegalidad y no tenían un carácter normativo, precisamente por la falta de un desarrollo legislativo de los principios en los que se fundaba el Estado liberal constitucional. *Ibid.*, p. 53 y 73. Si se desea profundizar más en la evolución y significados de estos principios durante el siglo XIX, véase: TOMÁS Y VALIENTE. *Manual de historia del derecho español*. Madrid, 1983, p. 520 a 535 y 586 a 598.

¹¹⁹ AGÜDEZ FERNANDEZ, A. *Historia del poder judicial en España*, op. cit., p. 53

constituía el contenido de la sentencia en caso de ser dañosa y en los motivos de *seguridad jurídica*¹²⁰.

Pese a que existían en la Constitución de 1886 fundamentos para establecerla (artículos 16 y 50) y en materia de derecho internacional se encontraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Ley 174 de 1968, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobada por la ley 16 de 1972, para aquel entonces la supremacía de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y por ende su fuerza vinculante a nivel interno no tenía mucho desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Por error judicial sólo respondía de manera personal el juez, pero no de manera directa el Estado, el fundamento de la responsabilidad del juez se encontraba en el artículo 40 del C.P.C.

3.7.3 MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN RAZÓN DEL MAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Con posterioridad a la Promulgación de la Constitución de 1991, el viraje en materia de responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia ha consistido en erigir dicha tesis bajo tres modalidades:

- *Por error jurisdiccional*
- *Por el mal o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia*
- *Por la privación injusta de la libertad*

a- Error jurisdiccional

Surge en razón de los artículos 66 y 67 de la ley estatutaria de la administración de justicia, en efecto, solo se genera en ejercicio de las funciones jurisdiccionales del juez, magistrado o fiscal, cuando en un proceso incurren en la interpretación o aplicación equivocada del derecho a través de resoluciones o fallos judiciales erróneos.

¹²⁰ GÓMEZ POSADA, Jose Fernando. *Ob cit.*, p. 57

Es importante diferenciar el término “error jurisdiccional” de la acepción “error judicial” que denota un concepto genérico enmarcado en el ámbito del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

El artículo 66 de la ley estatutaria de la administración de justicia reza:
“Error jurisdiccional: es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”.

La estructura gramatical del anterior precepto señala que el error jurisdiccional es de carácter objetivo, es decir basta, con demostrar que la providencia es contraria a la ley para que se configure (o en otros términos: basta demostrar el daño antijurídico y la relación de causalidad entre éste y el error contenido en la providencia), no requiere de demostración de una actuación dolosa o culposa del juez o fallador.

Seguidamente se procede a citar un fallo del Consejo de Estado en el cual se hace la distinción entre error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia¹²¹:

“Desde los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, la jurisprudencia ha distinguido el error judicial o jurisdiccional como fuente de responsabilidad patrimonial del Estado, de la responsabilidad que se deriva del anormal funcionamiento de la administración de justicia. Distinción que se hizo más clara en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996). El primero se define como aquél error que comete un funcionario investido de facultad jurisdiccional, en el curso de un proceso y que se concreta en una providencia judicial que resulta contraria a la ley¹²², y el segundo, corresponde a los supuestos en los cuales la administración de justicia no actúa, lo hace de manera deficiente, o incurre en un retardo injustificado de adoptar las decisiones que corresponda, omisiones o irregularidades que causan daño a las partes o a terceros.”

121 Consejo de Estado. Sentencia de 20 de abril de 2005. radicado 14.725 Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

122 En sentencia de 15 de septiembre de 1994, se consideró que el error judicial es aquel que “se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso, o como lo ha dicho la Corte Constitucional italiana: ‘Todo procedimiento judicial que prive a la persona de uno de sus derechos fundamentales y que luego sea considerado erróneo’ (sentencia número 12 de 2 de febrero de 1978)...El error judicial puede responder a una errónea apreciación de los hechos, o a una desfasada subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis normativa, o a una grosera utilización de la normatividad jurídica, en el caso sometido a consideración del juez”.

b- Privación injusta de la libertad:

Antes de traer a colación la aplicación práctico-jurisprudencial con respecto al tema, es pertinente señalar los presupuestos de configuración de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad:

1- Se requiere la privación de libertad de una persona por virtud de decisión de autoridad

Luego debe ser puesta en libertad *mediante sentencia absolutoria definitiva o mediante su equivalente*; por la misma autoridad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, ya sea porque:

- *El hecho imputado no existió,*
- *O porque el sindicado no lo cometió*
- *O porque el hecho no es punible*
- *O haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal,*
- *O injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable,*
- *O sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate.*

3- Debe el afectado probar la existencia de un daño antijurídico producto de esa privación de la libertad.

En la demostración del daño antijurídico, No es imprescindible demostrar la existencia de una decisión errónea; de acuerdo con los postulados en que se erige la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico causado, puede suceder que una providencia judicial que tiene como fin ordenar la privación de libertad de una persona y sea proferida conforme a la ley, puede causar un daño antijurídico cuando en el curso de la investigación penal no se desvirtúe la presunción de inocencia del sindicado que, en cumplimiento de dicha providencia, ha sido privado de la libertad.

El sindicado no debe haber determinado su detención con su conducta dolosa o gravemente culposa.

Se puede consultar una sentencia que aborda el tema de manera profunda, la cual toma como referente fáctico la privación ilegal de la libertad del Sr. Salgado Guzmán en razón de permanecer detenido durante 2 años, 1 mes y 7 días, por una conducta no contemplada en la ley penal como ilícita, cuando, con mediana diligencia, las autoridades judiciales hubieran podido practicar, con más presteza, la prueba pericial finalmente realizada, evitando así la vulneración del derecho a la libertad del demandante¹²³.

c- Responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia:

Esta modalidad de responsabilidad está relacionada con la efectividad de los despachos judiciales, con la exigibilidad de los principios de celeridad, eficacia y economía de la función pública y del debido proceso.

Se refiere a la propia gestión jurisdiccional, es decir, aquellas actividades que se realizan necesariamente para juzgar y ejecutar lo juzgado. Son los actos que realizan los jueces para adelantar y definir sus procesos.¹²⁴

Esa distinción fue realizada explícitamente por la Sección en sentencia de 3 de junio de 1993, en la cual se afirmó:

“La abundante prueba aportada al proceso permite concluir que este es un caso más, de otros similares de que ha conocido la Sala, en que se condena a la administración, no con apoyo en la filosofía jurídica que informe el llamado “ERROR JUDICIAL”, sino por un “MAL SERVICIO ADMINISTRATIVO DE LA JUSTICIA”, pues no otra cosa cabe predicar de la conducta del Juez Primero Superior, que en providencia calendada el día 15 de noviembre de 1985 ordena el depósito bajo comiso del vehículo objeto del presente conflicto de intereses, nombra depositario del mismo al Señor SERGIO LUIS CORDOBA, pero no lleva a cabo la diligencia correspondiente, limitándose a remitirlo al cuerpo de Bomberos, donde queda abandonado al sol y al agua, realidad que determinó el deterioro con el cual fue entregado posteriormente a su dueño. Esa conducta negligente del juez lesionó un bien del demandante, causando un daño

123 Consejo de Estado. Sentencia cuatro (4) de diciembre de 2002, expediente 13038. C.P German Rodríguez Villamizar. De igual manera, puede consultar: Sentencia Consejo de Estado Consejero Ponente: Alba Ruth Correa Sentencia de 28 de abril de 2005, radicado 15348.

124 GÓMEZ POSADA, Jose Fernando. Op. Cit., p. 62

antijurídico, por omisión de la autoridad, que el actor no tiene por qué soportar. Así las cosas, la administración debe indemnizar los perjuicios causados con apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional¹²⁵."

En otro fallo relacionado con el tema el Consejo de Estado antes de declarar la inexistencia de presupuestos para declarar responsable al Estado en razón de la preclusión de una investigación por un homicidio, señaló la forma como debe ser tratada la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia¹²⁶:

"Adicionalmente, se advierte que al tratar sobre la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia, se debe dar aplicación a todos los criterios que en materia de falla del servicio ha desarrollado la Sala y, en particular, debe considerarse que las obligaciones del Estado son relativas, lo cual significa que al Estado debe exigírse todo cuanto esté a su alcance, de acuerdo con los medios de que dispone¹²⁷.

Para establecer, entonces, cuando una omisión, deficiencia o retardo de una actuación judicial constituyen funcionamiento anormal de la administración de justicia, que da lugar a reparación debe, hacerse referencia a cuáles son los estándares de lo que se considera un funcionamiento normal¹²⁸.

125 Exp.7859. Se resolvió en ese evento, la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del deterioro de un vehículo puesto a disposición de un juzgado penal, que no se entregó al secuestro sino que se ordenó su remisión a un patio donde permaneció a la intemperie por un período prolongado. La misma posición jurisprudencial se adoptó en relación con la demanda de reparación formulada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios sufridos con el embargo de un vehículo, que no era propiedad del demandado, decretado por un juez dentro de un proceso ejecutivo, que permaneció varios años secuestrado, a pesar de que era fácil verificar la propiedad o posesión del bien. Sentencia del 4 de diciembre de 2002, exp: 12. Consejo de Estado. Sentencia de 20 de abril de 2005. radicado 14.725 Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

126 Consejo de Estado. Sentencia de 20 de abril de 2005, radicado 14.725, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

127 En sentencia del 15 de febrero de 1996, exp: 9940, dijo la Sala "No es el Estado un asegurador general, obligado a reparar todo daño, en toda circunstancia, pues la administración de justicia debe observar la ley sustantiva, consultar la jurisprudencia e inspirarse en la equidad, para aplicar los principios de derecho y fundamentar las decisiones en las diversas tesis sobre los cuales se edifica y sirven de razón a la imputación del deber reparador. Así en el caso presente, la relatividad del servicio debe entenderse en cuanto no era exorbitante disponer, porque existían elementos materiales y humanos para una misión debida. Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías y de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipoente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe todo cuanto está a su alcance".

128 Ha dicho la doctrina que "La comprensión de lo que es funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, debe partir de una comparación de lo que sería o debía ser el funcionamiento normal, lo que remite a unos criterios de actuación, a unos standards de funcionamiento, a unos conceptos jurídicos indeterminados de una extrema variabilidad y sujetos a una serie de condicionamientos históricos, técnicos y políticos. Importa señalar que no todo funcionamiento anormal, que no toda deficiencia en la Administración de Justicia, son generadores de responsabilidad, sino aquellos que no van acordes con unos patrones básicos de eficacia y funcionamiento de acuerdo con las necesidades sociales y los intereses de los justiciables. El concepto de funcionamiento anormal es ajeno a toda

A propósito de las fallas en la administración de justicia derivadas del retardo en adoptar decisiones, en sentencia de 25 de noviembre de 2004¹²⁹, consideró la Sala que para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por el retardo, debe decidirse si éste estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, como quiera que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración de justicia con problemas de congestión, derivados de una demanda que supera la limitación de recursos humanos y materiales disponibles para atenderla”.

3.7.4 CONCLUSIÓN

En el sistema de responsabilidad judicial de los ordenamientos de derecho continental europeo se pueden considerar dos líneas de evolución, cada una con sus peculiaridades. La primera de ellas, se refiere a la supervivencia de un sistema de responsabilidad personal del juez (civil, penal, disciplinaria) cuyas raíces se remontan al derecho medieval. La segunda está determinada por el paso de un sistema de absoluta irresponsabilidad o inmunidad del Príncipe o del Estado por los daños ocasionados a los ciudadanos como consecuencia del ejercicio de funciones públicas por los oficiales agentes o funcionarios que actuaban en su nombre y representación a un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado directa y objetiva, es decir, por la mera causación del daño a los particulares derivada de una actuación de la administración, con independencia del ingrediente subjetivo que le imprimiera el agente.

En la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, inicialmente solo se otorgaba una indemnización con carácter asistencial o de beneficencia, fue solo, hasta finales del siglo XIX que la mayoría de los Estados europeos reconocieron dicha responsabilidad legislativamente.

En nuestro sistema, antes de la Constitución de 1991, excepcionalmente, se declaraba responsable al Estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia; por error judicial o jurisdiccional respondía de manera personal el juez con base en el artículo 40 del CPC, pese a que existía una normatividad en

idea de culpa o negligencia aunque tenga en éstas su origen y se basa únicamente en la causación del daño que actúa como factor desencadenante de la imputación". Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Alvarez, El Poder Judicial, Madrid, Edit. Tecnos, 1986. P. 358

129 Exp. 13.539

derecho internacional en torno al tema, la aplicabilidad y exigibilidad interna era prácticamente nula y el Estado entonces, respaldado en el artículo 40 del CPC, se exoneraba de responder en los casos en que el juez había actuado con dolo, fraude, abuso de autoridad, o en los eventos en que omitiera o retardara injustificadamente una providencia o un proyecto o cuando el juez obraba por error inexcusable, se trataba de un sistema inspirado en la culpa personal y no en la culpa o falta del servicio.

Con la expedición del artículo 90 de la Constitución de 1991, el cual consagra el daño antijurídico y es desarrollado en materia de administración de justicia en la Ley 270 de 1996, se logra distinguir entre la responsabilidad personal del funcionario y la responsabilidad patrimonial del Estado que surge cuando en el ejercicio de la actividad judicial se causa un daño antijurídico a un particular, quien se encuentra habilitado para demandar la responsabilidad del Estado en forma directa.

La responsabilidad patrimonial del Estado por la falla en el servicio de administración de justicia, está erigida bajo tres modalidades:

- *Error jurisdiccional.*
- *Mal o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia*
- *Privación injusta de la libertad.*

El error jurisdiccional se desarrolla en los artículos 66 y 67 de la Ley 270 de 1996, solo se puede aplicar en el ejercicio de aquellos funcionarios con facultades jurisdiccionales que en el transcurso de un proceso emitan una providencia o un fallo bajo una errónea interpretación o aplicación equivocada del derecho. Es de carácter objetivo, puesto que solo se requiere de la acreditación del nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la providencia proferida.

La privación injusta de libertad surge cuando se configuran los siguientes elementos:

1- Se requiere la privación de libertad de una persona por virtud de decisión de autoridad

Luego debe ser puesta en libertad *mediante sentencia absolutoria definitiva o mediante su equivalente;* por la misma autoridad en consideración a que se dan

los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, ya sea porque:

- *El hecho imputado no existió,*
- *O porque el sindicado no lo cometió*
- *O porque el hecho no es punible*
- *O haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal,*
- *O injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable,*
- *O sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate.*

3- Debe el afectado probar la existencia de un daño antijurídico producto de esa privación de la libertad.

El sindicado no debe haber determinado su detención con su conducta dolosa o gravemente culposa.

No es necesario demostrar la existencia de una decisión o providencia errónea, ya que esta puede haber sido expedida legalmente pero al no lograr desvirtuar el principio de inocencia y proferir una decisión absolutoria se puede generar una daño antijurídico ya que se afectó un derecho fundamental: la libertad, así haya sido por corto tiempo.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por el mal o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (relacionado con las actividades desplegadas para juzgar y ejecutar lo juzgado) hay que recalcar que en esta modalidad se aplica la teoría de la falla del servicio pero hay que tener en cuenta que al Estado se le debe de exigir, de acuerdo con lo que esté a su alcance y de lo que dispone, se deberá entonces, hacer un análisis razonable tomando en cuenta lo que dispone el Estado y la efectividad, celeridad, eficiencia que con base en esa disponibilidad de recursos se le puede exigir a los despachos judiciales.

Es preciso además, en caso concreto para determinar si hay lugar a la responsabilidad del Estado por el retardo, decidirse si este estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el

volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, como quiera que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración de justicia con problemas de congestión, derivados de una demanda que supera la limitación de recursos humanos y materiales disponibles para atenderla¹³⁰.

3.8 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OCUPACION DE INMUEBLES Y POR EXPROPIACION DE INMUEBLES POR UTILIDAD SOCIAL Y EN CASO DE GUERRA.

3.8.1 CARACTERIZACIÓN

Se trata de una modalidad de responsabilidad objetiva en la cual el afectado no se ve en la obligación de demostrar la culpa o la falla del servicio de la administración, simplemente debe demostrar el daño antijurídico sufrido, es decir, la ocupación permanente del bien inmueble ya sea parcial o total y la imputabilidad del mismo a la administración, bien sea en forma directa o bajo el entendido que el daño fue causado por un particular previamente autorizado por la administración.

En el desarrollo de este acápite se tratará la responsabilidad de la administración por ocupación con varios puntos de vista, entre ellos la distinción sustancial entre un proceso de expropiación por vía ordinaria (ello sin obviar que la ley 388 de 1997, por la cual se modifica la ley 9 de 1989 en su artículo 63 y se regula la expropiación por vía administrativa por motivos de urgencia y consagra la posibilidad de adelantar una acción contenciosa administrativa especial) y un proceso por ocupación permanente desarrollado mediante el ejercicio de una acción de reparación directa y en esa forma se observará la posibilidad que existe de demandar la indemnización de perjuicios por vía contenciosa en el evento de no ser resarcidos en su totalidad por vía ordinaria, y no estaríamos frente a un asunto que imposibilite al juez contencioso para fallar en razón del fenómeno de “cosa juzgada”.

De igual manera, se hará alusión a un fallo del Consejo de Estado mediante el cual aclara que la explotación de recursos auríferos hechos bajo licencia del Estado y demás requisitos legales, exonera de responsabilidad al Estado por los

¹³⁰ Consejo de Estado. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, expediente 13539.

daños causados en el ejercicio de esta actividad y solo sería declarado responsable bajo el entendido de haber agotado el afectado los mecanismos legales para evitar seguir soportando la vulneración de su derecho o la reparación de los daños sufridos, haber obtenido sentencia o decisión favorable y el Estado haber omitido o desacatado aquellas decisiones, en igual sentido respondería si se produce un fallo abiertamente violatorio de la ley.

Se hará la citación de fallos, en los cuales se determinará cuales son los elementos que configuran la responsabilidad del Estado por ocupación permanente y lo que la doctrina refiere al respecto.

3.8.2 APLICACIÓN PRÁCTICA Y JURISPRUDENCIAL

Consultar la Sentencia del Consejo de Estado, mediante la cual revoca la sentencia del Tribunal con fundamento en la acreditación de los supuestos de responsabilidad del departamento de Boyacá por la ocupación permanente de una franja de terreno de unos inmuebles¹³¹.

Consultar el fallo del Consejo de Estado el cual permite determinar las diferencias y similitudes sustanciales entre un proceso de expropiación adelantado en la jurisdicción ordinaria y una acción de reparación directa por ocupación permanente llevada ante la jurisdicción contenciosa. De igual manera, como ambos procesos están erigidos bajo el principio de la reparación integral, entonces se permite que si la totalidad de los perjuicios por vía de expropiación no fueron reconocidos, es decir, si solo se indemnizó el valor del daño por concepto de daño emergente (precio del bien) y no se indemnizaron los perjuicios por concepto de lucro cesante (imposibilidad de explotar el bien por ocupación permanente con anterioridad a la compra del bien por expropiación), es posible que por vía contenciosa se demande la reparación del lucro cesante¹³².

Consulte sentencia del Consejo de Estado, en la cual se dispone revocar la sentencia de primera instancia negando todas las pretensiones, en razón a que la explotación de recursos minerales bajo licencia judicial conlleva a que las acciones en indemnización de perjuicios se lleven ante la entidad explotadora y no ante el Estado, se afirma además que solo se podría derivar responsabilidad del Estado si una vez el afectado haya agotado los procedimientos o medios

¹³¹ Consejo de estado. Sentencia de 10 de agosto de 2005, radicado 15.338. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹³² Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2001, radicación 11783. Consejero Ponente: Jesús María Ballesteros.

legales para reparar los perjuicios sufridos obtiene fallo favorable y el Estado no lo ejecuta o de igual manera, respondería el Estado en el evento en que agotados los mecanismos legales el afectado obtiene una decisión que contraría los parámetros legales¹³³.

3.8.3 CONCLUSIÓN

De los pronunciamientos judiciales objeto de estudio se pueden deducir varias cosas:

Que la ocupación permanente del Estado en bien inmueble puede ser parcial o total, está enmarcada en el régimen de responsabilidad objetiva por lo cual no hay que acreditar la falla sino *el daño antijurídico* sufrido, esto es, la afectación en el ejercicio de un derecho real, bien sea: de dominio, de uso o habitación, de usufructo o de posesión y *la imputabilidad del mismo a la administración*, que se configura con la prueba de que la ocupación permanente total o parcial del bien inmueble de propiedad del demandante provino del Estado¹³⁴.

Cuando el Estado es obligado a indemnizar los daños causados por la ocupación del bien inmueble, la sentencia protocolizada y registrada obrará como título traslaticio de dominio a favor del Estado (inciso 2 artículo 219 concordado con el artículo 220 del CCA).

Conforme con el artículo 219 del CCA, subrogado por el artículo 56 del Decreto 2304 de 1989, de la sentencia que ordene reparar el daño, se deducirá del total de la indemnización, la suma que las partes hayan calculado como valorización por el trabajo realizado a menos que ya hubiere sido pagada la mencionada contribución.

En vista de que la indemnización por expropiación o por ocupación permanente deriva de la afectación al ejercicio del derecho de dominio, los perjuicios a resarcir deben de calcularse con base en los principios de reparación integral del daño, toda vez que implica la vulneración a la disposición, uso y goce de un derecho fundamental, a saber:

¹³³ Consejo de Estado. Sentencia de 28 de junio de 1994, radicado 6806. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo

¹³⁴ Consejo de estado. Sentencia de 10 de agosto de 2005, radicado 15.338. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

- *Daño emergente: comprende el precio del bien*
- *Lucro cesante: comprende lo que el afectado dejó de percibir por la limitación en su derecho que implica la ocupación del bien (por ejemplo: siembra de cultivos, pérdida de cánones de arrendamiento). Los dos perjuicios anteriores debe el demandante de haberlos pedido y probado.*

En cuanto a la expropiación regulada constitucionalmente en el artículo 58 y 59, expropiación por motivos de utilidad social y en caso de guerra respectivamente, desarrollada legalmente por el Código de Procedimiento Civil artículos 451 a 459, Ley 9^a de 1989 y Ley 388 de 1997; cabe anotar que la propiedad es un derecho fundamental que en principio no es susceptible de ser expropiado, pero en razón de la connotación de Estado social de derecho, la propiedad adquiere una función social que implica obligaciones en nuestro Estado.

La figura de la expropiación es de carácter excepcional y solo la usa el Estado para satisfacer necesidades de interés público y cumplir con los fines generales, mediante ella el Estado adquiere la propiedad de un inmueble previo el cumplimiento de unos requisitos constitucionales y legales, es decir, mediante el reconocimiento y pago por adelantado de una cantidad de dinero, el Estado pretende resarcir los perjuicios ocasionados al propietario con la expropiación.¹³⁵

Requisitos para ordenar la expropiación común u ordinaria de un bien¹³⁶: El legislador por vía general debe haber señalado los motivos de utilidad pública o de interés social.

Se debe haber adelantado un proceso judicial (no obstante cuando la administración expide el acto administrativo mediante el cual se ordena expropiar un bien, esta mediante comunicado hace la oferta económica al afectado y, si pasados 30 días hábiles siguientes a la comunicación, no se logra llegar a un acuerdo formal para la enajenación voluntaria, contenido en un contrato de promesa de compraventa, la administración se verá obligada a iniciar un proceso de expropiación, artículo 61 de la ley 388 de 1997). (Lo relacionado en paréntesis está fuera del texto de la sentencia de referencia)

¹³⁵ Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2001, radicación 11783. Consejero Ponente: Jesús María Ballesteros

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-374 de agosto 13 de 1997.

La administración debe haber pagado justamente la indemnización a la que tiene derecho el afectado.

En caso de expropiación en razón de guerra, la expropiación sólo podrá ser decretada por el gobierno nacional y sin previa indemnización y la propiedad inmueble solo podrá ser temporalmente ocupada, para atender las necesidades ocasionadas por la guerra, o para destinar a ella sus productos, artículo 59 de la Constitución Política, adicionalmente señala el mismo artículo que *el Estado será responsable por las expropiaciones que el gobierno haga por sí o por medio de sus agentes*.

Veamos el alcance del artículo 59 constitucional:

Lo interesante de esta modalidad de expropiación es que se constituye en la excepción a la regla general de que la indemnización es previa a la expropiación y además que, no es cualquier autoridad pública – militar o civil- la facultada por la Constitución para impartir la orden de ocupación. La competencia al respecto está deferida al Gobierno Nacional, que se compone, según el artículo 115 de la Carta, por el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y los directores de los departamentos administrativos, y en cada negocio particular por el presidente y el Ministro o Director de Departamento Correspondiente.

Si una unidad diferente de las indicadas manda a la tropa ocupar determinado inmueble, en especial si ello ocurre en tiempo de paz, usurpa las funciones del Gobierno Nacional y debe responder por ello, pero por contera viola y de manera protuberante – el derecho de los afectados al debido proceso¹³⁷.

En cuanto a la naturaleza de la indemnización ordenada en un proceso de expropiación y de ocupación permanente de un bien inmueble ordenada en una acción de reparación directa el Consejo de Estado¹³⁸ ha dicho que en ambas es la misma ya que se busca indemnizar de manera íntegra los perjuicios sufridos por el afectado bien sea por la expropiación o por la ocupación desde que se produjeron los mismos.

De igual manera, ha dicho el Consejo de Estado¹³⁹ que es posible acudir a la vía contenciosa administrativa cuando en la expropiación no se indemnizaron todos los daños sufridos por la víctima y existe en forma previa una ocupación permanente que se dio hasta el pago por concepto de expropiación del bien, que

¹³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-374 de agosto 13 de 1997.

¹³⁸ Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2001, radicación 11783. Consejero Ponente: Jesús María Ballesteros

¹³⁹ Ibíd.

limitó al titular del derecho dominio en su goce y disposición y que no fue dicha ocupación resarcida o compensada. Se trata entonces, de dos procesos que recaen sobre un mismo bien pero cuyas pretensiones orientadas a la indemnización de los perjuicios causados no coinciden en los períodos indemnizables.

Considero que la búsqueda de la reparación integral por los perjuicios sufridos y bajo la modalidad referida es susceptible de efectuarse tanto en una expropiación por vía administrativa como en una por vía judicial, ya que no se trata de debatir un asunto bajo la premisa de cosa juzgada, es decir, no se trata de demandar nuevamente una misma causa ya debatida y ya decidida, sino por el contrario la controversia recae sobre el mismo bien pero en razones fácticas temporales distintas.

Tanto en la expropiación por razones de utilidad pública como en la ocupación permanente, la administración se exonera de responsabilidad con la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, en la medida en que rompa el nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

Considero que las anteriores causales eximentes de responsabilidad no son posibles de aplicar en la expropiación por causa de guerra, puesto que, al estudiar cada una de las posibilidades se deduce que no logran enmarcarse en el asunto de referencia, es decir, la expropiación en caso de guerra decretada por el Gobierno nacional no puede derivar de la culpa exclusiva de la víctima - del afectado por la expropiación- toda vez que dicha declaración proviene por razones y motivos de absoluta trascendencia estatal y totalmente ajenos al afectado por la expropiación. En cuanto al hecho de un tercero, que en este caso podría decirse que es el adversario u opositor del Estado, no puede constituirse en medio de exclusión de responsabilidad porque se estaría obligando al afectado por la expropiación a soportar un daño que no está en la obligación legal y constitucional de soportar y de igual manera, se atentaría contra el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Y finalmente, en cuanto a la fuerza mayor no, porque no estamos frente a un fenómeno natural imposible de prever o frente a una situación de combate no previsible, por regla general, el desarrollo de una afrenta requiere de una estrategia militar previa a su ejecución.

Para terminar, recalcó lo dicho por el Consejo de Estado¹⁴⁰ en relación con la explotación de recursos auríferos-mineros , en el sentido que no es posible que el afectado por el ejercicio de actividades mineras pretenda derivar responsabilidad del Estado fundado en que el Estado es dueño del subsuelo, al

¹⁴⁰ Consejo de Estado. Sentencia de 28 de junio de 1994, radicado 6806. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo.

contrario; el Estado, al regular su ejercicio mediante la concesión de licencias y demás trámites legales, traslada la responsabilidad del ejercicio de esa actividad en cabeza de la entidad autorizada, por ello como actividad pública y de interés social que constituye dicha actividad, el propietario del inmueble donde se desarrolla, debe soportarlo y en caso de sufrir perjuicios deberá mediante el agotamiento de los procedimientos establecidos y los idóneos conforme con sus pretensiones, obtener la indemnización de los perjuicios por parte de la entidad explotadora.

3.9 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OCUPACION EN RAZON DE LA EJECUCIÓN DE TRABAJOS PÚBLICOS

3.9.1 CARACTERIZACIÓN

Está regulada en el artículo 86 del CCA, está comprendida en el régimen de responsabilidad objetiva, lo cual implica que el Estado se ve cominado a responder siempre que dañe u ocupe un inmueble con ocasión de trabajos públicos, sin que el demandante se vea obligado a probar en el curso del proceso una falla del servicio de la administración.

La administración se exonera de responsabilidad con la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, en la medida en que rompa el nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

3.9.2 APLICACIÓN PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

Sentencia del Consejo de Estado en la cual se trae a colación uno de los antecedentes jurisprudenciales más importantes sobre la materia y se dispone la calidad de responsabilidad objetiva por la causación de daños por trabajos públicos y la carga de la prueba¹⁴¹:

“Respecto a la responsabilidad por ocupación de inmuebles por causa de trabajos públicos, la sala ha considerado que en estos eventos existe un daño antijurídico que sus titulares no están en la obligación de soportar, lo cual constituye un típico caso de responsabilidad objetiva del Estado. Igualmente, se ha dicho de tiempo atrás que “si de la ejecución de trabajos públicos resultan daños de inmuebles, la administración responde de ellos sin que el demandante

¹⁴¹Consejo de Estado. Sentencia de noviembre 12 de 1998. Expediente 13.531. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes.

tenga que probar la existencia de la culpa, descuido o negligencia para obtener la correspondiente indemnización¹⁴².

Se debe precisar que cuando se condena a la administración al pago resarcitorio con ocasión de la ocupación permanente de un inmueble, la sentencia judicial constituirá título traslaticio de dominio en favor de la entidad pública correspondiente”.

Consulte sentencia del Consejo de Estado, mediante la cual modifica la decisión del Tribunal del Magdalena, bajo el entendido de declarar al Instituto Nacional de Adecuación de Tierras ‘INAT’, antes HIMAT, administrativamente responsable por los daños materiales ocasionados a la señora Rosario García Aguirre con ocasión de la ocupación permanente de una faja de terreno y ordenó negar las demás pretensiones de la demanda, puesto que no logró demostrar la demandante todos los perjuicios aducidos en la misma¹⁴³.

3.9.3 CONCLUSIÓN

Los requisitos para derivar responsabilidad del Estado por la ocupación de inmueble por trabajos públicos son¹⁴⁴:

1- *Debe haber un derecho que se debe de estimar afectado por el hecho de la ocupación permanente del inmueble; bien sea el derecho de propiedad, posesión, uso, usufructo o habitación*

2- *Debe mediar la ejecución de un trabajo público o la realización de la obra por el demandado o por un particular pero a nombre del Estado.*

3- *Debe de configurarse un daño provocado de manera injusta y unido causalmente a la ejecución de una obra.*

¹⁴² Consejo de Estado. Sentencia de septiembre 30 de 1960, Consejero Ponente Dr. Francisco Eladio Gomez, anales del Consejo de Estado, t LXIII, N. 392-396, 1961.

¹⁴³ Consejo de Estado. Septiembre 27 de octubre de 2005, radicado 15.728. consejero ponente: Maria Helena Giraldo Gómez.

¹⁴⁴ Consejo de Estado. Septiembre 27 de octubre de 2005, radicado 15.728. consejero ponente: Maria Helena Giraldo Gómez.

La doctrina ha adicionado los siguientes requisitos¹⁴⁵:

“- Que el daño haya sido causado por la Administración Pública por una fuerza que emane de ella.

Que el daño ‘lesione la equidad afectando al individuo de manera injusta y desigual’, porque la equidad no exige la reparación de todos los perjuicios causados por el Estado, ya que “no hay daño contrario a la equidad en todas las cargas y las imposiciones públicas, que afectan a todos los individuos según cierto plan y según sus facultades respectivas: tales son los impuestos, los servicios forzados y las cargas públicas ordenadas. En todos estos casos el perjuicio conserva el carácter de igualdad, lo que basta para ponerlo de acuerdo con la equidad’ y más aún no existe violación a tal principio en los daños que, aún afectando de manera desigual a un individuo, ‘() se justifican por una relación especial del individuo sobre el cual inciden”;

- Que el daño sufrido signifique un atentado a la persona, a su cuerpo, a su libertad, a los valores reunidos en su poder jurídico directo”.

Además es necesario probar los requisitos predicables del daño:

- *Que sea particular,*
- *Que sea determinado o determinable,*
- *Que sea cierto, no eventual, (demostración de la lesión a un derecho subjetivo)*
- *Y que recaiga sobre un bien jurídicamente tutelado (por ejemplo, no se protegen bienes adquiridos ilícitamente, por narcotráfico, testaferrato)*

Cabe anotar que la acción de reparación directa por trabajos públicos cabe en los casos en que, si bien, no es la entidad de derecho público la que materialmente ocupa el predio, los efectos de su conducta irregular o las consecuencias de su falla son similares por cuanto el particular resulta afectado por dicha falla, privado del ejercicio del derecho de dominio, ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando el particular acude a las autoridades en razón de los perjuicios que le está causando en su propiedad o en su derecho, la construcción de una obra por un particular e interpone las acciones o mecanismos idóneos que la ley prevé para que le reparen el daño y se detenga la perturbación, obteniendo sentencia

¹⁴⁵ Consejo de Estado. Septiembre 27 de octubre de 2005, radicado 15.728. consejero ponente: María Helena Giraldo Gómez.

o fallo favorable conforme con sus pretensiones y la administración no hace exigible la decisión o la ejecuta, es decir, omite lo dispuesto u ordenado por el fallo, también, puede darse una falla de la administración en el mismo caso hipotético, frente al cual se profiere un fallo totalmente arbitrario y violatorio del derecho y de los hechos probados.

Para concluir, es preciso recordar, que esta acción de reparación directa, es posible de impetrar ante una ocupación por trabajos públicos temporales o permanentes.

3.10 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ALMACENAJE DE MERCANCÍAS

3.10.1 CARACTERIZACIÓN

El desarrollo teórico de este acápite estará orientado hacia el manejo de ciertos términos que en materia de aduanas es necesario conocer para efectos de determinar cuáles son las obligaciones del importador o exportador de mercancías y cuales las del depositario que en este caso es el fondo rotatorio de aduanas -DIAN-. De igual manera, con apoyo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se conocerá cual ha sido la evolución del concepto de responsabilidad del Estado por almacenaje de mercancías, es decir, de un depósito forzoso se paso a un depósito legal fundado en una relación extracontractual-directa y no en una relación contractual.

Y se ilustrará que en materia de almacenaje de mercancías y sobre todo por pérdida se maneja dos regímenes de imputación de responsabilidad, el objetivo y la falla del servicio.

3.10.2 APLICACIÓN PRÁCTICA-JURISPRUDENCIAL

Sentencia de Consejo de Estado, mediante la cual resuelve en consulta un fallo del Tribunal Administrativo de Magdalena en el que se ordenó condenar al Estado (fondo rotatorio de aduanas), por falla del servicio, al haber dispuesto la venta de mercancías omitiendo la orden del Juzgado Segundo Superior de Aduanas de mantener en depósito forzoso las mercancías importadas que presuntamente se consideraban eran de contrabando y por decisión posterior se ordenó cesar la investigación contra el dueño de la mercancía¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Consejo de Estado. Sentencia de Septiembre 17 de 1992, radicado 6546. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández

“...En efecto, conforme a las normas que regulan la materia, la venta de los bienes solo está autorizada respecto de “las cosas fungibles o que puedan dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro importante , o para cuyo almacenamiento se presenten serias dificultades ” (Artículo 25 del Decreto 520 de 1971); de no ser esa la situación, la enajenación ha de “hacerse por remate”, diligencia legalmente viable una vez “en firme la declaración de que una mercancía es de contrabando” (Art. 82 del Decreto 955 de 1970), lo cual se precisa en la sentencia, en el auto que ordena el sobreseimiento definitivo, o bien el archivo del expediente o la cesación del procedimiento (Art. 85 id.); entretanto se da ese pronunciamiento judicial, se opera un fenómeno de depósito forzoso merced al cual el depositario (Fondo Rotatorio de Aduanas) tiene el deber de custodia en los bienes incautados, como lo dispone el Código Civil (Art. 83 ibidem).

En el caso que se examina, la descripción de las mercancías contenidas en los recibos de retención y en las Actas de Ingreso y de Egreso, enseña que no se trataba de muebles perecederos o susceptibles de sufrir daño o deprecio, merma o deterioro en condiciones normales de almacenamiento y tampoco se vislumbra que por su conformación, volumen o cualquiera otra razón, pudieran existir dificultades especiales para mantenerlos en bodegas...

Considerando lo anterior, se impone acoger los planteamientos que fundamentan la sentencia consultada y que la Sala comparte, pues la Entidad estaba obligada a mantener en sus bodegas los repuestos automotores puestos a su cuidado y en ningún caso le era lícito, como lo hizo, disponer de ellos antes de que se definiera judicialmente la legalidad de su ingreso al país.

En firme la declaración de que no eran de contrabando, la demandada no tenía camino distinto que atender la orden judicial y devolverlos a su dueño; la desobediencia en que incurrió, sin lugar a duda, comprometió la responsabilidad patrimonial de la demandada, según lo dispuesto en el artículo 2º. del Decreto 630 de 1942 sustitutivo del artículo 55 de la ley 79 de 1931, del siguiente tenor:

“Salvo las pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección para la seguridad de su contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía almacenada en las bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en legal forma, abandono voluntario o hasta cuando se considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje ”.

Sentencia del Consejo de Estado, mediante la cual se modifica un fallo del Tribunal Administrativo del Magdalena y se condena a COLPUERTOS de forma solidaria a responder ante una aseguradora bajo la figura de la subrogación en razón a que la aseguradora pagó al tomador el valor total que acarreaba la pérdida de unas mercancías importadas que fueron almacenadas en Colpuertos y víctimas de un incendio. No acepta la posibilidad de eximir de responsabilidad a Colpuertos bajo la causal de fuerza mayor, toda vez que, previamente se presentaron conatos de incendio¹⁴⁷.

“De conformidad con las anteriores disposiciones, vigentes para la época de los hechos, el almacenaje de mercancías depositadas en bodegas oficiales con fines de exportación o importación, no es una actividad comercial o lucrativa para el Estado fundamentada en una relación contractual de depósito con la persona interesada, sino que se trata de una actividad de naturaleza legal que tiene como fin verificar la legalidad de la exportación o importación y la liquidación y pago de los derechos fiscales correspondientes.

...Por lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado había afirmado que la responsabilidad de las entidades públicas por la pérdida o deterioro de las mercancías depositadas en sus bodegas con fines de exportación o importación es directa o extracontractual, por lo cual se enmarca dentro de la acción prevista por el art. 86 del C.C.A., y, por lo tanto, ajena a la acción contractual¹⁴⁸.

Dicha responsabilidad es objetiva, si la pérdida o deterioro de las mercancías se producía durante el lapso de tiempo fijado por la ley para su trámite de nacionalización o exportación. Así las cosas, al lesionado solamente le bastaba probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el depósito de los bienes, para tener derecho a ser indemnizado. Y la administración solamente podía exonerarse probando la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero.

...Como no consta en el proceso que la autoridad aduanera hubiese declarado el abandono legal de las mercancías, mediante acto administrativo en firme, la entidad demandada está llamada a responder por la pérdida parcial de los bienes, responsabilidad que se torna en objetiva y de la cual no se liberó, toda vez que no demostró que el daño se produjo por la existencia de una causal exonerativa.

¹⁴⁷Consejo de Estado. *Sentencia de 15 de marzo de 2001, radicación 12231* Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández.

¹⁴⁸ Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de junio 14 de 1988, Exp. 4159, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Es oportuno precisar que días antes del siniestro (noviembre 26 de 1991), se habían producido dos conatos de incendio en las bodegas de Colpuertos...

De lo anterior, se deduce que el incendio que se produjo en las instalaciones de Colpuertos no constituyó un suceso imprevisible e irresistible a la actividad administrativa, es decir, una fuerza mayor al tenor del art. 64 del C.C., sino que por el contrario era previsible, por cuanto ya se habían producido dos conatos de incendio. ”

Sentencia de Consejo de Estado en la cual se modifica el fallo de primera instancia ordenando declarar responsable a la Nación, Ministerio de Hacienda – Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales, como consecuencia del extravío de unas mercancías(si bien tuvo la oportunidad para expedir el acto de abandono legal, no lo hizo por ello se considera que era custodio de las mercancías) y no por la pérdida de unos documentos que eran el respaldo para el pago de la suma de dinero correspondiente a la legalización de las mercancías y que, permitiría el levantamiento de las mercancías como lo argumentó la parte actora ya que, lo que se probó es, que tuvo la oportunidad para hacerlo y no canceló¹⁴⁹.

“Ahora bien, el manejo del título jurídico para el estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado, derivado de la pérdida de mercancías, ha sido determinado, por regla general, según el hecho tenga suceso dentro del término legal para nacionalización o por fuera de éste.

En el primer evento (pérdida de la mercancía dentro del término legal para nacionalización) la jurisprudencia de la Sección ha dicho que es el OBJETIVO, toda vez que se trata del depósito impuesto por la ley, durante el trámite de importación respectivo, es decir, que estando probado el hecho dañoso (pérdida, destrucción o saqueo, etc.) y el daño conexo a ese hecho, si la Administración no demuestra causal exonerante, debe responder.

En el segundo evento (pérdida de la mercancía por fuera del término legal para nacionalización) será al demandante a quien le corresponda la carga de la prueba de la conducta irregular, el daño y la relación causal, toda vez que como la ley limita en el tiempo la permanencia de la mercancía en los depósitos aduaneros o temporales autorizados para tal efecto, lo lógico es que el interesado que no la retira debe correr con la carga de la prueba dentro de la falla del servicio.

...

¹⁴⁹ Consejo de Estado. Sentencia de 27 de octubre de 2005., radicado 15.366. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo.

LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, frente al deber estatal de depósito en materia de obligaciones de almacenaje aduanero, ha sido bien interesante. En principio, el enfoque era como depósito necesario o forzoso “merced al cual el depositario (Fondo Rotatorio de Aduanas) tiene el deber de custodia en los bienes incautados, como lo dispone el Código Civil (art. 83 ibídem)”¹⁵⁰.

.. EN EPOCA RECIENTE el Consejo de Estado revaluó la calificación del depósito de mercancías para efectos aduaneros y pasó *al depósito legal*. Y no podría ser de otra forma por las diferencias entre los depósitos contractual y aduanero que sus semejanzas¹⁵¹. En sentencia del 15 de marzo de 2001¹⁵². (Se encuentran previamente citadas).

...
En materia de aduanas y en el caso de pérdida de mercancías, por regla general, son dos los títulos jurídicos los que se utilizan; de una parte, será OBJETIVO si se está dentro del plazo para la legalización de la mercancía; y de otra parte, será DE FALLA si se está en la etapa posterior a la declaratoria de abandono a favor de la Nación.

...
OTRA DEFINICIÓN de gran relevancia para el caso, es la figura del LEVANTE DE MERCANCÍAS¹⁵³.

La DIAN argumentó que el abandono legal de las mercancías tiene operancia con el sólo cumplimiento del plazo legal, sin necesidad de acto administrativo, de acuerdo con lo dispuesto por *EL DECRETO LEY 1.105 DE 1º DE JULIO DE 1992*, que dispone lo siguiente, al regular el rescate de mercancías: “Las mercancías sobre las cuales a la fecha de vigencia del presente decreto hayan transcurrido los términos *para ser consideradas en abandono legal sin que se hubiere proferido la*

150 Sección Tercera. Sentencia de 17 de septiembre de 1992. Expediente 6.546. Actor. Francisco Henry Schmiett R. Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

151 Sobre el tema ver sentencia de la Sección Tercera de 27 de noviembre de 2002. Actor: Seguros Fénix S.A. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

152 Sección Tercera. Expediente 12.231. Actor. Seguros Fénix S.A. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

153 que bajo la normatividad en estudio se concibió como acto o declaración, por el cual la aduana permite a los interesados el retiro y disposición de las mercancías que son objeto de despacho cuando finalizado el reconocimiento de éstas, no se hubiere descubierto infracción, y presupone el pago previo y la acreditación de los derechos de importación; así para efectos del llamado régimen de despacho para consumo, el levante siempre requiere que los derechos de importación estuvieren garantizados (arts. 1 y 169 dcto 2.666/84). E incluso para la entrega de las mercancías se impone que la Aduana permitirá el levante cuando se haya efectuado el pago correspondiente o haya aceptado las garantías cuando procedan, o haya cumplido con los requisitos especiales que se prevean, según el caso (art. 17 ib., mod. art. 9 ib.).

respectiva resolución de abandono, tendrán el término de un mes como único plazo para su rescate, el cual se contará desde la vigencia del presente decreto. Vencido este término, las mercancías pasarán a ser propiedad del Fondo Rotatorio de Aduanas sin que se requiera ningún acto que así lo declare” (art. 9 transitorio), es decir que simplemente acontecido el hecho y vencido el plazo legal, se tendrán las mercancías como de propiedad de la Nación.

...

Al efecto, resulta importante mencionar y con fines pedagógicos, como luego con la expedición del decreto ley 1.105 de 1992 – norma inaplicable al caso que se juzga - se avizoró, en este punto, el cambio de la legislación aduanera actual... A título ilustrativo y de comparación, nótese cómo el actual decreto ley 2.685 de 28 de diciembre de 1999, dice expresamente: “ABANDONO LEGAL: es la situación en que se encuentra una mercancía cuando vencido el término de permanencia en depósito no ha obtenido su levante o no se ha reembarcado”. Mientras que como ya se vio el antiguo decreto 2.666 de 1984, disponía que “ABANDONO LEGAL, es el *acto*”.

La SALA llama la atención en este aspecto para contradecir el dicho de la DIAN, en cuanto aseveró que a la SOCIEDAD FIERROS LTDA, al momento de la pérdida de la mercancía (mayo de 1992), le era aplicable el decreto 1.105 de 1992, pues lo cierto es que este empezó a regir tiempo después (1 de julio de 1992), por lo tanto, la realidad jurídica da cuenta que la norma vigente al caso es el decreto ley 2.666 de 1984, por ende como la administración de aduanas, habiendo pasado los términos legales, no expidió el acto de abandono, la mercancía estaba bajo la esfera de propiedad de la demandante, careciendo de soporte aquellas manifestaciones que vincularon la inexistencia de la antijuridicidad del daño de la actora, a la propiedad de la mercancía.

La SALA OBSERVA entonces que la CRONOLOGÍA DE LAS PRUEBAS ...indican claramente que al momento de la pérdida de la mercancía, *15 de mayo de 1992*, la misma carecía de declaratoria de abandono, conforme a la exigencia legal del decreto ley 2.666 de 1984, lo cual le otorga la suficiente razón a los argumentos de la parte actora.

...

Por la óptica en que se mire el manejo del daño antijurídico - *violación a una norma legal, justo o no justo u obligación de soportar la lesión* - no cabe duda, que el demandante tiene derecho a obtener la reparación del daño causado por la pérdida de mercancías que, aún estaban bajo su dominio, en tanto ese daño antijurídico tuvo su causa eficiente y determinante en el hecho dañoso, en el extravío o sustracción de la mercancía que custodiaba la entidad demandada,

en virtud del depósito legal durante el trámite de nacionalización y dentro del cual la administración no profirió acto de abandono".

3.10.3 CONCLUSIÓN

Inicialmente se consideró que la responsabilidad del Estado por almacenaje de mercancías tenía como fuente una relación contractual entre el depositante y depositario, con posterioridad y para la fecha, se considera que la fuente de esa responsabilidad es extracontractual o directa, bajo el entendido que, el almacenaje de mercancías con fines de exportación o importación, no deriva del acuerdo o de la aquiescencia del depositante y menos comporta una actividad que sea lucrativa para el Estado; el depósito de mercancías surge de un mandato legal, mediante el cual se pretende verificar el cumplimiento de los requisitos legales-fiscales requeridos para la exportación e importación de mercancía, de tal manera, que el perjudicado por el depósito de una mercancía puede demandar la responsabilidad del Estado con base en el artículo 86 del CCA.¹⁵⁴

Inicialmente el depósito de mercancías se manejaba bajo la figura del *depósito forzoso*, con base en el artículo 83 del CC se decía que consistía en el deber de custodia de bienes incautados, desde que se recibían los bienes hasta que se producía su devolución en legal forma, ahora el depósito de mercancías se maneja bajo la tesis del *depósito legal*, ello por la distinción entre el depósito contractual y el aduanero antes referido¹⁵⁵.

En materia de aduanas y en especial, en el caso de pérdida de mercancías son dos los títulos de imputación de responsabilidad que se utilizan¹⁵⁶:

- El objetivo: si está dentro del plazo para la legalización de la mercancía.
- El de falla del servicio: si está en la etapa posterior a la declaratoria de abandono a favor de la Nación.

La anterior distinción, es esencial hacerla, frente a la imputación objetiva el demandante o depositante de la mercancía le basta demostrar la pérdida de la mercancía, es decir, el daño antijurídico y la imputación del mismo al Estado, lo cual implica que el depositante no tiene responsabilidad alguna, que ha

¹⁵⁴ Sección Tercera. Expediente 12.231. Actor. Seguros Fénix S.A. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁵⁵ Consejo de Estado. Sentencia de 27 de octubre de 2005., radicado 15.366. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo.

¹⁵⁶ Ibíd.

actuado de conformidad con la ley y el Estado por el contrario bien sea por acción u omisión ha causado un daño antijurídico, el cual debe de reparar toda vez que la mercancía está bajo su custodia y es su deber responder, puesto que se encuentra dentro del término o plazo para su legalización, disponer lo contrario sería enfrentar al perjudicado a una carga pública que no está en la obligación legal de soportar. En la falla del servicio el actor debe demostrar la falla del servicio por parte de la administración, el daño causado y el nexo de causalidad de esa falla con la pérdida sufrida, la carga de la prueba se torna más gravosa para el demandante, precisamente porque se castiga su falta de diligencia, de interés para proceder con el levantamiento de las mercancías. Una vez se ha ordenado la entrega al dueño, sería ilógico pensar que el Estado deba ser el custodio de unas mercancías por tiempo indefinido y además que deba responder por su deterioro o pérdida hasta que al administrado le resulte el interés de cumplir con su obligación.

Por ello, frente a los dos supuestos referidos, en materia de derecho aduanero se habla de abandono legal de mercancías y abandono voluntario, es preciso hacer alusión a la evolución conceptual de tales términos y de otros conceptos, a saber:

Bajo el decreto 2.666 de 1984, *el abandono legal de mercancías* era considerado *un acto* mediante el cual la administración de aduana declaraba abandonada y a favor de la Nación una mercancía en los eventos previstos en la ley.

El decreto ley 1.105 de 1º de julio de 1992, disponía lo siguiente, al regular el rescate de mercancías: "Las mercancías sobre las cuales a la fecha de vigencia del presente decreto hayan transcurrido los términos *para ser consideradas en abandono legal sin que se hubiere proferido la respectiva resolución de abandono*, tendrán el término de un mes como único plazo para su rescate, el cual se contará desde la vigencia del presente decreto. Vencido este término las mercancías pasarán a ser propiedad del Fondo Rotatorio de Aduanas sin que se requiera ningún acto que así lo declare" (art. 9 transitorio), es decir que simplemente acontecido el hecho y vencido el plazo legal, se tendrán las mercancías como de propiedad de la Nación, no había necesidad de expedir un acto administrativo.

Con el decreto ley 2685 de 28 de diciembre de 1999, *el abandono legal*, ya no es un acto sino una **situación** en que se encuentra una mercancía cuando vencido el término de permanencia en depósito no ha obtenido su levante o no se ha reembarcado.

Según el art. 2 decreto 755 de 1990, *el abandono voluntario de mercancías*, se concibe como el acto por el cual una persona que puede disponer de la mercancía,

mediante comunicación por escrito y dirigida al administrador de la aduana manifiesta que la deja total o parcialmente a favor de la Nación.

El levante de mercancías es un acto o declaración por la cual la aduana permite a los interesados el retiro y disposición de las mercancías que son objeto de despacho cuando finalizado el reconocimiento de ellas no se hubiere descubierto infracción y presupone el pago previo y la acreditación de los derechos de importación, arts. 1 y 169 dcto. 2.666/84

Es preciso anotar, conforme a las normas que regulan la materia, que la venta de los bienes solo está autorizada respecto de "las cosas fungibles o que puedan dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro importante , o para cuyo almacenamiento se presenten serias dificultades " (Artículo 25 del Decreto 520 de 1971); de no ser esa la situación, la enajenación ha de "hacerse por remate", diligencia legalmente viable una vez "en firme la declaración de que una mercancía es de contrabando" (Art. 82 del Decreto 955 de 1970), lo cual se determina en la sentencia, en el auto que ordena el sobreseimiento definitivo, o bien el archivo del expediente o la cesación del procedimiento (Art. 85 id.); en el interregno de ese pronunciamiento judicial, se opera un fenómeno de depósito forzoso en virtud del cual el depositario (Fondo Rotatorio de Aduanas) tiene el deber de custodia en los bienes incautados, como lo dispone el Código Civil (Art. 83 ibidem), que hoy se maneja bajo la figura del depósito legal. Es decir, disponer un remate antes de que exista una sentencia o auto de autoridad competente que lo ordene implica una falla del servicio de la administración.

Las causales eximentes de responsabilidad en razón de pérdida o deterioro de mercancías almacenadas según lo dispuesto en el artículo 2º. del Decreto 630 de 1942 sustitutivo del artículo 55 de la ley 79 de 1931, son:

Pérdidas o daños por fuerza mayor,

- *Evaporación,*
- *Deterioro natural,*
- *Empaque defectuoso o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección para la seguridad de su contenido,*

En cuanto al término del cual se predica responsabilidad del Estado, el citado artículo preceptúa:

...el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía almacenada en las bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en legal forma, abandono voluntario o hasta cuando se considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje “.

De igual manera, cabe precisar que antes de La ley 1^a de 1991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”, Colpuertos como empresa industrial y comercial del Estado tenía el monopolio de las funciones de dirección, administración y operación de los puertos marítimos, dicha ley dispuso, en su art. 33, la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia “Colpuertos”, y abrió la posibilidad para las entidades públicas, como las empresas privadas, de constituir sociedades portuarias para construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios, o muelles y para prestar todos los servicios portuarios.

El artículo 47 de la ley precitada derogó, entre otras disposiciones, la ley 154 de 1959 y los decretos 1174 de 1980 y 2465 de 1981, pero su parágrafo transitorio prescribió:

“Las funciones desarrolladas por Puertos de Colombia de conformidad con los *decretos 1174 de 1980 y 2465 de 1981*, que por esta ley se derogan, continuarán prestándose en la forma allí prevista hasta tanto las sociedades portuarias contempladas en el artículo 34 asuman la dirección, administración y operación de dichos puertos.”

3.11 RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL

3.11.1 GENERALIDADES

En primer lugar es preciso decir que se entiende por derecho medico: se entiende como la regulación jurídica de actos, procesos, condiciones y elementos que inciden o pueden tener trascendencia en la protección del Derecho a la vida y a la salud y otros derechos fundamentales, así sea por conexión, como también Derechos sociales, culturales y económicos del ser humano, y frente a las condiciones de vida de otros seres vivos, relacionados con el objeto central temático, teniendo en cuenta especialmente sus variables de tipo social, ambiental y económico.

En lo relacionado con el concepto de responsabilidad médica, el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua¹⁵⁷¹² nos define la Responsabilidad como la obligación de reparar o satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal.

Teniendo en cuenta la definición antes señalada, podemos decir que la responsabilidad es la asunción de los efectos jurídicos por una conducta impropia, que causa un detrimiento patrimonial o extramatrimonial pero económicamente apreciable a la víctima o sujeto pasivo de dicha alteración, con la consecuente obligación del victimario de resarcir tales perjuicios.

3.11.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Son tres los elementos de la responsabilidad administrativa y por supuesto, de la que surge con ocasión de la actividad médica: una falla o falta en el servicio, un daño y una relación de causalidad entre los dos primeros.

Falta o falla en el servicio: La falla o falta en el servicio es la actuación irregular (tardía, defectuosa, o hechos u omisiones que ocasionen un daño) de la Administración que transgrede intereses jurídicamente tutelados. Este régimen encuentra su fundamento en un servicio que la Administración debía prestar, bien por disposición constitucional, legal o cuando de hecho lo asume y que no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio y en el tiempo. A diferencia del derecho común, donde la culpa es eminentemente subjetiva, es decir, imputable a un individuo, la falla en el servicio puede ser por culpa o falla funcional, orgánica o anónima.

El daño: Es el fundamento del restablecimiento patrimonial. El daño es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil y administrativa, sin cuya existencia o demostración, no cabe decretar indemnización alguna.

El daño antijurídico es una constante al igual que la imputabilidad del daño al Estado, pero con variables, de acuerdo con los títulos Jurídicos de Imputación o Fundamentos de Responsabilidad.

La ley ha clasificado los daños en materiales o patrimoniales, constituidos por el daño emergente y el lucro cesante, que afectan siempre bienes de contenido económico; y, en inmateriales o morales, los que la jurisprudencia administrativa

¹⁵⁷¹² Diccionario de la lengua, española, 197 edición, Ed: Espasa, 1970, Madrid.

ha llamado daño a la vida de relación, psicológicos y estéticos, que no tienen un contenido económico.

También se ha conocido dentro de la noción de daño, la del llamado *daño elocuente*. La existencia o no de una “*penuria negligente*” se calibra según “el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar” y comprende no sólo la omisión de medios sino también “el descuido en su conveniente y temporánea utilización”.

Cuando se trata de daños continuados, al producirse estos día a día en el tiempo, produciéndose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad, como consecuencia de un único hecho inicial, la jurisprudencia nacional ha señalado que el plazo de caducidad de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos, por contraposición a lo que ocurre en los daños permanentes en que el plazo a computarse es el momento en que se produce la conducta dañosa.

-*Relación de causalidad*: Entre la actuación imputable a la Administración y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, lo cual quiere decir que el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación. Para que exista esa relación de causalidad, el hecho o actuación debe ser actual o próximo, debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño.¹⁵⁸

En la actualidad, la jurisprudencia administrativa se refiere a la tesis de la *probabilidad o grado de probabilidad preponderante del nexo causal*¹⁵⁹.

No obstante, el nexo causal constituye elemento innegable para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado. Se le reconocen dos connotaciones: una *material o natural*, y otra *jurídica*. Desde el punto de vista material, es el vínculo físico entre el hecho y el daño, y, en su aspecto jurídico determina la posibilidad de atribuir el daño a quien debe asumir sus consecuencias. De allí que se usen las expresiones “causalidad” como sinónimo del nexo material e “imputabilidad” para efectos de la reparación o indemnización¹⁶⁰.

158 Rodrigo R., Libardo; *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Editorial Temis, Pág.371, 1995

159 Sentencia Consejo de Estado de febrero 21 de 2002 con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez,

160 Bustamante Ledesma Álvaro en “*La Responsabilidad Extracontractual del Estado*”, segunda edición, Editorial Leyer, Bogotá 2003.

3.11.3 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Según como se ubique el débito prestacional dentro de la actividad médica, como obligación de medio o de resultado, variará la forma de exoneración por parte del médico; inclusive, y según lo visto en la actividad médica compleja, deberá deslindarse el total de la actuación (como actividades principales o secundarias) para saber si las mismas consideradas individualmente son obligaciones de medio o de resultado.

La causa extraña es considerada como receptora del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima.

Si la actividad médica es considerada como una *obligación de medio*, el médico se exonerará de toda culpa probando que actuó con toda la diligencia y cuidado que estaba a su alcance.

En cambio, si la obligación es considerada como de *resultado*, el médico se podrá exonerar probando: a) *Fuerza Mayor y Caso Fortuito*, que para un sector de la doctrina son dos conceptos similares, siempre y cuando sean irresistibles e imprevisibles, para otro sector de la misma como de la jurisprudencia se consideran términos distintos. En el campo del derecho administrativo, el caso fortuito no exonera de responsabilidad, contrario a lo que sucede en el derecho civil; b) *Culpa exclusiva de la víctima*, cuando es la propia persona que causa el daño en su cuerpo o salud o se genera el perjuicio como tal; c) *Hecho de un tercero*, cuando es una persona ajena a la relación médico - paciente quien ocasiona el daño.

En mi concepto, el caso fortuito y la fuerza mayor son dos definiciones disímiles, las cuales se diferencian fundamentalmente en que la fuerza mayor es el hecho imprevisible o imprevisto, irresistible de causa conocida que ocurre por fuera de la esfera jurídica del deudor, que se escapaba a la voluntad del hombre. Por su parte, el caso fortuito es el hecho imprevisto, irresistible y de causa desconocida que ocurre dentro de la esfera jurídica del deudor, un hecho que ocurre con intervención de la voluntad del hombre.

3.11.4 CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

A. *Principio Carga Dinámica de las Pruebas*: Sobre este principio ha expuesto el Consejo de Estado¹⁶¹:

161 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia de febrero 21 de 2002, Exp.12813, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

"Que si bien no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relevan el principio de equidad. Sin embargo, las dificultades para su fundamentación han llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. En cada caso el fallador debe valorar si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar los hechos que imputa a la entidad demandada. Así, la aplicación del dinamismo probatorio puede generar dificultades cuando se le enfrenta a la reconocida tesis de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio sin atender a las circunstancias arriba mencionadas.

Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión."

B. Principio de pérdida de oportunidad: En reciente jurisprudencia, el Consejo de Estado ha traído a colación otra de las formas de morigerar la carga de la prueba en cabeza del demandante¹⁶²:

"Debe advertirse que, para que haya lugar a la reparación, no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo que la doctrina ha considerado como la "pérdida de una oportunidad". Al respecto dice Ricardo de Ángel Yagüez:

...

"En el terreno de la medicina, el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnóstica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente por fin

¹⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección tercera, Auto 25416 de junio 10 de 2004, CP: Ricardo Hoyos Duque.

consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, solo le ha hecho perder ocasiones de no serlo".

Se destacan, además, algunas precisiones que Francois Chabas ha realizado al respecto:

i) Se requiere que la víctima haya tenido una oportunidad, un áleas, lo cual implica que:

a) "la víctima no tenía más que una esperanza: la de ver realizarse un evento benéfico... En la pérdida de una oportunidad, el proceso que podía conducir a la pérdida de la 'ventaja esperada' está generalmente iniciado. Es así como hablaremos de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir para aquel que no tiene sino oportunidades de no morir. Y ello es paradójicamente diferente de la situación de quien tiene oportunidades de morir. El áleas no es la misma cosa que el riesgo" y b) la oportunidad debía existir, ser real y no meramente hipotética.

ii) Que por culpa del agente se haya perdido esa oportunidad. Debe existir relación causal entre la conducta del agente y la pérdida de esa oportunidad, que no es lo mismo que establecer el vínculo causal entre la culpa del agente y la pérdida de la ventaja esperada. Por lo tanto, no puede hablarse de pérdida de oportunidad cuando se desconoce la causa de la pérdida de la ventaja, causa que pudo ser la culpa del agente. "Está entonces prohibido, sobre todo, recurrir a la teoría de la pérdida de una oportunidad cuando el médico no ha hecho más que aumentar un riesgo".

iii) "Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que debería si él hubiera matado realmente al enfermo. El razonamiento es el mismo cuando la 'ventaja esperada' es diferente de la supervivencia, como por ejemplo, ganar un proceso. El juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente

de oportunidades que tenía el paciente y que éste ha perdido... Se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra 'ventaja esperada'.

C. Vía de Hecho: Los jueces no son infalibles en sus decisiones. Por eso el ordenamiento jurídico dispone de numerosos recursos que permiten a las partes intervinientes en un proceso controvertir sus actuaciones. Pero la previsión de recursos para estos casos erráticos no siempre es una garantía suficiente para la protección de los derechos de las partes. Es así como la jurisprudencia constitucional acepta la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales donde se pruebe una vía de hecho que, por supuesto, tiene como consecuencia la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental. Es por eso que la arbitrariedad con la que obra un operador jurídico que no decreta una prueba conducente, o que decretándola no la valora, o siendo una prueba insuficiente que no tiene la entidad de demostrar un determinado se le da un alcance y un valor que no posee, se purga, no sólo con los recursos ordinarios sino también con la vía expedita de la tutela, cuando tales actos arbitrarios e ilegales, atacan directamente, o amenazan un derecho fundamental¹⁶³.

3.11.5 CLASES DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

Antes de entrar a explicar las clases de responsabilidad médica, cabe anotar que lo más importante es entender que la responsabilidad civil o administrativa que pueda derivarse de una relación médico-paciente o paciente-Estado respectivamente, no obliga siempre a la reparación del daño.

En adelante, haré una clasificación y adaptación de las clases de responsabilidad, las cuales, son aceptadas ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia.

A. Responsabilidad médica de medio: Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente, se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios. La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su creación es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el consentimiento, entendiendo por tal acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

¹⁶³ Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T 055 de Febrero 14 de 1991, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Doctrina más clásica nos define obligación de medio como aquella en donde el deudor de la prestación pone toda su diligencia y cuidado para la consecución de un fin sin que por ello se esté comprometiendo a conseguir el mismo, o sea, se compromete a realizar una determinada conducta y no el fin que se persigue.

Al respecto, la ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario, se ocupan del tema estableciendo una responsabilidad de medios.

B. Responsabilidad médica de resultado: La obligación de resultado como antítesis a la de medio la podemos concebir como aquel débito prestacional consistente en asegurar un fin determinado por parte del deudor de esa obligación, donde si no cumple se verá en la obligación de indemnizar.

En mi opinión, a diferencia de los demás médicos, al cirujano estético se le exige una mayor exactitud en sus procedimientos, porque al actuar para corregir defectos físicos o mejorar la capacidad humana, se comprometió con su paciente a lograrlas de una manera precisa y, si no obtiene dicho resultado, será culpable y deberá indemnizar a la víctima, salvo que hayan intervenido las causales de exoneración en favor del galeno.

Adicionalmente, el artículo 16 del código de ética médica señala:

“La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.”

De lo anterior se desprende que en Colombia está prohibido que el médico garantice un resultado.

De tal manera que la responsabilidad de resultado sólo se presentaría en escasos eventos: a) cuando el médico garantice un resultado, b) cuando el médico no informa los riesgos, c) cuando se generan falsas expectativas en el paciente.

Ahora, con relación a los métodos de anticoncepción y a las cirugías que hacen las diferentes instituciones encargadas del control poblacional, nos encontramos frente a una típica obligación de medio por parte del galeno.

No obstante, debe precisarse que en el ejercicio de la actividad médica, ya sea de carácter contractual o extracontractual, el médico asume una responsabilidad de medios o de resultados, luego, se puede decir que la responsabilidad de medios y

de resultados son modalidades de responsabilidad que se encuentran inmersas en una relación médico- paciente de tipo contractual o extracontractual.

C. Responsabilidad médica extracontractual: Esta clase de responsabilidad es la que se genera sin que exista previamente un contrato. Y se produce al no cumplir determinados deberes que le sean exigibles al autor, mediando, por tanto, culpa o negligencia, sin intención de producir el daño ocasionado.

Para considerar un acto médico como falta será preciso un análisis detallado del acto en sí, si se ajusta a las normas o reglas establecidas en el quehacer habitual de la medicina y con relación al estado de los conocimientos y técnicas de la medicina en ese momento.

Por tanto, van a ser tipificadas como faltas médicas, aquellas conductas que se hagan con negligencia, de forma imprudente o con falta de conocimientos o impericia manifiesta y que lleve consigo el no cumplir con algunos de los deberes médicos a los cuales viene obligado por la relación con el paciente.

D. Responsabilidad médica contractual Es aquella que se deriva de una relación previa entre el médico y el paciente, a través de un contrato. Se habla de relación contractual cuando el médico acepta y se compromete a llevar a cabo su trabajo profesional, con una serie de contraprestaciones y que le dan derecho a reclamar unos honorarios profesionales a cambio de sus servicios.

En virtud de ese vínculo jurídico contractual debe la institución cumplir, de forma cautelosa y segura, con todas sus obligaciones preestablecidas de cuidado y no debe, bajo ningún concepto, entender que su obligación, asemejada a la de los médicos, es meramente una obligación de medios porque la obligación de la institución en el cuidado del paciente de que ella confía se convierte en una verdadera obligación de resultado, debiendo ser exigente en sí misma y con todo el personal que en ella se desempeña, imponiéndose el más exagerado cumplimiento de su diligencia en la prestación de los servicios contratados, a los fines de asegurar la calidad de vida del usuario de estos servicios sanitarios.

Más allá de la obligación de cuidado que deben las instituciones hacia sus usuarios, más allá de la obligación contractual incluyendo la de servicios hospitalarios, se encuentra el principio fundamental de la garantía, el principio garantista que estas instituciones ofrecen a sus usuarios, y que una vez violentada, y demostrado el daño sufrido, no cabe más que la obligación de responder económicamente con la reparación del daño sufrido, la indemnización o el resarcimiento, extendiendo esta obligación, de acuerdo con la norma sustantiva civil, a todo daño materia y moral.

E. Responsabilidad médica subjetiva: Será subjetiva la responsabilidad médica si se tiene en cuenta el valor moral y social del acto médico y, si al analizar la conducta del actor se consigue culpa o no, es decir, en esta clase se valora la conducta del médico en su quehacer diario, y si esta conducta se ajusta a los patrones de la “lex artis” de su profesión.

F. Responsabilidad médica objetiva: La responsabilidad médica será objetiva, si lo que se busca es la persona o institución capaz de asegurar la reparación y la condena, por el solo hecho de que el daño ha sobrevenido en ciertas circunstancias, sin importar juzgar la conducta del médico, y se persigue garantizar la indemnización del daño con quien ha creado el riesgo que se ha podido materializar en el daño.

La responsabilidad objetiva, es la tendencia relativamente moderna, que se aparta del fundamento forzoso de culpa o dolo para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios.

3.11.6. CONSENTIMIENTO INFORMADO

A. Definición Según el Colegio Americano de Médicos, es la explicación a un paciente mentalmente competente, esto es, legalmente capaz, de la naturaleza de su enfermedad, los riesgos y procedimientos relacionados con ella, para luego solicitar su aprobación sobre la aplicación de dichos procedimientos.

El consentimiento informado es la fiel expresión del principio ético médico de autonomía. El médico debe asegurarse que la persona que se somete a un determinado procedimiento ha quedado plenamente informada y es capaz de entender ventajas y riesgos, y el profesional tiene el deber de mantener la confidencialidad de los resultados. Dependiendo de la intervención en el cuerpo y en la salud del paciente, se extenderán igualmente las consecuencias, no sólo de tipo físico sino también psicológico a éste y a su familia, de ahí la importancia de una válida información.

Al respecto la ley 23 de 1981, consagra la libre elección del médico por parte del paciente en cuanto sea posible. Igualmente dispone que el médico no puede intervenir quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos de que la urgencia del caso exija una intervención inmediata. Señala que no puede exponerse al paciente a riesgos injustificados, y el médico debe pedir el consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o

psíquicamente salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente¹⁶⁴.

Finalmente, es importante aclarar que el consentimiento informado expresado de manera oral o escrita, no es más que la materialización del principio de autonomía del paciente.

B. Principio de autonomía: Como arriba se dijo, es el ejercicio del consentimiento, es la determinación de una persona por sí misma y en él subyace el principio de libertad. Es la facultad de tomar decisiones por sí mismo sin el ministerio de otra persona¹⁶⁵.

C. Obligación legal de informar: De acuerdo con el artículo 16 de la ley 23 de 1981, el médico debe informar:

- *El riesgo que no es grave pero si de común ocurrencia.*
- *El riesgo que no es grave y de escasa ocurrencia.*
- *El riesgo grave y de común ocurrencia.*
- *El riesgo grave y de escasa ocurrencia.*

La sentencia aplicable al caso en concreto esgrime¹⁶⁶

“La información que el médico está obligado a trasmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio. No se trata de una norma que sólo puede ser cumplida o no, sino más bien de un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. La fuerza normativa de este principio se logra por intermedio de la ponderación y adecuación con otros principios y reglas que entran en pugna al momento de resolver el caso concreto. El elemento fáctico es fundamental para determinar el alcance de la norma depositaria del principio.

En este punto, los principios se diferencian de las reglas que se aplican o no a una realidad específica, en una especie de juego en el que se obtiene todo o

¹⁶⁴ Sobre las características del consentimiento ver: Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-337 de 1999, MP; Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶⁵ Ver sentencia T 401 de 1994 de la Corte Constitucional en la que se analiza los conflictos que se presentan entre la autonomía y la salud del paciente en la relación sanitaria, el alcance del principio de autonomía en las intervenciones médicas, y el consentimiento del paciente frente a la existencia de contraindicaciones.

¹⁶⁶ Sentencia Corte Constitucional C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

nada. La solución de los conflictos entre reglas, a diferencia de lo que sucede con los principios se resuelve, entonces, mediante el concepto de validez o mediante la introducción de excepciones.

De acuerdo con lo expuesto, los principios no contienen mandatos definitivos, sino sólo provisionales. Su aplicación no es directa e inmediata sino indirecta y ponderada. Cuando un principio opuesto posee un peso mayor a la luz de un caso específico, el principio inicial debe ceder el paso. Esta característica no afecta su fuerza normativa sino sólo su forma de aplicación.

La fuerza normativa de los principios constitucionales ha sido estudiada por la Corte en su sentencia T-406 de 1992. Allí se hace alusión, en términos de eficacia, a la necesidad de ponderar y aplicar los principios de acuerdo con las condiciones fácticas específicas.

“Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa.”

El problema planteado por la autonomía debe ser resuelto con base en un mecanismo de ponderación y no como una regla que simplemente se aplica o no al caso concreto. “

Es así como el médico no está obligado a explicarlo todo indiscriminadamente, y en absoluto respeto de la autodeterminación y eventual respuesta del paciente, debe “medir” la información relevante que formule varias alternativas que el paciente pueda consultar, y definitivamente la “medida” de esa información dependerá de cada caso concreto.

D.Excepciones De conformidad con la ley y la jurisprudencia las situaciones que constituyen un estado de necesidad justificante son:

- Los casos en que hay urgencia de atención.
- Protección a la vida, fundamentalmente de los menores de edad.

- Protección de menores de edad.
- Personas que sufran discapacidad o retardo mental.
- Pacientes prescritos como casos psiquiátricos.
- Personas con inmadurez mental.

Siguiendo la jurisprudencia¹⁶⁷, “La bioética constata un acuerdo sobre algunos puntos esenciales relativos al tratamiento y al ejercicio médico. En cuanto a lo primero, se considera que todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.

La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.

E. Consentimiento del médico: La atención médica habrá de negarse por el médico:

Cuando la prestación médica que se requiere consista en actos contrarios a la moral, o existan condiciones que interfieran en el libre y correcto ejercicio de la profesión del médico. (art. 6º ley 23 de 1981).

- *Y si no se trata de casos de urgencia, el artículo 7º de la ley 23 de 1981 señala otras situaciones en que el médico puede rehusarse a brindar asistencia:*
- *Cuando el caso no corresponda a su especialidad.*
- *Cuando el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya.*
- *Cuando el enfermo rehúse cumplir las indicaciones prescritas.*
- *Cuando se trate de intervenir quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados.*

¹⁶⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz

- Cuando se trate de su familia o de quienes dependan de él en casos de enfermedad grave o toxicomanía. (Art. 26 ley 23 de 1981).

F. Consentimiento en menores: Es referente obligado sobre el tema, la sentencia T-477 de 1995 en la que se formula el caso de readecuación de sexo de un infante, esto es, un menor de siete años. En ella, la Corte Constitucional analiza varios ítems, como el consentimiento del paciente menor de edad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual, a la dignidad humana, a la identidad personal, y los derechos fundamentales de los niños, frente a tal conflicto o colisión de derechos fundamentales la Corte Constitucional resuelve el conflicto mediante la ponderación de principios y reglas, ejercicio mediante el cual determina el principio fundamental que debe ceder frente a su opuesto.

G-Consentimiento sustituto: En los eventos en que el paciente se encuentra en un grado de inconciencia o incapacidad mental, que no le permita dar su consentimiento para un determinado procedimiento, y la atención que requiere es urgente para salvar su vida, deben darlo en el orden que se encuentra establecido en el artículo 5 de la ley 73 de 1988, si se encuentran presentes, las siguientes personas:

- *El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos.*
- *Los hijos matrimoniales y extramatrimoniales incluyendo los adoptivos.*
- *Los padres, incluyendo los adoptivos.*
- *Los hermanos mayores de edad.*
- *Los abuelos y nietos.*
- *Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado.*
- *Los parientes afines hasta el segundo grado.*

En el caso del paciente menor de edad, el consentimiento sustituto está a cargo de los padres con ejercicio de la patria potestad o de quien tenga la custodia del menor, esto, con las limitaciones que imponen los derechos fundamentales de los niños según la jurisprudencia constitucional¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Con respecto a los problemas jurídicos que presenta el consentimiento sustituto, puede leerse la sentencia SU-337 de 1999 de la Corte Constitucional

Así, el consentimiento sustituto no solo es relativo porque depende de circunstancias tan variables como específicas, sino que en todo caso, es la última opción al momento de autorizarse un procedimiento médico, ya que en principio, esta facultad corresponde directamente al paciente.

H. Consentimiento en medicina legal: Quien sea sujeto pasivo de un determinado procedimiento ante el médico legista, también está en el derecho y la facultad de otorgar su consentimiento para ciertos exámenes, como ocurre por el ejemplo, con el dictamen sexológico, que es un procedimiento incomodo para quien se somete, razón por la que si el sujeto se rehúsa, el médico debe reportar esa manifestación de voluntad y de ninguna manera, puede realizar el examen por la fuerza. Lo mismo ocurre con los dictámenes psiquiátricos y de embriaguez, si la persona se niega, el médico debe informar a la autoridad, pero no puede obligar al paciente.

I. Consentimiento en materia de investigaciones médicas y transplante de órganos: En el campo de la investigación, el investigador debe describir de forma comprensible el proyecto global y el papel del participante. En el caso de un estudio genético esto significa revisar la historia clínica del sujeto y/o de la familia y extraer una muestra sanguínea para el examen de ADN para identificar el alelo que predispone a la enfermedad prevalente en la historia familiar del sujeto. El sujeto tiene derecho a saber dónde se realiza la investigación, se le conserva su historial médico y el ADN, y puede retirarlo cuando a bien tenga. Los investigadores deben informar si pretenden conservar las muestras para futuros usos de investigación en otros proyectos. En este caso, el sujeto debe decidir si quiere que su muestra se conserve de forma identifiable o, por el contrario, puede ser utilizada en forma anónima.

Para mayor información se puede consultar la Recomendación R (97) del 13 de febrero de 1997 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la Protección de Datos Genéticos, la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO, del 11 de noviembre de 1997, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, la resolución No. 8430 de 1993 del entonces Ministerio de Salud, por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud. Si existen dudas acerca de la capacidad mental del paciente o de su libre determinación para otorgar el consentimiento, el investigador debe acudir a la experticia de un neurólogo, psiquiatra o psicólogo que evalúe su capacidad de acuerdo con los parámetros aprobados por el Comité de Ética en Investigación de la institución investigadora, lo mismo debe hacerse si se presume que la

capacidad mental del paciente ha variado con el tiempo, evento en el cual su consentimiento debe ser avalado por los profesionales ya citados.

Tratándose de investigaciones en comunidades, el investigador debe obtener la aprobación de las autoridades de salud y de las demás autoridades civiles competentes, además del documento donde conste el consentimiento informado de cada uno de los miembros de la comunidad.

Las investigaciones que versen sobre menores o discapacitados mentales, deben estar precedidas del consentimiento informado de quienes ejerzan la patria potestad y la representación legal respectivamente, además de la certificación de un neurólogo, psiquiatra o psicólogo, sobre la capacidad de juicio y lógica de quien es sujeto de investigación.

Si se trata de mujeres embarazadas quienes van a someterse a investigación, el consentimiento informado debe obtenerse de parte suya y de su cónyuge o compañero permanente

Cuando se realizan investigaciones en grupos subordinados, entiéndase por éstos, estudiantes, trabajadores de los laboratorios y hospitales, empleados y miembros de las Fuerzas Armadas, internos en reclusorios o centros de readaptación social y otros grupos especiales de la población, en los que el Consentimiento Informado pueda ser influenciado por alguna autoridad, en el Comité de Ética en Investigación de la institución directora del proyecto de investigación, deben participar uno o más miembros de la población de estudio, capaz de representar los valores morales, culturales y sociales del grupo.

En relación con los transplantes de órganos, el artículo 1º de la ley 73 de 1988, establece que sólo pueden utilizarse órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos cuando exista consentimiento del donante, del receptor, y de los deudos.

El decreto 2493 de 2003 señala que, en todo caso, debe prevalecer la voluntad del donante sobre la de sus deudos u otras personas, ya que la voluntad de donación expresada en vida por una persona sólo puede ser cambiada por ella misma y no puede ser modificada después de su muerte por sus deudos.

En donante vivo menor de edad y mujer en estado de embarazo, la donación solo procederá para la obtención de células progenitoras, previo consentimiento informado de sus representantes legales cuando sea del caso.

Finalmente, la norma establece que el donante podrá revocar su manifestación de voluntad en cualquier tiempo, en forma total o parcial, antes de la ablación, la

donación de órganos o componentes anatómicos, con el mismo procedimiento que utilizó para consentir la donación.

J. Consentimiento en pacientes con VIH: El decreto 1543 de 1997 establece al respecto, que la práctica de pruebas de laboratorio para detectar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en el orden individual o encuestas de prevalencia, sólo puede efectuarse previo consentimiento de la persona encuestada o cuando la autoridad sanitaria competente lo determine, de acuerdo con las previsiones que en todo caso establece la ley con el fin de evitar la propagación del virus.

K. Consentimiento en la cirugía plástica y estética: Con las mismas exigencias que para cualquier tipo de procedimiento, el consentimiento en estos eventos, debe reunir los presupuestos estudiados por la jurisprudencia, así como seguir las prescripciones legales contenidas en los artículos 15 y 16 de la ley 23 de 1981 y de los artículos 10 al 12 del decreto reglamentario 3380 del mismo año.

3.11.7 Responsabilidad médica en la cirugía plástica y estética.

Sea lo propio diferenciar primeramente entre cirugía plástica y estética, que excepto en el medio profesional médico suelen confundirse.

La cirugía plástica es terapéutica, curativa, necesaria. Es una respuesta a las malformaciones, traumatismos, quemaduras, tumores, cicatrices que causan limitación funcional, corrección de secuelas, entre otros males que afectan el normal funcionamiento del organismo humano y reclaman una cura. Por el contrario, la cirugía estética es una respuesta a la vanidad ya que no media enfermedad orgánica.

Como fuera mencionado en capítulo anterior, en el concreto caso de la cirugía plástica y la estética la misma Corte se pronunció en fallo de 26 de noviembre de 1986, argumentando que la responsabilidad del cirujano dependerá de la obligación que haya contraído con el paciente, sólo en ese caso, el resultado de la intervención tendrá el alcance de comprometer su responsabilidad, a menos de que se pruebe una fuerza mayor o un caso fortuito. Siendo así, la Corte centró su atención en el contrato médico y en la responsabilidad adquirida por dicho convenio, excluyendo entonces la posibilidad de reclamar un determinado resultado, acusando del médico una responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, y a pesar de la orden contenida en el artículo 16 de la ley 23 de 1981 que prohíbe al médico comprometerse más allá del riesgo previsto, como ya se dijo, se acepta la responsabilidad por una obligación de resultado en precisos

eventos como: a) cuando el médico garantiza un resultado, - a pesar de que le está prohibido por el código de ética médica y es así en todos los ordenamientos deontológicos del mundo -, b) cuando el médico no informa los riesgos, y, c) cuando se generan falsas expectativas en el paciente.

Y en fallo de 30 de marzo de 1990, se reitera la imposibilidad para el médico de garantizar un determinado resultado¹⁶⁹.

3.11.8. RESPONSABILIDAD MÉDICA CON LAS PERSONAS RETENIDAS, CONSCRIPTOS Y ENFERMOS MENTALES

A. *Derechos de las personas privadas de la libertad:* Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia T-522 de septiembre 19 de 1992 con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, preciso las consideraciones al respecto:

“...En el ámbito internacional existen tratados que cobijan a los detenidos y declaran sus derechos inalienables, como son:

a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, en el artículo 10, establece:

“1. Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, aprobada por la Ley 74 de 1968, en su artículo 5º preceptúa:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”

Con respecto a la asistencia médica señaló la Corte en la misma providencia:

“Las personas privadas de la libertad gozan de todos los derechos inherentes a la dignidad humana en general, y en particular del derecho a la salud.

¹⁶⁹ SOSSA, Susana. *Manual de mala praxis medica*, editorial Juris, Santa Fe Argentina 2000, Pág. 114.

La salud es aquí obligación del detenido y del Estado. Del detenido, en la medida en que debe velar por su integridad. Y del Estado, porque el detenido está bajo su protección y responsabilidad, el cual tiene una obligación de resultado: devolver a la persona en el estado físico en que la recibió, sin perjuicio del deterioro natural del transcurso del tiempo.

El parámetro de acción de las autoridades encargadas de la salud de los detenidos en las cárceles del país es doblemente exigente tratándose de la protección a la salud y el respeto de la dignidad humana, la solidaridad y la eficacia de los derechos fundamentales. La omisión negligente en estudiar y resolver una petición de una persona que no tiene ninguna otra alternativa para acudir al tratamiento médico, compromete la responsabilidad del funcionario y configura un incumplimiento de los deberes sociales del Estado". (Sentencia T-499 de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de fecha agosto 21 de 1992).

B. Derechos de los conscriptos. Los beneficios en salud para los miembros de la Fuerza Pública están contenidos en su sistema de salud, que según el artículo 1º de la ley 352 de 1997 está constituido por el Ministerio de Defensa Nacional, el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, el Subsistema de Salud de la Policía Nacional y los afiliados y beneficiarios del sistema. El Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares lo constituyen el Comando General de las Fuerzas Militares, la Dirección General de Sanidad Militar, el Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea y el Hospital Militar Central. El Subsistema de Salud de la Policía Nacional lo constituyen la Policía Nacional y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

Tal sistema tiene por objeto, prestar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios y el servicio de sanidad inherentes a las operaciones militares y policiales.

C. Atención médica de los enfermos mentales: Ha manifestado la Corte Constitucional, que la salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas¹⁷⁰. Este derecho, comprende la facultad que tiene todo

¹⁷⁰ Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-209, del 3 de abril de 1999, M P. Carlos Gaviria

ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento¹⁷¹.

En el caso de quienes padecen trastorno mental, esta noción general de la salud implica, además de la prosecución de los aludidos objetivos generales de bienestar y estabilidad orgánica y funcional, la autodeterminación y la posibilidad de gozar de una existencia adecuada que no les pueden ser negadas, y ellas son las que resulten más convenientes y ajustadas a su disminuida condición física y mental¹⁷².

Destaca entonces, que la salud constitucionalmente protegida no hace referencia únicamente a la integridad física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona¹⁷³.

Con respecto a la asistencia médica en caso de enfermedad mental, señala la Corte que no se puede perder de vista que, dentro de las finalidades del tratamiento médico, dispensado conjuntamente por profesionales y personas allegadas al paciente, puede perseguirse, o bien la mejoría total en los casos en que ésta sea posible, o bien el control de las afecciones del enfermo con el propósito de disminuir una disfunción que se ha catalogado como crónica y que se estima incurable —no desaparecerá. Se trata entonces, de un principio que adquiere indiscutible relevancia en los casos de las enfermedades mentales. Ha dicho el tribunal que no es indispensable, para tener derecho a la atención médica, que el paciente se encuentre en la fase crítica de una enfermedad psicológica o mental. Aceptarlo así equivaldría a excluir, en todos los campos de la medicina, los cuidados preventivos y la profilaxis. Habría que esperar la presencia del padecimiento en su estado más avanzado y tal vez incurable e irreversible para que tuviera lugar la prestación del servicio. En el caso de las enfermedades mentales, si se acogiera dicho criterio, tendría que supeditarse todo tratamiento a la presencia cierta e inminente de la esquizofrenia, la demencia o la locura furiosa. Por supuesto, las entidades públicas o privadas encargadas de prestar los servicios de salud no pueden excluir de su cobertura los padecimientos relacionados con el equilibrio y la

Díaz.

171 Corte Constitucional, *Sentencia T-494 de 1993*.

172 Corte Constitucional, *sentencia T-401 de 1992*.

173 Corte Constitucional, *sentencia T-248 de 1998*.

sanidad mental y psicológica de sus afiliados o beneficiarios, en ninguna de las fases o etapas de evolución de una determinada patología¹⁷⁴.

En los casos de peligro o afectación de la salud de una persona, en particular la mental y psicológica, no solamente están comprometidos los derechos fundamentales que a ella corresponden sino los de sus allegados más próximos, los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección, y los de la colectividad¹⁷⁵. Razón por la que el juez constitucional debe armonizar los intereses en juego y respetar la condición de cada cual.

3.11.9. CONCLUSIÓN

El desarrollo de la responsabilidad médica en Colombia es de estirpe jurisprudencial, pese a los grandes avances que la materia ha tenido, en especial desde la Constitución de 1991, es preciso avanzar en la compilación, unificación, depuración y perfeccionamiento de la normatividad que regula el ejercicio de la medicina en Colombia para con ello evitar ambigüedades a la hora de determinar cuáles son los parámetros que rigen la función de la medicina y así brindarle seguridad tanto al paciente como al médico, porque no se trata tampoco de generar una normatividad que conlleve a un ejercicio temeroso de la profesión, al contrario, es preciso brindarle garantía tanto al paciente como al profesional de la medicina.

La tendencia hacia la constitucionalización del derecho se evidencia en gran medida en el ejercicio profesional de la medicina; la constitucionalización entendida como la categorización y consolidación dentro de un texto constitucional de los Derechos Humanos como fundamentales, sumado a la creación de un tribunal o corte constitucional encargado de ejercer un control de constitucionalidad en caso del desconocimiento de la superioridad de tales derechos ha creado en nuestro país, a partir de 1991, una doctrina constitucional en torno a la defensa y garantía de la supremacía de los derechos fundamentales, ello ha hecho, que la Corte Constitucional realice la solución de casos difíciles, como por ejemplo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, autonomía, identidad de un menor para escoger su sexo Vs., el ejercicio de la patria potestad que tienen los padres sobre el menor, lo cual en principio, daría lugar a pensar que los padres del menor cuentan con la absoluta autoridad para escoger el sexo del menor, pero la Corte atendiendo el desarrollo de posiciones jurídico-argumentativas en torno a la ponderación de principios y reglas aplicados en un caso en concreto y buscando materializar los fines y valores de un Estado

¹⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-248 de 1998.

¹⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-248 de 1998.

social de derecho consagrados en la Carta Política, logra darle un sentido a las cláusulas lapidarias de la Constitución y termina diciendo que es el menor el que debe decidir su sexo para ser sometido a una intervención quirúrgica, de igual manera ocurre cuando entra en conflicto el derecho a la vida de un recién nacido que necesita de una transfusión de sangre para vivir y el derecho a la libertad de religión de sus padres que impediría realizar tal transfusión, piénsese también, en la ponderación que debe hacer el médico al momento de autorizar un consentimiento sustituto, o de decidir bajo qué términos o parámetros debe contarle al paciente la verdad de su estado de salud (está en juego el derecho a la autonomía de la persona, la obligación legal de informar, la protección de la integridad emocional-sicológica del paciente).

Se infiere entonces, que el ejercicio de la medicina evoluciona a la par con la constitucionalización del derecho, considerando por tanto, a la persona como un ser integral, dotado de dignidad y de unos derechos universales que permite hoy hablar de la centralización de la persona, es decir, la persona como eje de las actuaciones del Estado-médico.

3.12 RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

3.12.1 GENERALIDADES Y CONCEPTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional clásico o tradicional, se conceptúa en términos generales como el conjunto de normas o el sistema normativo encargado de regular las relaciones entre Estados, creado por los Estados, desarrollado mediante la costumbre internacional o los tratados internacionales, sus sujetos activos por excelencia son sus mismos creadores.

Es un sistema en el cual prima el respeto y la defensa de la soberanía de cada Estado; el ejercicio de la soberanía se manifiesta en la medida en que cada Estado tiene la posibilidad de determinar unilateral y discrecionalmente las normas que les vinculan, así como el alcance de sus obligaciones jurídicas internacionales. Por ello es un derecho que se caracteriza por ser voluntarista, discrecional y subjetivista, ya que el consentimiento de los Estados es un principio básico¹⁷⁶.

El Derecho Internacional clásico se caracteriza por tener una estructura concebida en función de los Estados y al margen de la persona y la dignidad

¹⁷⁶CARRILLOSALCEDO. *Soberaníadelosestadosyderechoshumanosenderechointernacionalcontemporáneo*. 2da edición. Tecnos, Madrid, 1995, p. 13

humana. Como lo dijo Politis¹⁷⁷, al referirse a la situación del hombre ante el Derecho Internacional clásico:

“El Estado soberano era para sus súbditos una jaula de hierro, desde la que aquellos no podían comunicarse jurídicamente con el exterior más que a través de muy estrechos barrotes”.

El Derecho Internacional clásico no regulaba el tratamiento que un Estado pudiera dar a sus nacionales; se limitaba a regular la posición jurídica de los extranjeros, la normatividad del Derecho Internacional clásico tenía como punto de partida la nacionalidad del extranjero y su condición de persona. No obstante, la protección de los extranjeros era precaria; era discrecional del estado el proteger a otro nacional que había sido víctima de una violación del Derecho Internacional por parte del Estado en el cual se encontraba¹⁷⁸.

3.12.2 LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: HACIA UN RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA HUMANA

Acontecimientos históricos tales como, la Primera Guerra Mundial y en especial la Segunda Guerra Mundial le mostraron al mundo la imperiosa necesidad de generar medidas normativas de alcance universal con las cuales se positivizará la dignidad humana y los Derechos Humanos como atributos inherentes, inalienables, inenajenables no susceptibles de ser desconocidos o irrespetados por el ejercicio despótico del poder estatal; surgió entonces, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos, como instrumentos a partir de los cuales se viene hablando de la protección internacional de los Derechos Humanos, desarrollándose en forma paralela al clásico principio de la soberanía, el principio constitucional del orden internacional contemporáneo y el de los Derechos Humanos¹⁷⁹.

Gracias al desarrollo de tales instrumentos, el Derecho Internacional clásico sufre un proceso de transformación a nivel institucional, social y humanístico, determinado por el surgimiento de organizaciones internacionales, de tribunales y cortes internacionales encargadas de la defensa de los Derechos Humanos, por la progresiva ampliación de materias reguladas por el Derecho Internacional conduciendo ello a la creciente relevancia de la persona humana, modificando la estructura, naturaleza y principios del Derecho Internacional clásico¹⁸⁰.

¹⁷⁷ POLITIS, Nicolás. Citado por CARRILLO SALCEDO, op., cit, p.14

¹⁷⁸ CARRILLO SACEDO. Op. Cit., p. 25

¹⁷⁹ Ibíd., p. 15.

¹⁸⁰ TRUYOL y SERRA, Antonio. *La sociedad internacional*, 1ra edición. Alianza, Madrid; 1974.

Con el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la persona humana es titular de derechos propios, lo cual le permite adquirir y ejercer un rol en el cual sus derechos, garantías y atributos son oponibles jurídicamente frente al Estado del cual es originario y frente a los demás Estados, lo que convierte a la persona en sujeto principal del Derecho Internacional, gracias al *locus standi* y no en un mero objeto de este¹⁸¹.

En razón del surgimiento y desarrollo de la protección internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional actual se torna, menos voluntarista, menos neutro y menos formalista que el Derecho Internacional clásico: menos voluntarista, como consecuencia de la admisión de la existencia de reglas imperativas que prevalecen sobre la voluntad de los Estados y vician de nulidad tanto a los actos unilaterales como a los tratados contrarios a las mismas; menos neutro, porque es más sensible a los valores comunes colectivamente legitimados por la comunidad internacional; menos formalista, por último, porque está más abierto a las exigencias y a la dimensión finalista del derecho¹⁸².

3.12.3 LAS RELACIONES INTERNACIONALES: LOS TRATADOS INTERNACIONALES (LOS TRADICIONALES Y LOS DE DERECHOS HUMANOS)

a. Concepto

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entiende por tratados un acuerdo internacional celebrado entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular¹⁸³.

En razón a que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no determinó clasificación alguna, la doctrina distingue las siguientes clases de tratados:

Por el número de partes contratantes, b- por la materia objeto del tratado, c- por su función en el plano de la creación de obligaciones, d- por la índole de los sujetos que participan, e- por su duración y f- por la forma de conclusión del acuerdo.

¹⁸¹ CARRILLO SALCEDO. *Op. Cit.*, p. 1

¹⁸² Ibíd., p. 179.

¹⁸³ ONU, *Convención de Viena de 1969*, Art. 2.

b. Particularidades entre un tratado clásico de derecho internacional y uno de derechos humanos.

Por regla general en los tratados internacionales, empezando por la Convención de Viena, los asuntos atinentes a las reservas actúan a favor del subjetivismo y discrecionalidad de los Estados, puesto que, si el tratado nada dispone o prohíbe en relación con las reservas, dependerá entonces del subjetivismo y discrecionalidad de los Estados el análisis de la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin del tratado¹⁸⁴, lo que implica que los Estados siempre buscarán eximirse de la asunción de obligaciones y responsabilidades a nivel internacional que comprometan el ejercicio ilimitado de su soberanía o dicho en otros términos del manejo con total libertad de sus asuntos internos o domésticos.

En los tratados tradicionales los Estados tienen intereses propios y se pretende mantener un equilibrio contractual lo suficientemente coherente entre derechos y deberes, por ello puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados y en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas puede darse el caso de quedar sin efecto o suspender parcialmente sus consecuencias ya que se busca defender el principio de igualdad soberana de los Estados, invocando causales como la de *imposibilidad de cumplimiento y de cambio fundamental de circunstancias* que permite aplicar excepciones a la regla de *pacta sun servanda*.

En tanto que, en los tratados sobre Derechos Humanos prima un interés colectivo o de bien común, de protección y salvaguardia de derechos y obligaciones *erga omnes*, estos tratados tienen como destinatarios o sujetos principales a la persona humana y en caso de incumplimiento existe la posibilidad de acudir a una corte internacional siempre que tenga competencia contenciosa para ello, frente al presunto Estado infractor, ante un incumplimiento un Estado no puede decir que se retira porque hay un desequilibrio contractual, toda vez que, las disposiciones en materia de Derechos Humanos no se pueden dejar a la intemperie o a la protección y eficacia discrecional de los Estados; estos tratados por regla general no admiten la formulación de reservas aunque la práctica muestra otra realidad, es importante avanzar en la estructuración y consolidación de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos homogéneo, universal, no sometido a la discrecionalidad de los Estados sino subordinado a principios de orden universal e internacional garantistas de la

¹⁸⁴ CARRILLO SALCEDO. *Op cit*, p. 72.

dignidad humana, solo así podremos hablar de gobiernos y sistemas normativos legítimos y democráticos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a las características de un tratado de derechos humanos expresó:

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independiente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción¹⁸⁵”.

3.12.4 RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

La responsabilidad internacional del Estado es una institución de origen consuetudinario, en principio se basaba en el daño causado a nacionales de un Estado en otro, especialmente por *denegatio justiciae*, con posterioridad se habló de la responsabilidad impuesta a los Estados vencidos por los Estados vencedores al término de una guerra, el cambio de paradigma se desarrolla al concebir al estado como una institución jurídico política de la mayor importancia que cumple funciones internas y externas y por ende debe estar sometido a un régimen u orden internacional con las respectivas consecuencias por causa de su incumplimiento¹⁸⁶. Actualmente se aplica a todos los hechos ilícitos de un Estado: a- cuando su comportamiento implica una acción u omisión atribuible según el Derecho Internacional al Estado; y b- cuando ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado, tanto de carácter convencional o de carácter consuetudinario o contenida en otra fuente jurídica¹⁸⁷, según la Comisión de Derecho Internacional CDI, esta última fuente permite la configuración de la responsabilidad internacional del Estado por abuso del derecho, el cual ocurre cuando un Estado ejerce de forma arbitraria un derecho a tal punto que causa un perjuicio a otro Estado¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC- 2/82*.

¹⁸⁶ CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional Público*. 3^a edición, edi. Leyer, Bogotá, 2004, p. 405.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 406, 410

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 410.

Es importante resaltar y delimitar que la responsabilidad internacional de un estado no es de carácter penal sino de índole y de implicaciones pecuniarias y de satisfacciones.

La responsabilidad internacional del Estado surge como consecuencia de la imputación a éste, bien sea de un hecho u omisión que implique la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, dicha imputación puede provenir de la acción u omisión de un funcionario estatal u órgano independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones de derecho interno o desbordando los límites de su propia competencia.¹⁸⁹

La regla general considera "hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad", tanto "si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinadas en el marco de la organización del Estado"¹⁹⁰.

a. Hechos que determinan la responsabilidad internacional del Estado

Para la configuración de un hecho internacionalmente ilícito se requiere: la infracción de una obligación internacional que tiene un sujeto –elemento objetivo del ilícito-, se trata entonces de la violación de un derecho, siendo intrascendente 1- la falta-conducta dolosa o culposa- del Estado infractor 2- la comisión de un daño a otro sujeto, es decir, no se requiere la causación material de un daño al sujeto afectado, ello ocurre en los casos en que una aeronave militar realiza un vuelo no autorizado por el espacio aéreo de otro Estado¹⁹¹

Los elementos del hecho internacionalmente ilícito:

a- El elemento subjetivo: Se trata de acciones u omisiones que constituyan hechos internacionalmente ilícitos y que puedan ser imputables o atribuidos al Estado presunto infractor. Aquí se comprende al poder ejecutivo,

¹⁸⁹Corte Interamericana de derechos humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Caso Godínez.

¹⁹⁰Art. 5 y 6 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

¹⁹¹BROTOS, Antonio Ramiro y otros. Derecho Internacional. Ediciones McGraw Hill. Madrid, 1997, p. 414.

legislativo, judicial o a cualquier otro órgano o institución del cual se predique funciones estatales¹⁹².

b- El elemento objetivo: 1- La violación de una obligación internacional: la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto art. 16, la define como aquella conducta no conforme con la prescrita por el derecho internacional, con la requerida por la obligación violada. Su fuente puede ser un tratado, una norma de derecho consuetudinario o una obligación emanada de un acto unilateral de un Estado o de un acto adoptado por un órgano de una organización internacional¹⁹³.

No hay lugar hablar de responsabilidad internacional por el incumplimiento que hace un estado de compromisos asumidos por otro estado en virtud de un acuerdo no normativo, por ser obligaciones de naturaleza política, ni de los contratos del estado celebrados con particulares extranjeros¹⁹⁴

b. Crimen y delito internacional:

Son diferenciados en el art. 19 del proyecto de la CDI.

El delito internacional: “merecen esta calificación todas las infracciones que hacen nacer una relación bilateral clásica entre el Estado infractor y el lesionado. Son los ilícitos ordinarios los que no generan una responsabilidad agravada o cualificada, cuyas consecuencias no trascienden del círculo restringido de los mencionados Estados porque el derecho subjetivo infringido solo afecta al estado que es el titular del mismo. El delito internacional no atenta contra los intereses esenciales de la sociedad internacional, no infringe obligaciones cuya protección le interesa hasta el punto de merecer un amparo adicional”¹⁹⁵. Tal es el caso de la infracción por un Estado de un tratado comercial bilateral, que lo conmina a autorizar la entrada en su territorio de un contingente específico de mercancías provenientes del otro Estado parte.

El crimen internacional: “concierne a la comunidad internacional en su conjunto, su comisión trasciende la relación meramente bilateral entre el autor y la víctima del mismo. Esto es así porque un Estado puede ser autor de un

¹⁹² Ibíd., p. 418.

¹⁹³ Ibíd.. p. 427

¹⁹⁴ Ibíd., p. 427

¹⁹⁵ Ibíd., p. 428

crimen sin lesionar directamente a otros Estados”,¹⁹⁶ por ejemplo el genocidio de los nacionales de un estado específico.

Entre los crímenes internacionales determinados en el proyecto de responsabilidad internacional de los estados realizado por la CDI tenemos: el Apartheid, el genocidio, la esclavitud

c- Circunstancias excluyentes de responsabilidad

La CDI ha escogido en sentido enunciativo, en su proyecto de responsabilidad internacional las siguientes: consentimiento, contramedidas, fuerza mayor y caso fortuito, peligro extremo, estado de necesidad y legítima defensa.

a. El consentimiento del estado lesionado: “Consiste en que un sujeto que tiene derecho a la observancia de una obligación internacional específica excluye la ilicitud del hecho de un Estado que, en ausencia de tal comportamiento constituiría la violación de tal obligación”¹⁹⁷.

Tal consentimiento según la CDI no podrá invocarse por parte del Estado lesionado en los eventos de violaciones de obligaciones derivadas de una norma imperativa de derecho internacional general –normas de *ius cogens*.

Conforme con lo planteado por la CDI el consentimiento como circunstancia excluyente de responsabilidad debe reunir los siguientes presupuestos: 1. debe ser real, 2. valido en DI, 3. atribuible internacionalmente al Estado y anterior a la comisión del acto cuya ilicitud pretende excluir.

b. Las contramedidas: El artículo 30 del proyecto de la CDI establece “la ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro quedará excluida si el hecho constituye una medida legítima según el DI contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro estado”.

Bajo este concepto según la CDI no se incluyen *las retorsiones*, puesto que no vulneran una obligación internacional, ejemplo: situación en la cual un estado X decide romper las relaciones diplomáticas con otro Estado, en DI es discrecional el mantenimiento o no de relaciones diplomáticas con determinado Estado.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 428

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 433

c. Fuerza mayor y caso fortuito: en derecho internacional para efectos de determinar o no un eximente de responsabilidad internacional son manejados bajo las mismas consecuencias y presupuestos, pese a que sustancialmente son diferentes. Ambas se caracterizan por la configuración de un nexo de causalidad entre un acontecimiento imprevisto o una fuerza irresistible no imputables al Estado que formula esta circunstancia y la imposibilidad de incumplimiento de la obligación.¹⁹⁸

d. La situación de peligro extremo: un Estado estará bajo tal situación “cuando el órgano que adopta un comportamiento determinado no tiene en ese momento otro medio de salvarse o salvar a las personas confiadas a su cargo que actuar de una manera no conforme con una obligación internacional. En el caso de peligro extremo a diferencia del estado de necesidad no es el Estado el que está en peligro sino la persona que adopta la decisión y el grupo de personas bajo su cargo¹⁹⁹

e. El estado de necesidad: La CDI la conceptúa como aquel comportamiento libre y voluntariamente adoptado por un órgano de un Estado que viola los derechos de otro Estado con la finalidad de salvaguardar un interés esencial del Estado (no solo implica la existencia del propio estado, incluye otros intereses fundamentales del mismo, como la independencia política y económica, o la protección de su población o su medio ambiente) que se encuentra en tal Estado, amenazado por un grave e inminente peligro. Es importante resaltar que tal estado de necesidad se localiza en el mismo Estado²⁰⁰.

f. La legítima defensa: No existe una definición unánime en torno al tema en la CDI, pero suele manejarse como la necesidad de una acción para repeler el ataque armado, acción que debe ser ejercida en proporción al ataque recibido²⁰¹.

d. Modalidades de reparación en Derecho Internacional

Fue la CPJI, la que en el caso de la fábrica de Chorzow (1928) trazó las líneas básicas a las que se debe sujetar la obligación de reparar, fijo las siguientes modalidades:

1. La *restitutio in integrum* o restitución es especie, constituye la modalidad más perfecta de reparación, consiste en la realización por parte del Estado infractor de un comportamiento tendente a recuperar el *statu quo ante*, es decir, de volver

¹⁹⁸ Ibíd., p. 435

¹⁹⁹ Ibíd., p. 436

²⁰⁰ Ibíd., p. 436.

²⁰¹ Ibíd., p. 438.

las cosas al Estado anterior de aquel daño, puede consistir en la restitución de naves, de documentos, de personas²⁰².

2. La reparación por equivalencia: Constituye la modalidad de reparación por excelencia, por regla general se traduce en una indemnización pecuniaria, pero nada impide que la reparación se realice en especie²⁰³.

3. La satisfacción, consiste en el remedio jurídico del daño moral, inmaterial y no pecuniario causado directamente a un Estado, se puede presentar en conjunción con la indemnización o reparación por equivalente o incluso subsumida o confundida con ella²⁰⁴.

Modalidades que adopta la satisfacción: a) las disculpas presentadas por el Estado infractor al lesionado; b) el castigo de las personas responsables; c) la constatación de la ilicitud del acto realizado por un Estado, pronunciada por un organismo internacional, bien de carácter político o judicial; d) las garantías contra la repetición del hecho ilícito y e) la indemnización punitiva, puede consistir en la presentación de disculpas al estado ofendido y el pago de una determinada suma como reparación material del ilícito²⁰⁵.

3.12.5 RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La responsabilidad internacional de los Estados por violación a los derechos humanos se fundamenta en la violación de los deberes establecidos en los tratados de derechos humanos en vigor. Esta responsabilidad busca garantizar el ejercicio de los derechos violados, reparar e indemnizar²⁰⁶.

Los tratados de derechos humanos imponen a los Estados una serie de obligaciones positivas (hacer) y negativas (no hacer o de abstención); estas obligaciones integran la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de los que son parte.

²⁰² *Ibid.*, p. 440

²⁰³ *Ibid.*, p. 441

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 442.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 442

²⁰⁶ La Corte Interamericana de derechos humanos ha dicho “en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecida por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es responsabilidad de éste (...) y la responsabilidad es independiente de que el órgano o funcionario haya (o no) actuado en contravención de disposiciones de derecho interno” Corte Interamericana de derechos humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Caso Godínez.

La obligación de respetar los derechos conforme con los parámetros establecidos por la Corte Interamericana implica un límite al ejercicio del poder público, presupone esferas humanas que el Estado no puede vulnerar, o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Todo acto u omisión por parte de un funcionario del Estado, que implique la lesión de uno o más de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes para dicho Estado, compromete la responsabilidad internacional del Estado, ya que implica la inobservancia del deber de respeto²⁰⁷.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos la obligación de garantizar implica:

“El deber del Estado de organizar todo el aparato gubernamental para asegurar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos. En razón de tal obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar además, el restablecimiento del derecho conculado y, en su caso la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Las obligaciones de prevención y sanción son obligaciones de medio o comportamiento, y no de resultado; no obstante, deben ser asumidas por el Estado como un deber jurídico propio y no asumidas por éste como meras cuestiones formales o de trámite”²⁰⁸.

El anterior pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual consagra la obligación de garantía a cargo del Estado puede desplegarse así:

1- Prevenir las violaciones a los derechos humanos. El Estado debe garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos. Implica una obligación de diligencia y no de resultado; no obstante, el Estado debe de probar que hizo todo lo posible para evitar la vulneración del derecho.²⁰⁹

La obligación de prevenir y reprimir, comporta el derecho a la verdad que tienen las víctimas y la sociedad en su conjunto; la CIDH ha reconocido el derecho a la verdad como un derecho colectivo, íntimamente relacionado con el derecho a la justicia y el derecho a la reparación que tienen las víctimas²¹⁰.

207 *Opinión consultiva OC-0/86 del 9 de mayo de 1986, Caso Velásquez Rodríguez.*

208 *Ibíd.*, parr. 166.

209 GUERRARA, José A y otros. *Derecho internacional de los derechos humanos*, 1ra edición. Universidad Iberoamericana, Fontamara, México, 2004. p. 72

210 *Ibíd.*, p. 74

La Corte Interamericana al respecto ha dicho:

“El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho a las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”²¹¹.

2- Investigar las violaciones ocurridas. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos la obligación de investigar es de medio o comportamiento, la cual no es incumplida en razón de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio; no obstante, pero debe ser ejercida con diligencia y seriedad. Debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad²¹².

3- Sancionar a los responsables. Es de anotar que la(s) sanciones pueden ser de naturaleza penal, administrativa o civil. Referente a la sanción de los responsables la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

“La reparación debe consistir en la continuación de los procedimientos judiciales para la averiguación de la desaparición de las víctimas y su sanción conforme al derecho interno²¹³, de igual manera, ha señalado que respecto a la continuación del proceso para la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, esa es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos²¹⁴”.

4 Reparar las consecuencias de la violación. Consiste en eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito. La reparación del daño ocasionado por una infracción a una obligación internacional puede darse de dos formas: mediante la plena restitución (*restitutio ad integrum*) la cual pretende volver las cosas al estado anterior de la causación del daño; cuando ésta no es posible, suficiente

211 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 47-48

212 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Velásquez Rodríguez. párr. 177.

213 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de abril de 1995, párr. 69.

214 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso el Amparo, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, párr. 53-55.

o adecuada, la reparación se hace mediante la indemnización, la cual incluye tanto el daño material como el daño emergente²¹⁵.

En cuanto al daño moral causado tanto a las víctimas como a sus familiares, el Estado tiene la obligación de otorgar una satisfacción, la cual puede consistir en el ofrecimiento de disculpas, o en el pago de daños y perjuicios simbólicos.

Existe la posibilidad en derecho internacional que en determinadas situaciones las consecuencias de la responsabilidad internacional para el Estado puedan consistir en la derogación de disposiciones internas incompatibles con los tratados, así como la de no dictar medidas cuando conduzcan a violar los derechos y libertades reconocidos por convención o tratados²¹⁶.

Los Estados tienen obligaciones positivas frente a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos (genocidio, esclavitud, discriminación racial y Apartheid, y el atentado al derecho de autodeterminación de los pueblos), puesto que este tipo de violaciones se constituyen como crímenes contra la humanidad; frente a esta clase de delitos, las obligaciones del Estado son cuatro:

a- La obligación de legislar con la finalidad de incriminar a aquellas personas que hubieren cometido dichos delitos; b- la obligación de buscar a los perpetradores; c- la obligación de juzgar o extraditar a los mismos y d- el cese de dichas violaciones²¹⁷

3.12.6 CONCLUSIÓN

El derecho internacional es un derecho con una estructura orientada en la defensa de la soberanía estatal, es un derecho para regular las relaciones entre Estados y desconocedor por excelencia de la persona humana como sujeto de derechos, garantías frente al estado del cual es nacional o extranjero, de manera excepcional regula los derechos de los extranjeros.

La Segunda Guerra Mundial suscitó la necesidad de positivizar aquellos derechos, prerrogativas, atributos inherentes inalienables al hombre, gracias a la Carta de las Naciones Unidas, a la Declaratoria Universal de derechos y deberes de 1948 se empezó a gestar el nacimiento de una nueva rama del

²¹⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Neira Alegría y Otros, sentencia de 19 de septiembre de 1996, serie C, num. 29, párr. 38.

²¹⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 36.

²¹⁷GUERVARA. Op. Cit, p. 75

derecho internacional denominada el Derecho Internacional de los Derechos Humanos basada en el reconocimiento de la dignidad humana.

Mediante los medios de creación o nacimiento de obligaciones internacionales en especial, la costumbre, los tratados internacionales y en especial estos, los Estados regulan el ejercicio de su soberanía; con los tratados de Derechos Humanos los Estados adquieren obligaciones y asumen responsabilidades en materia de derecho internacional de gran relevancia y consecuencias puesto que, dichos tratados tienen una estructura fundamentada en la prevalencia del interés colectivo o de bien común y de derechos y obligaciones de carácter *erga omnes*.

Por su parte la responsabilidad internacional es una institución de origen consuetudinario y en sus orígenes de aplicación restringida, en la actualidad se aplica a todos los hechos ilícitos de un Estado. Para hablar de responsabilidad internacional del Estado se requiere: la infracción de una obligación internacional que tiene un sujeto –elemento objetivo del ilícito-, se trata entonces de la violación de un derecho, siendo intrascendente 1- la falta-conducta dolosa o culposa- del Estado infractor 2- la comisión de un daño a otro sujeto, es decir, no se requiere la causación material de un daño al sujeto afectado²¹⁸.

En materia de derecho internacional las modalidades de reparación consiste en:

1. La *restitutio in integrum* o *restitution* es especie,²¹⁹ la reparación por equivalencia²²⁰, la *satisfacción*²²¹.

En lo relacionado con la responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos suscritos en tratados vigentes, la jurisprudencia de la Corte interamericana ha desarrollado de manera detallada y amplia las implicaciones del estado del deber de reparación integral de las víctimas directas e indirectas, tal deber consiste en 1- *prevenir las violaciones a los derechos humanos*²²², 2- *Investigar las violaciones ocurridas*²²³, 3- *Sancionar a los responsables*.²²⁴, 4 *Reparar*

218 BROTONS, op. Cit., p. 414

219 Ibíd., p. 440

220 Ibíd., p. 441

221 Ibíd., p. 442

222 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 47-48

223 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Velásquez Rodríguez. párr. 177.

224 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso el Amparo, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, párr. 53-55.

*las consecuencias de la violación.*²²⁵, en cuanto al daño moral causado tanto a las víctimas como a sus familiares, el Estado tiene la obligación de otorgar una satisfacción, la cual puede consistir en el ofrecimiento de disculpas, o en el pago de daños y perjuicios simbólicos.

3.13 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

3.13.1 GENERALIDADES

La responsabilidad del Estado legislador en Colombia como sistema de imputación en materia de responsabilidad administrativa, sigue siendo una expectativa en el desarrollo de la jurisprudencia, a pesar de la cláusula contenida en el artículo 90 constitucional. Al establecimiento de una responsabilidad estatal por el hecho de las leyes, se han opuesto argumentos como el de la soberanía, porque no se puede limitar la facultad del pueblo soberano a autorregularse; la inviolabilidad del voto del congresista como agente del constituyente primario, e incluso, la existencia del control constitucional de las leyes. No ocurre lo mismo en el derecho comparado. Francia y España, tienen un admirable desarrollo doctrinal y jurisprudencial sobre la materia. Es tímido en cambio en países como Italia, Alemania y Estados Unidos, mientras que en Inglaterra no está contemplada esta clase de responsabilidad. En este acápite se pretende abordar sucintamente el tema en el derecho comparado con especial énfasis en el derecho francés y español, así como el patrio.

3.13.2 UBICACIÓN DEL TEMA EN EL DERECHO NACIONAL

En Colombia, no existe ningún precedente judicial que declare la responsabilidad del Estado colombiano por el hecho de las leyes. Como ya fue señalado a comienzos del presente texto, a pesar de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 superior, que no formula excepción alguna en relación con la responsabilidad del legislador, no se ha evidenciado con claras luces en la jurisprudencia nacional – principal fuente que informa la responsabilidad administrativa en Colombia -, tesis alguna que permita deducir este nuevo sistema de imputación. Se han argumentado a favor de este silencio, el magnificado concepto de soberanía (art. 4º del Código Civil), abolido en los sistemas francés y español, y bajo el cual se adorna la institución legislativa como órgano del pueblo antes que del Estado, constituyente primario al que no

²²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Neira Alegria y Otros, sentencia de 19 de septiembre de 1996, serie C, num. 29, párr. 38.

cabe la restricción sobre la facultad de autorregularse; y, el de la inviolabilidad del voto del congresista (art. 185 de la C.P.).

Sin embargo, se encuentran diseminados en el ordenamiento jurídico constitucional y legal, claras alusiones a esta modalidad de imputación de responsabilidad, que permiten deducir, que no le resultó del todo odiosa al constituyente de 1991 ni a la ley. Lo mismo puede decirse de la jurisprudencia nacional, aunque de forma más incipiente.

Comenzando con las normas constitucionales, el primero, y obligada fuente de responsabilidad extracontractual del Estado, lo contiene el artículo 90 de la constitución de 1991, que establece la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La tan aplaudida fuente de responsabilidad, se encuentra limitada en la actualidad, a los actos, hechos y operaciones administrativas, tanto en el marco de la responsabilidad por falta, como de aquella donde no media la culpa, adicionalmente, se reconoce la responsabilidad de los operadores jurídicos por el error judicial, y desde el punto de vista administrativo, por el anormal o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Estos sistemas de imputación no se encuentran taxativamente discriminados en la norma constitucional, han sido fruto del desarrollo jurisprudencial del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, con apoyo en los sistemas francés y español ya reseñados, de manera que no puede decirse que la restricción a esta modalidad de imputación tiene su asiento en el sistema normativo.

Siguiendo con la carta fundamental, se encuentran, el artículo 13, que consagra el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas que como es sabido se constituyen en aquellas que el particular no puede rehusar sólo por el hecho de que es todo el conglomerado el que las soporta en condiciones iguales a las suyas; el artículo 123, que establece la responsabilidad de los servidores públicos, entre los cuales se cuentan los miembros de las corporaciones públicas, y que dispone que éstos funcionarios están al servicio del Estado y de la comunidad. Igualmente, los artículos 89, 91 y 92, que desarrollan el título II capítulo IV sobre la protección y aplicación de los derechos.

Pero, antes que los anteriores, sirven también como argumento las normas que se encuentran en el título primero sobre los principios fundamentales, precedidos por el preámbulo, que a luz de la sentencia C-479 de agosto 6 de 1992 de la Corte Constitucional, posee un efecto vinculante y con él inspira todos y cada uno de los mandatos de la carta fundamental, donde se establece

a la organización política, la categoría de Estado Social de Derecho, que por su carácter garantista, no puede ser ajeno a la responsabilidad por los daños que por sus actos y omisiones se produzcan, no importando de qué rama del poder público provengan . Dentro de esta parte dogmática de la carta, podrían resaltarse sin mayor esfuerzo de análisis, los artículos 2 y 6, el primero, que informa sobre los fines esenciales del Estado, y el segundo, que es una clara luz de esperanza, contra las omisiones y arbitrariedades que pudiera cometer el Estado como legislador.

Por otra parte, están las normas que en su mismo contenido, prevén los daños antijurídicos que comportan, y que por tanto deben ser indemnizados a los particulares, por lesionar sus intereses patrimoniales de carácter lícito. Así pueden enunciarse el artículo 58, que consagra la expropiación de la propiedad privada por razones de interés general, pero con la carga para el Estado de otorgar una indemnización previa; el artículo 332, que establece la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes; y, el artículo 336, que impone la obligación de indemnizar al particular, cuya actividad económica lícita se convierta por ley, en monopolio del Estado, y por ende, le quede impedido su ejercicio.

También hace parte de este grupo de normas “indemnizatorias”, el artículo 27 de la ley 80 de 1993, estatuto de contratación administrativa, que consagra la ecuación económica contractual, basada en los principios de seguridad jurídica y buena fe, cuando el contratista del Estado sufre durante la ejecución del contrato, un desequilibrio económico que se produce sin su culpa. La ecuación, que se invoca con base en tesis como el hecho del Príncipe y la teoría de la imprevisión, es otro ejemplo, en que el legislador concibe la posibilidad de compensar al particular, por el daño que la misma norma legal implica.

En la modalidad de omisión legislativa, podrían enunciarse igualmente, el artículo 23, que deja como facultativa del legislador, la posibilidad de reglamentar el ejercicio del derecho de petición frente a los particulares; el artículo 53, que establece para el Congreso de la República, la obligación de expedir el estatuto del trabajo; y, el artículo 152, que regula las materias objeto de ley estatutaria que deben ser desarrolladas por el legislador con un carácter y trámite especial.

En relación con estos últimos mandatos constitucionales, se genera la misma inquietud que en la doctrina española, cuando la norma superior, no establece un término perentorio para el cumplimiento de la orden que prescribe. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, que en sentencia C-546 de

septiembre 16 de 1996, manifestó que no puede esa Corporación judicial, ordenar el desarrollo de normas constitucionales, porque ese órgano del poder judicial sólo se pronuncia sobre las leyes como acciones, y no sobre las omisiones del legislador, aduce, que no puede ordenar al Congreso de la República que legisle sobre una determinada materia, porque esa no es función.

Finalmente, desde el punto de vista jurisprudencial, que como ya se anotó es incipiente, se encuentra sin embargo un precedente interesante a cargo de la Honorable Corte Constitucional, que en sentencia hito C-587 de 12 de noviembre de 1992²²⁶, la Corte promueve la responsabilidad del Estado legislador frente a la aplicación y protección de los derechos fundamentales, siendo la ley que los vulnere o desconozca, inexequible al paso del examen constitucional.

3.13.3 CONCLUSIÓN

No hay obstáculo para que en aplicación del Estado Social de Derecho, se haga una revisión, de las previsiones constitucionales y legales enunciadas, para que la jurisprudencia, como adalid de la aplicación del instituto resarcitorio contenido en el artículo 90 superior, de luz a esta nueva modalidad de responsabilidad del Estado colombiano, que con amplio desarrollo no solo en el campo judicial sino doctrinal, ya es un hecho en ordenamientos jurídicos extranjeros.

²²⁶ Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón “En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.

(...)

Ahora bien, en última instancia, el único responsable de mantener la vigencia de los derechos fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer las normas que regulen – acorde con los derechos fundamentales – las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos, y todo ello de forma eficaz y diligente.

(...)

Si mientras la constitución protege el derecho a la vida el legislador no hace punible el delito de homicidio, y el juez no cumple eficazmente su función judicial, un homicidio impune es, no solamente la vulneración de un derecho fundamental sino, en última instancia, un hecho cuya responsabilidad compete al Estado.

(...)

Por ello, el hecho de que exista nueva concepción de orden constitucional y de los derechos fundamentales, que se convierten en normas de obligatorio cumplimiento frente a todos, no implica que el Estado diluya o comparta su responsabilidad, sino por el contrario la acrecienta, debiendo responder de una u otra manera, por la eficaz aplicación de tales derechos...

(...)

En efecto, la inobservancia de los derechos constitucionales fundamentales por parte del Estado produce consecuencias distintas a las de la inobservancia proveniente de los particulares. Esa distinción se debe a razones éticas, políticas y jurídicas.”

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

A
p

- 1- Determine las implicaciones que conlleva la concepción organicista del Estado, catalogar la falla del servicio como anónima.
- 2- Explique que significa que con la consagración del daño antijurídico en la constitución de 1991, se trasladó el fundamento de la responsabilidad desde la ilicitud de la conducta causante del daño, al daño en sí mismo, cuando de suyo este es antijurídico en particular.
- 3- En materia de legislación aduanera, frente a situaciones de pérdida de mercancías se manejan dos títulos de imputación de responsabilidad, el objetivo y falla del servicio, determine la diferencia de cada uno de ellos y las diferencias en materia probatoria.
- 4- Determine y explique los elementos de la responsabilidad internacional del Estado.
- 5- Determine de manera general los argumentos que emplea el Consejo de Estado para encausar la responsabilidad del estado bajo la tesis del daño especial.
- 6- Determine las diferencias entre daño especial y riesgo excepcional.
- 7- Conforme con los argumentos expuestos por el Consejo de Estado, identifique las condiciones que determinan el régimen de responsabilidad aplicar por ocasión de actos terroristas. Argumente.
- 8- En que se diferencia la carga probatoria en un caso de responsabilidad médica contractual y extracontractual, es decir, determine en cada caso que es lo que debe de probar el perjudicado.

AUTOEVALUACIÓN

A
e

- 1- Resuelva el siguiente caso: El día 8 de octubre de 2005, aproximadamente a la 1:00 p.m., el Ejercito Nacional monta un reten en el morro municipio de Bolívar Valle, y al tratar de pasar un vehículo sospechoso, este acelera arrollando a uno de los soldados, dejándolo levemente herido e inmediatamente dispara su arma de dotación oficial matando al motorista.

Ae

La madre del motorista, va a su oficina de abogado con el fin de instaurar demanda, determine:

- ¿Hay o no posibilidades de que prospere la acción: es decir, hay o no lugar hablar de una causal eximente de responsabilidad?
- ¿Cuál sería el régimen de responsabilidad aplicar?

2- Resuelva el siguiente caso: Un carro de placas venezolanas es hurtado en la frontera colombo-venezolana el 21 de enero de 2000, a los pocos días es recuperado por las autoridades colombianas y puesto a disposición de la DIAN seccional Cúcuta, el 23 de febrero de 2000, según el informe el avalúo del carro para la fecha de ingreso era de \$40.000.000 El dueño del carro, una vez es informado de la recuperación de su vehículo, inicia los trámites respectivos para recuperar el carro pero a los dos meses le responden que el carro esta en Buenaventura se desplaza a Buenaventura y pasa un año entre hacer una y otra petición hasta que le responden y le dicen que por la expedición de una resolución los trámites para recuperar el vehículo son más arduos y máxime si es de otro país, decide el dueño del carro seguir agotando los requisitos de tal resolución y los seis meses cuando va a solicitar peritaje de su carro la DIAN seccional Buenaventura le dice que el carro fue regresado a Bogotá.

El señor se traslada a Bogotá y solicita un peritaje del carro el cual dice que el carro fue sometido a sol y agua que no tiene toda la maquinaria inicial, la pintura está deteriorada y que no corresponde la descripción de ingreso al estado actual del mismo.

El dueño del carro lo busca desesperado a usted, determine:

- ¿Cuál es el paso por seguir?
- ¿Cuáles son los eximentes de responsabilidad en caso de almacenaje de mercancías?
- Término de caducidad de la acción.

10. Resuelva el siguiente caso: El señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca, en ejercicio de sus facultades otorgadas por la Constitución y por la Ley, expide el Decreto No. 032 de fecha 15 de mayo de 2006, por medio del cual "fija una feria equina para todo el Departamento de Cundinamarca, la cual comprende la fecha de 3 al 7 de junio de 2006.

El señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca, al enterarse que el 7 de junio de 2006, el Presidente tiene previsto un Consejo de



Seguridad en la zona decide postergar el evento en el departamento mediante la expedición del Decreto No. 033 de fecha 1 de junio de 2006.

Martha Isabel Carvajal es una gran empresaria, encargada de realizar diferentes eventos a nivel nacional, por tanto ya había contratado todo lo referente con la feria equina como son los jinetes nacionales y extranjeros, caballos de importación como los de paso y percherones entre otros. Igualmente había contratado el alquiler del lote de terreno en el cual se iba a dar el espectáculo durante los cinco días de la feria equina.

La señora Martha se dirige a su oficina de abogado y le comenta que en la actualidad su pérdida asciende a \$510.000.000, por concepto de viáticos, tiquetes aéreos, alimentación, estadía de jinetes y animales

Determine:

- *¿Cuál sería la acción a instaurar y con base en que régimen de responsabilidad?*
- *¿Cuál es el término de caducidad?*

11. Resuelva el siguiente caso: En el corregimiento de Río Frió – Valle del Cauca el día 27 de marzo de 2006 a las 4:30 p.m., se inició un operativo de las Fuerzas Armadas del Batallón Pichincha Brigada XVIII con el objeto de capturar un capo-narcotraficante de la justicia. El despliegue de tal operativo se hizo por vía terrestre y aérea, uno de los helicópteros cuando estaba por llegar perdió el control y se precipitó perdiendo la vida la tripulación, la cual ascendía a 10 soldados. De otra parte, en el operativo por vía terrestre, para efectos de no sacrificar la efectividad de la operación, los militares se vieron obligados a entrar de manera abrupta en la casa de Juan Pérez causándole grandes daños a su vivienda. Una vez, se encontraban avanzando por la selva, un grupo de militares no advirtieron que se encontraban en una zona minada, observaron un objeto raro que les causó curiosidad y al tocarlo este se activó explotando y las demás minas también, fue de tal impacto la explosión que llegó hasta una casa que se encontraba a 100 metros de la explosión muriendo dos civiles que se encontraban escondidos en sus casas.

Usted es el Abogado recomendado para absolver las inquietudes de las víctimas de estos hechos fatales, se pregunta:

- *Existe responsabilidad del Estado por la muerte de los soldados que perdieron la vida al precipitarse el helicóptero o sólo hay lugar a conceder*

Ae

una indemnización de carácter laboral, si su respuesta es sí, bajo qué régimen respondería el Estado.

- *¿Cuál es el tipo de responsabilidad que existe del Estado frente a los daños sufridos por Juan Pérez en su casa? ¿Existe o no responsabilidad del Estado frente a los dos civiles que murieron ocultándose en sus propias casas? Si su respuesta es si, determine y argumente el régimen de responsabilidad y el título de imputación.*
- *¿Es posible hablar de una o más causales eximentes de responsabilidad en el presente caso?*
- *¿A quién demandaría?*

JURISPRUDENCIA

J

La jurisprudencia relacionada le permite al discente profundizar en los temas abordados en relación con regímenes de responsabilidad y títulos de imputación, de la misma manera, le permitirá crear un criterio más amplio y constructivo con respecto a las actividades propuestas en la autoevaluación.

Consejo de Estado. Sentencia de 28 de octubre de 1976, expediente 1482, Magistrado Ponente Dr. Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado. Sentencia 20 de febrero de 1989. Sección 3^a. Expediente 4.655.

Consejo de Estado. Sentencia de 6 de Julio de 2005, rad. 13.943, Magistrado Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6515.

Consejo de Estado. Sentencia de octubre 18 de 2000, expediente 13.288, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. Sentencia de 14 de julio de 2005. Radicado 14.974. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Exp. 52001-23-31-000-1994-6040-01-(11.222).

J

Consejo de Estado. Sentencia de 24 de agosto de 1992, Magistrado Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. Sentencia de 11 de septiembre de 1991, expediente 6429. Magistrado Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. Sentencia de octubre 28 de 1976, Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 1482.

Consejo de Estado. Sentencia de 7 de Octubre de 1994. Exp. 10.460. Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández

Consejo de Estado, Sentencia de Abril 29 de 1994, expediente 7136. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado. Sentencia Agosto 10 de 2000. Expediente 11.585, Magistrado Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado. Sentencia de 10 de marzo de 2005, radicado 15.182. Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado. Sentencia de 20 de febrero de 1989, sección 3^a. Consejero Ponente Dr. De Irisarri.

Consejo de estado. Sentencia de 5 de diciembre de 2005. Radicado 15.830. Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sentencia de 5 de diciembre de 2005, radicado 16.149 M.P María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de estado. Sentencia 8 de febrero de 1999, expediente 10731. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 2005, radicado 11.372. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sentencia de 28 de abril de 1994, expediente 77.33

Consejo de Estado. Sentencia de 16 de junio de 1995, expediente 9392.

J

*Consejo de Estado. Sentencia de 24 de mayo de 1990. Expediente 5451.
Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe.*

*Consejo de Estado. Sentencia de 20 de abril de 2005. Radicado 14.725
Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.*

Consejo de Estado. Sentencia cuatro (4) de diciembre de 2002, expediente 13038. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601.

*Consejo de Estado. Sentencia de 28 de abril de 2005, radicado 15348.
Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.*

*Consejo de Estado. Sentencia de 20 de abril de 2005, radicado 14.725,
Consejera Ponente. Ruth Stella Correa Palacio.*

*Consejo de Estado. Sentencia de 25 de enero de 2001. Expediente 11.413.
Consejero Ponente. Alier Eduardo Hernández.*

Consejo de Estado. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, expediente 13539.

*Consejo de estado. Sentencia de 10 de agosto de 2005, radicado 15.338.
Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.*

*Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2001, radicación 11783.
Consejero Ponente: Jesús María Ballesteros.*

*Consejo de Estado. Sentencia de 28 de junio de 1994, radicado 6806.
Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo*

*Consejo de estado. Sentencia de 10 de agosto de 2005, radicado 15.338.
Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.*

*Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2001, radicación 11783.
Consejero Ponente: Jesús María Ballesteros*

*Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2001, radicación 11783.
Consejero Ponente: Jesús María Ballesteros*

J

Consejo de Estado. Sentencia de 28 de junio de 1994, radicado 6806. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. Sentencia de noviembre 12 de 1998. Expediente 13.531. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes.

Consejo de Estado. Sentencia de septiembre 30 de 1960, Consejero Ponente Dr. Francisco Eladio Gómez, anales del Consejo de Estado, t LXIII, N. 392-396, 1961.

Consejo de Estado. Septiembre 27 de octubre de 2005, radicado 15.728. Consejero ponente: María Helena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado. Septiembre 27 de octubre de 2005, radicado 15.728. Consejero ponente: María Helena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado. Septiembre 27 de octubre de 2005, radicado 15.728. Consejero ponente: María Helena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado. Sentencia de Septiembre 17 de 1992, radicado 6546. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández

Consejo de Estado. Sentencia de 15 de marzo de 2001, radicación 12231 Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de junio 14 de 1988, Exp. 4159, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. Sentencia de 27 de octubre de 2005., radicado 15.366. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo.

Consejo de Estado. Sentencia de 27 de octubre de 2005., radicado 15.366. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo.

Corte Constitucional. Sentencia C-374 de agosto 13 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C-374 de agosto 13 de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001.

J

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Velásquez Rodríguez.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de abril de 1995.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso el Amparo, Sentencia de 14 de septiembre de 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Neira Alegria y Otros, sentencia de 19 de septiembre de 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

Corte Interamericana de derechos humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Caso Godinez.

Opinión consultiva OC-0/86 del 9 de mayo de 1986, Caso Velásquez Rodríguez.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA**B**

DELGADO DEL RINCON, Luis Esteban. Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Este libro se trae a colación en razón al análisis realizado sobre los orígenes históricos y doctrinarios de la responsabilidad judicial, de igual manera desarrolla exhaustivamente las transformaciones que ha sufrido a lo largo de la historia la responsabilidad del estado por el funcionamiento de la administración de justicia.

BROTONS, Antonio Ramiro y otros. Derecho Internacional. Ediciones Mcgraw Hill.Madrid, 1997.

Este autor se cita en razón a que, trata de manera detallada los requisitos que se predicen en materia de derecho internacional del daño indemnizable, las modalidades de reparación que se maneja en derecho

B

internacional y desarrolla en términos generales la protección en derecho internacional de la persona humana.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

AGUDEZ FERNANDEZ, A. *Historia del poder judicial en España*, Madrid, 1974.

ALONSO ROMERO. *El proceso penal en Castilla. Siglos XIII a XVIII*, Salamanca, 1982.

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Segunda edición*, Editorial Leyer, Bogotá D.C. 2003.

CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional Público*. 3^a edición, edi. Leyer, Bogotá, 2004.

CAZORLA, Prieto L.M. *Las Cortes Generales: ¿Parlamento contemporáneo?*, Civitas, Madrid 1985.

DE LUIS Y LORENZO J.F. *Artículo 24 de la Constitución y poder legislativo. Consideraciones sobre la responsabilidad de la Administración del Estado por la actividad del poder legislativo*. Tomo XVI. 1989.

GARRIGA, C. *La audiênciā y lās chancillerias castellanas (1371 – 1525), em historia política, régimen jurídico y practica institucional*, Madrid, 1994.

GARCIA DE VALDEAVELLANO, L. *curso de historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1977.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomas-Ramón. *Curso de Derecho administrativo II. Séptima ed.*, Madrid, Civitas, 2000.

GARRIDO FALLA F. *Sobre la responsabilidad del Estado legislador*. 1989.

GARRIDO MAYOL Vicente. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2004.

B

GOMEZ POSADA, José Fernando. *Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia.* 2^a edición. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 2003,

GONZÁLEZ PÉREZ J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.* Civitas. Tercera edición. Madrid 2004.

GUERVARA. José A y otros. *Derecho internacional de los derechos humanos,* 1ra edición. Universidad Iberoamericana, Fontamara, México, 2004.

JIMÉNEZ LECHUGA, F.J. *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 1999.

KAGAN, R. L. *Pleitos y pleiteantes en castilla (1500–1700),* Salamanca, 1991.

LEGUINAVILLA J. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.* Civitas. Madrid 1993.

MARONGIU, A. "un momento típico de la monarquía medieval: el rey juez", en *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, 1953, t. XXIII.

MARTIN REBOLLO, Luís. *La Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Publicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica,* en DA, números 237 y 238, enero-junio de 2004.

MARTIN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas,* en RVAP, num. 19 de septiembre-diciembre de 1987.

MARTIN REBOLLO, Luis. *Leyes administrativas,* Pamplona, Aranzadi, 1999, en notas a los artículos 121 y 122 de la ley de expropiación forzosa.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración, hacia un Nuevo sistema.* 1^a ed., España. Civitas. 2002.

B

PEREZ DE LA CANAL. "La justicia en la Corte de Castilla durante los siglos XIII al XV" en *Historia, instituciones, documentos, Sevilla, 1975.*

ROLDAN BERMEJO, R. *los jueces de la monarquía absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de castilla, siglos XIV – XVIII, Madrid, 1989.*

SORIANO GARCÍA J.E. *Responsabilidad Patrimonial del Estado legislador y proceso descolonizador. 1981.*

TOMAS Y VALIENTE, F. *De la administración de justicia al poder judicial, en jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa, Madrid, 1990.*

TOMAS Y VALIENTE. *Manual de historia del derecho español. Madrid, 1983.*

TRUYOL y SERRA, Antonio. *La sociedad internacional, 1ra edición. Alianza, Madrid; 1974.*

Unidad 4

CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Qg

Conceptuar con un punto de vista teórico y práctico los eximentes de responsabilidad del Estado, que permiten evadir la obligación de reparar daños que no son antijurídicos y que en determinados casos su resarcimiento se erige bajo los postulados de la filosofía que informa los principios de la solidaridad que debe de asumir el Estado frente a las víctimas de catástrofes.

Qe

- *Estudiar cada una de las causales eximentes de responsabilidad con un punto de vista teórico y práctico.*
 - *Determinar en qué casos no se logra eximir de responsabilidad el Estado así el hecho determinante del daño haya sido el de un tercero.*
 - *Conocer cuál es la teoría jurisprudencial que se maneja cuando no es posible constatar la exoneración de responsabilidad del Estado pero tampoco existe un hecho o prueba que lo inculpe con total certeza.*
 - *Determinar cómo se maneja la responsabilidad del Estado cuando hay concurrencia de culpas.*

4.1 INTRODUCCIÓN

Estudiar las eximentes de responsabilidad del Estado y con ellas sus elementos, peculiaridades es algo realmente importante, si bien, entre el administrado y la administración surge una relación de desequilibrio, en la cual el Estado es el que está en una posición dominante, aspecto que se ha tratado de alivianar con el paso del tiempo y la estructuración de relaciones más complejas entre el Estado y el particular, no es menos cierto, que en la praxis administrativa cuando se pretende derivar responsabilidad del Estado, se abusa de la tesis del Estado social de derecho, del Estado benefactor o garantista pretendiéndose obtener resarcimiento de perjuicios cuando no hay lugar a ello ya que estamos frente a una culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor y hasta frente a una situación de legítima defensa que exonera de toda responsabilidad al Estado.

El desarrollo de esta unidad se hará en principio partiendo de referencias jurisprudenciales aplicables de manera particular a cada una de las causales eximentes de responsabilidad y finalmente se tratará de establecer las diferencias entre cada una y aquellas situaciones en las cuales el estado no es posible exonerarse de responsabilidad precisamente porque existe un deber de protección que la doctrina y la jurisprudencia suele denominarlo *relatividad de las obligaciones del estado*

4.2 CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

4.2.1 APLICACIÓN PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

En el presente proceso, la parte actora alegó que se le causó un daño imputable al Estado, pues según la demanda, el día 12 de marzo de 1993 murió en un accidente de tránsito el señor LUÍS FERNANDO VANEGAS CAÑAS, al chocar con su bicicleta contra un vehículo oficial que se desplazaba de forma irresponsable y negligente. Se negaron todas las pretensiones puesto que, en el proceso se logró probar que el vehículo oficial estaba cargado, iba de subida y que en la curva de la carretera donde ocurrieron los hechos no alcanzó una velocidad mayor a 20k/h y que dejó suficiente espacio para que otro vehículo de bajada- una bicicleta- se pudiera desplazar, además de la lesión sufrida por el ciclista, se deduce que no colisionó de frente con el vehículo tal como se afirma en el libelo de la demanda²²⁷.

²²⁷ Consejo de Estado. Sentencia de 20 de abril de 2005, radicado 15.784. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra

"En conclusión, de las pruebas que obran en el proceso se logra inferir que la volqueta se desplazaba por la calzada que le correspondía con una aproximación a su costado, permisible de conformidad con la curva que en ese momento surcaba, su peso y la presencia de arena en la vía, permitiendo el paso adecuado del resto de los automotores.

...las pruebas indican que fue el ciclista el que produjo la colisión, pues al descender velozmente por la carretera, no logró manipular correctamente su vehículo en el momento de tomar la curva por la velocidad que llevaba cuando iba detrás de su hermano. Por ende, la Sala considera que tal y como lo sostuvo el Tribunal de Primera Instancia, la muerte del señor LUÍS FERNANDO VANEGAS tuvo como causa única su propia culpa.

Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

"... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo..."²²⁸

De igual forma, se ha dicho:

".... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos: -Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del

²²⁸ *Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 13744, Actor: Gloria Esther Noreña B.*

afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de con causalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil. -El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración...."²²⁹.

En el presente proceso, la parte actora alegó que se le causó un daño imputable al Estado, pues según la demanda, entre los días 27 y 28 de octubre de 1986 las viviendas de los demandantes se vieron perjudicadas debido al taponamiento del alcantarillado que produjo desbordamientos de las aguas lluvias y deslizamientos de tierra, hechos que fueron atribuidos a la impericia e imprudencia de las Empresas Públicas de Medellín, del Municipio de Medellín y de su contratista GISAICO LTDA. Entre el municipio y GISACO se celebró un contrato de reconstrucción de pavimento y adecuación entre la antigua vía a Guarne y la carrera 49. El Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia y no consideró viable la posibilidad de hablar de culpa exclusiva de la víctima, por el contrario hubo una falla del servicio²³⁰.

En este sentido, cabe anotar que, en casos en los cuales se discute la responsabilidad de la Administración por el hecho de sus contratistas, la Corporación reiteradamente ha dicho:

“...La Sala considera pertinente precisar...los casos mencionados por el apoderado de la parte demandante, en los que se pretende la indemnización del daño causado por sus contratistas. En efecto, en la medida en que la función o la obra que se les encarga a estos últimos no deja de ser pública y, por lo tanto, se ejecuta por cuenta del Estado, la jurisprudencia ha entendido que se presenta una ficción legal, que permite considerar que es éste mismo quien actúa.

En consecuencia, la conducta desplegada por la Firma GISAICO LTDA no es un hecho extraño que pueda alegarse como causal de exoneración de responsabilidad, pues simplemente el contratista hace parte de un proceso en

²²⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 2 de mayo de 2002 Exp. 13262, Actor: Héctor A. Correa Cardona y otros.

²³⁰ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de Julio de 2005, radicado 14.888 Consejero Ponente Ramiro Saavedra Bocerra.

el que interviene para llevar a cabo unos compromisos que ha asumido con el Estado, pero sin asumir obligaciones que no le son propias, pues no debe olvidarse que la obra pública era del Municipio de Medellín y por lo tanto a éste le corresponde asumir los daños que se generen en virtud de la misma, sin perjuicio de que este último pueda repetir contra la firma contratista.

Finalmente, en cuanto a la culpa de las víctimas, consistente en el hecho de haber construido sus viviendas sobre un terreno que no ofrecía unas condiciones de seguridad mínimas, y por lo tanto, con dicha conducta asumieron los riesgos que ello implicaba, la Sala no comparte dicho planteamiento, pues, por un lado, resulta curioso que tratándose de un terreno que había sido destinado a un basurero y por tanto inestable, el Municipio de Medellín haya expedido licencias de construcción, como sucedió en los casos de los predios ...

Además, no debe olvidarse que dichas viviendas no aparecieron allí construidas de la noche a la mañana, fueron el fruto o producto de todo un proceso, proceso al que fue indiferente la Administración por mucho tiempo, y en el que lastimosamente continúa.”

Fallo del Consejo de Estado que confirma la sentencia del a quo al considerar que el agente de policía que causó la muerte a uno de los asaltantes de un bus obró bajo legítima defensa en razón de la culpa exclusiva de la víctima-occiso quien portaba y accionó un arma de uso privativo de las fuerzas armadas²³¹.

“En consecuencia, está acreditado en el expediente que el daño cuya reparación se reclama en este proceso fue causado por un agente del Estado, con arma de dotación oficial y en misión de servicio.

2. La entidad demandada adujo como defensa el actuar de los miembros de la fuerza pública, quienes en cumplimiento de un deber legal, particularmente, el sargento Velasco Velasco, se vio obligado a repeler la agresión de que iba ser objeto su subalterno, el dragoneante Jesús Arturo Paladines, por un sujeto armado que le disparó, y en momentos en que cometía un ilícito.

...

Que se descarta el cargo, para inferir la responsabilidad del Estado, en la desproporción de la agresión, la cual permitió a los demandantes concluir que el señor Millan Marin Velasco debió ser capturado y no muerto. Según los testigos de los hechos, los hombres que asaltaron el bus eran 6, y los miembros de las fuerzas armadas 4: el sargento Velasco, el dragoneante Paladin y los agentes

²³¹ Consejo de Estado. Sentencia de 14 de julio de 2005, radicación 15.529 Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Luna y Molina, con la observación de que sólo los dos primeros fueron los que protagonizaron los hechos...

iv) Que son de recibo las razones de la defensa presentadas por la entidad demandada, ya que corresponden a la realidad de los hechos, porque no existen versiones contradictorias, porque está suficientemente probado que el joven Millán Marín Velasco murió en momentos en que cometía un ilícito y la circunstancia de hallarse la víctima en posesión de un arma de uso privativo y haberla accionado con la intención de dar muerte a un agente, hacía legal la reacción del uniformado.

v)... En el caso concreto, existen pruebas suficientes que permiten asegurar que la reacción del sargento José Isaid Velasco se produjo como consecuencia de la actuación ilícita de la víctima, pues ésta se enfrentó a los agentes haciendo uso del arma que portaba, razón para que la reacción del sargento, al observar que un subalterno suyo iba ser blanco del ataque, resultaba legítima y por lo tanto, no hay lugar a derivar responsabilidad de la entidad demandada, dado que el hecho se debió a la culpa exclusiva del señor Millán Marín Velasco.

4.3 HECHO DE UN TERCERO

4.3.1 APLICACIÓN PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

Fallo del Consejo de Estado mediante el cual se modifica la sentencia del a quo y se declara administrativamente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa por la muerte del Sr. Gómez Presidente de la junta de acción comunal de una vereda en donde hay presencia de grupos al margen de la ley y por solicitud de un agente de policía se vio comisionado a realizar un censo de la población, sin custodia a su vida por parte de las autoridades frente a una creación de un riesgo excepcional e inminente de materializarse como fue su muerte a manos de grupos subversivos. Se condena al Estado por la falla del servicio, puesto que, era obvia la protección que requería el líder comunal teniendo en cuenta que en la región operaban grupos subversivos que verían afectada notoriamente su actividad, al no poder circular y camuflarse libremente entre la población²³².

232 *Consejo de Estado. Sentencia de 27 de octubre de 2005, radicado 15.384. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo.*

"DEBER DE INDEMNAZIÓN CUANDO SE TRATA DE HECHOS OCASIONADOS MATERIALMENTE POR UN TERCERO:

... la doctrina y la jurisprudencia, con base en la ley, han precisado que tratándose de hechos ocasionados por terceros, para que surja ese deber de indemnización por parte del Estado es indispensable establecer que el daño por cuya indemnización se reclama, le sea imputable a aquél; el Profesor García de Enterría enseña lo siguiente²³³:

'() El problema de la imputación: A) Planteamiento general. Al precisar el concepto de lesión decíamos que para que surja la responsabilidad es preciso que esa lesión pueda ser imputada, esto es, jurídicamente atribuida, a un sujeto distinto de la propia víctima. La imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste. Precisar cuál sea esa relación es el problema que tenemos que afrontar en este momento.

El supuesto más simple que cabe imaginar es, naturalmente, el de la causación material del daño por el sujeto responsable. En tal caso la imputación de responsabilidad, en cuanto fenómeno jurídico, se produce automáticamente una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido.

Probar que existe un nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido será siempre necesario para que la imputación pueda tener lugar y con ella pueda nacer la responsabilidad, pero la mera relación de causalidad entre el hecho (y su autor) y el daño no basta para justificar la atribución del deber de reparación al sujeto a quien la ley califica de responsable.

Esta Sección al abordar este tema ha señalado, que para determinar la responsabilidad del Estado por el daño ocasionado a un tercero es preciso profundizar sobre las circunstancias de desenvolvimiento de los hechos y el alcance de sus obligaciones.

'...es necesario el estudio de las circunstancias en que ocurren los hechos, en cada caso concreto, para establecer si el Estado es responsable del daño sufrido por los demandantes. Adicionalmente, es claro para la Sala que reflexiones similares a las expuestas en tales providencias, con base en los regímenes antes referidos,

²³³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y Otros. *Curso de derecho administrativo II. Cuarta edición*. Editorial Civitas S.A. Madrid. Páginas, 378 – 379.

permiten obtener, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política vigente, conclusiones parecidas, en la medida en que antes, como ahora, el punto central de la discusión se sitúa en uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad, la imputabilidad del daño. En efecto, con base en el análisis de los casos antes citados, se concluye que el Estado sólo fue condenado en aquellos en que no se pudo establecer la existencia del hecho de un tercero, como causal de exoneración de responsabilidad, dado que el mismo no resultaba ajeno a la acción u omisión del Estado. Y para ello, la Sala debió precisar, en cada caso, cual era el alcance de su deber de vigilancia y protección. Es ésta la razón por la cual se acudió, en algunos eventos, al concepto de relatividad de la falla del servicio, que más precisamente alude a la *relatividad de las obligaciones del Estado* y, por lo tanto, permite determinar, en cada situación particular, si el daño causado resulta o no imputable a la acción u omisión de sus agentes. En otros eventos, como se vio, la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado' ²³⁴

FALLA EN EL SERVICIO:

En este caso la imputación tiene una doble connotación, la de falla y la de riesgo, como se observa en el capítulo de derecho de la demanda, en el que se reclamó: de una parte, por el daño causado por la Nación al haber sido sometido el señor Guillermo Gámez a un riesgo mayor que al de los demás ciudadanos, al encomendársele la función de censo de los habitantes de la vereda en la que fungía como Presidente de la Junta de Acción Comunal y en la cual había presencia guerrillera, quien finalmente murió abatido por un grupo subversivo cuando daba cumplimiento a la labor encomendada; y de otra parte, por haber omitido dotar al dicho señor de las garantías y de la protección necesarias, para el cumplimiento de la función pública deferida, dejándolo a su suerte ...

...Por otra parte, no puede hablarse de culpa de la víctima (negligencia, de falta de cuidado, ni de impericia) sino de una conducta positiva, coherente,

²³⁴ Expediente 11.585. Actor: Noemí Revelo de Otálvaro y otros.

solidaria, cívica dirigida de manera directa y constructiva a apoyar la institucionalidad, a las Fuerzas Militares, legítimamente constituidas, en una gestión de intervención a la comunidad respecto de la cual ostentaba la condición de Presidente de la Junta de Acción Comunal. Por consiguiente, el comportamiento de la víctima fue respuesta a una petición oficial de colaboración inicial frente a las Fuerzas Militares, que de ninguna manera puede constituirse en culpa de la víctima, porque ella no se expuso en forma exclusiva e imprudente a la causación de su propio daño”.

Sentencia de Consejo de Estado mediante la cual se decide un recurso de apelación en contra de un fallo que no accedió a declarar administrativamente responsable al estado por la muerte de un funcionario que se desplazaba en un carro oficial el cual colisiono, puesto que, la colisión fue producto del hecho de un tercero²³⁵

“Al respecto, debe anotarse que la Corporación ya decidió un caso similar a través de la sentencia de 30 de octubre de 1997, Exp. 11.960, Actor: Mary Bustos Hormaza y otros contra la Nación-Ministerio de Transporte – Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, por los mismos hechos que ahora se analizan…

Así, en dicha oportunidad la Sala concluyó:

“...para reclamar la indemnización que corresponde a quien sufre un daño antijurídico causado por las autoridades públicas e imputable al Estado, reglada en el artículo 90 de la C.P., distintos de los previstos legalmente como consecuencia del “accidente de trabajo”, deben las víctimas demostrar todos los requisitos indicados en dicha norma, sin que pueda imputarse la responsabilidad al simple riesgo creado por la entidad, pues los daños imputables exclusivamente a tal factor, deben ser cubiertos por la entidad bajo el citado concepto del “accidente de trabajo”.

“...Por tal razón, en estos eventos no puede darse aplicación a la presunción de responsabilidad derivada de las actividades peligrosas, que se traduce en tener como factor de atribución de la misma simplemente el riesgo creado por la entidad demandada....”.

²³⁵ Consejo de Estado, sentencia de 23 de noviembre de 2005, radicado 14.968 Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra

...en cambio, se consideró que si se había establecido que el accidente se debió al hecho de un tercero, esto es, a la imprudencia de un conductor que estacionó una tractomula sin las debidas señales de precaución, en la vía por la cual transitaban los funcionarios de la Aeronáutica Civil.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala habrá de precisar lo siguiente:

...

Descendiendo al caso concreto, en el presente caso la parte actora alegó que hubo una falla del servicio, pues la entidad demandada contrató el vehículo de placas RFA-195 para transportar entre otros funcionarios al señor CARLOS ARTURO MURCIA, el cual presentaba fallas mecánicas y se estrelló contra una tractomula que estaba estacionada en la vía, y que a consecuencia de ello, murió desangrado al no prestársele una oportuna atención médica.

Al respecto, la Sala encuentra que no fue probada la falla del servicio alegada en la demanda, pues, en primer lugar, tal y como se analizó en la sentencia de primera instancia, la cual acogió los planteamientos que había hecho el Consejo de Estado en un caso similar al que se estudiaba, en el sub lite, no se demostró que el vehículo que había contratado la Aeronáutica Civil y en el que se transportaba la víctima estuviera en malas condiciones mecánicas...

...De acuerdo con ello, no es posible atribuir estos hechos a la Administración Pública, pues es evidente que en este caso se trató de un accidente, en el cual intervino un tercero, es decir, la persona que dejó mal estacionada la tractomula.

4.4 FUERZA MAYOR

4.4.1 APLICACIÓN PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

Fallo del Consejo de Estado, mediante el cual confirma la sentencia impugnada, argumentando la imposibilidad de eximir de responsabilidad a la administración puesto que, era deber de la misma suministrar las debidas señales de precaución para la población transeúnte que usaba el puente objeto de restauración.²³⁶

En el caso sub-exámine la excepción de fuerza mayor o caso fortuito no tiene vocación de prosperidad, pues por definición legal la fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por

236 Consejo de Estado. Sentencia de julio 16 de 1992, rad. 7011 C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

un funcionamiento público, etc. (Ley 95 de 1.980, art. 1º). En el caso en comento la Sala no vivencia, por parte alguna, la nota de IRRESISTIBILIDAD que tal eximente de responsabilidad demanda. Una administración cuidadosa no solo debe preocuparse por hacer las obras bien, sino también por vigilarlas, mientras están en construcción, para que los ciudadanos no se sientan invitados a transitar por las carreteras o los puentes inconclusos. Toda vía pública abierta, sin señales de peligro, es un mensaje amplio de confianza del ente estatal hacia los peregrinos que los utilizan. Por lo demás, la nota de NO CAUSALIDAD tampoco aparece en la realidad fáctica que se examina. En este particular la doctrina enseña que no basta que el evento sea irresistible sino que es menester, además. “QUE QUIEN LO INCOA NO HAYA DADO CAUSA AL MISMO” (Responsabilidad Extracontractual. Jorge Peirano Facio).

..En la materia que se estudia la Sala hace suya la perspectiva jurídica que la Corte Suprema de Justicia manejó en sentencia de 27 de Septiembre de 1.945, LIX, 442, en la cual, y en lo pertinente, se lee:

“La noción de caso fortuito o fuerza mayor está literalmente consagrada y, en ocasiones, repetida en diversas disposiciones del Código Civil; sin embargo, aún cuando su función está nítidamente definida en dichos textos no hay, nada, empero, con respecto a su naturaleza específica. Se ha considerado como indicativo de la circunstancia de caso fortuito y fuerza mayor la presencia de una causa extraña que no se nos puede imputar. Un acontecimiento determinado no constituye fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, un caso fortuito o fuerza mayor. Es necesario en cada caso estudiar las circunstancias que mediaron o rodearon el hecho. Para que exista el poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: LA AUSENCIA DE LA FALTA DEL DEUDOR.

En otros términos: cuando existe dolor, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable. El código habla de causa extraña que no pueda ser imputada al obligado o comprometido. Pero esto no quiere decir que la ausencia de falta sea el equivalente del caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista liberatorio en todos los casos y, en especial, en lo referente a la irresponsabilidad del deudor. Para radicar la responsabilidad es necesario establecer que un perjuicio es causado por una determinada culpa, porque sin esa relación de causalidad no habría lugar a la indemnización correspondiente. El caso fortuito o la fuerza mayor excluyen la responsabilidad por falta de la relación de causalidad entre la culpa y el daño... Para que exista el caso fortuito o la fuerza mayor es necesario que el acontecimiento sea imprevisible, es decir, que no haya podido preverse, no

con imposibilidad metafísica, sino que no haya presentado con caracteres de probabilidad y que no se pueda resistir”

En el siguiente fallo se observa cómo el Consejo de Estado declara exento de responsabilidad al Estado, por los hechos ocurridos en relación con la erupción del Volcán Nevado del Ruiz que dejó como víctima fatal a un taquillero, aduciendo la configuración de fuerza mayor y la inexistencia de negligencia o diligencia del Estado para conjurar las consecuencias de la anunciada erupción²³⁷.

Dentro del marco probatorio anterior y a la luz de la realidad fáctica que se deja descrita, se impone concluir que en el caso *sub-exámine* la administración no es responsable del DAÑO que se le imputa, pues el nexo causal quedó roto por una causa ajena al demandado, como lo es la fuerza mayor. Es bien sabido que cuando ésta lesiona directamente a una persona, ora porque un terremoto destruye su habitación, ora porque un huracán arranca los árboles y éstos dañan a las personas o a sus bienes, ora cuando una inundación, o la erupción de un volcán, como El Arenas, causan desastres colectivos, las víctimas se encuentran frente a hechos que no se le pueden atribuir a la Nación, ni a ninguno de los centros de imputación jurídica de la organización estatal, pues opera el principio general de derecho que enseña: “Nadie está obligado a lo imposible”.

Históricamente se ha aceptado y comprendido la necesidad de eliminar la responsabilidad de quien se encuentra impedido para actuar bajo el imperio de la fuerza mayor, que tiene como característica esencial la de *LA IRRESISTIBILIDAD*. Por ello Ulpiano la definía diciendo: “*OMNEN VIM CUI RESISTI NON POTEST*” (toda fuerza que no puede resistirse). También en el antiguo derecho francés Emérigon, en su Tratado de los Seguros y del Préstamo a la gruesa enseñaba: “*SE LLAMA FUERZA, VIS MAYOR, AQUELLA A LA CUAL NO SE PUEDE RESISTIR*”.

En el caso *sub-exámine* el sentenciador encuentra debidamente demostrado que el perjuicio no se debe al hecho de la administración, pues la causa de la tragedia, aunque previsible, le fue irresistible. Ya se destacó en antes que frente a la reactivación del volcán Nevado del Ruiz, a fines de noviembre de 1984, la Defensa Civil Colombiana programó conferencias para ilustrar a las autoridades y a los integrantes de la comunidad sobre la manera como debían actuar en caso de emergencia...

²³⁷ Consejo de Estado. Sentencia de 24 de junio de 1994, Rad. 6639. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta

Dentro del marco anterior se impone concluir, como ya se anticipó, que, en el caso *sub-exámine*, LA FUERZA MAYOR ES LA UNICA CAUSA DEL DAÑO. Por parte alguna se aprecia la FALTA DE LA ADMINISTRACION. Como reiteradamente lo ha predicado la Corte Suprema de Justicia, "Para radicar la responsabilidad es necesario establecer que un perjuicio es causado por una determinada culpa, porque sin esa relación de causalidad no habría lugar a la indemnización correspondiente. El caso fortuito o la fuerza mayor excluye la responsabilidad por falta de la relación de causalidad entre la culpa y el daño..." (Sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 442).

"Al definir la ley como caso fortuito o fuerza mayor el IMPREVISTO a que no es posible resistir, LO IMPREVISTO DE QUE TRATA ESTA DISPOSICIÓN NO SIGNIFICA QUE EL HECHO A QUE SE ATRIBUYE AQUEL CARÁCTER SEA DESCONOCIDO, sino que, POR SER INOPINADO U OCASIONAL, no se sabe o no puede preverse cuándo ni en qué circunstancias podrá acontecer, y una vez presentado es absolutamente irresistible, como ocurre verbigracia con un naufragio en el mar" (Casación, 18 de marzo de 1925, XXXI, 186).

...

D) En la obra de los Hermanos Mazeaud, Tomo 11, Volumen 11, 1963, se lee que:

"¡Cuando un caso de fuerza mayor lesioná directamente a una persona, así un terremoto que destruye una casa, un huracán que arranca de cuajo los árboles, una inundación que causa devastaciones, LA VICTIMA NO PUEDE, EVIDENTEMENTE, PEDIRLE REPARACIÓN A NADIE. Soportará todo el peso del daño, A MENOS QUE EL ESTADO O ALGUNOS PARTICULARES ACUDAN EN SU SOCORRO, y es preciso señalar aquí la tendencia del legislador moderno que consiste en asegurar la indemnización de las víctimas de los cataclismos, o hasta las víctimas de los accidentes individuales de toda índole! (Subrayas de la Sala)."

...

Frente a LA FUERZA MAYOR QUE EXIME DE RESPONSABILIDAD y ante la ausencia de norma legal que ASEGURE LA INDEMNIZACIÓN A LAS VICTIMAS DE LOS CATACLISMOS, el país tiene que educarse cada día más en la FILOSOFÍA QUE INFORMA LA SOLIDARIDAD. ..

4.5 CONCLUSIÓN

- De la *culpa exclusiva de la víctima* como eximente de responsabilidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que para que pueda hablarse de la misma debe estar demostrada²³⁸

Además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño,

El que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.

Por ello, se habla de una causa física y una jurídica y si se rompe el nexo de causalidad entre éstas dos no es posible imputarle responsabilidad a la administración, es decir puede que se demuestre la falla del servicio pero si le logra demostrar que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, se rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura, el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable de la víctima, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso a sufrir las consecuencias de su actuar²³⁹.

Nótese en el siguiente extracto la posibilidad de hablar de concurrencia de culpas entre la administración y la víctima, y de igual forma, obsérvese la íntima e indisoluble relación que se debe derivar entre el hecho de la víctima y el daño para poder hablar de culpa exclusiva de la víctima.

El Consejo de Estado ha agregado como requisitos para hablar de culpa exclusiva de la víctima la configuración de:

“Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal.

Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del

238 Consejo de Estado, *Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 13744, Actor: Gloria Esther Noreña B.*

239 *Ibid.*

principio de con causalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil. -El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración...."²⁴⁰

- En cuanto a la configuración del *hecho de un tercero*: es imprescindible probar que existe una relación de causalidad indisoluble entre el hecho y su consecuencia o el daño mismo, puesto que la mera suposición de relación causal entre el hecho (y su autor) y el daño no es suficiente para justificar la exigibilidad del deber de reparación al sujeto a quien la ley califica de responsable.

En situaciones frente a las cuales no es posible determinar con certeza la intervención en la causación del daño del hecho de un tercero, es necesario analizar cada caso en concreto, para establecer el alcance del deber de vigilancia y protección del Estado, ello determinará si hay o no lugar a imputarle responsabilidad al Estado; bajo el análisis del deber y vigilancia del Estado en el caso en concreto el Consejo de Estado, en algunos eventos recurre al concepto de **la relatividad de las obligaciones del Estado**²⁴¹ y con base en ello es posible que no haya lugar a exonerar de responsabilidad al Estado.

Lo anterior surge en aquellos casos en los cuales el Estado somete a una persona o grupo de personas a una situación de riesgo excepcional que si bien es en beneficio de la comunidad no deja de ser un riesgo creado de manera consciente por la administración y es un riesgo que rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Lo anterior se observa en un fallo del Consejo de Estado²⁴² mediante el cual se le imputa responsabilidad al Estado bajo dos regímenes de responsabilidad (y en esa doble imputación se observa la forma como ambos coexisten así uno sea objetivo y otro corresponda a la falla del servicio) el riesgo excepcional y la falla del servicio; riesgo bajo el entendido de que la administración sometió a unos líderes comunitarios a realizar un censo en una zona de influencia guerrillera, creando entonces, de manera consciente un riesgo que rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas y hubo falla del servicio ya que las autoridades públicas no prestaron el servicio de protección y seguridad en beneficio de aquellos líderes, luego el daño, es decir, la muerte de uno de los

240 Consejo de Estado, Sentencia de 2 de mayo de 2002 Exp. 13262, Actor: Héctor A. Correa Cardona y otros.

241 Consejo de Estado. Sentencia de 27 de octubre de 2005, radicado 15.384. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo.

242 Ibid.

líderes lo produjo el hecho de un tercero (grupo subversivo) y aunque no se reprocha la creación del riesgo, este rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas, amén que hubo una falla del servicio y además no se tomaron las medidas pertinentes para impedir la materialización del riesgo.

En lo que respecta a la posibilidad de obtener las víctimas o perjudicados los perjuicios provenientes de un accidente de trabajo mediante la acción de reparación directa, es preciso que dicha pretensión no se funde en el simple riesgo creado por la entidad, pues de ser así, solo cabría el cubrimiento de los costos de accidente y recuperación que otorga la entidad bajo el concepto de accidente de trabajo; pretender la indemnización por vía de reparación implica probar los supuestos de imputación de responsabilidad estatal previstos en el artículo 90 de la Constitución Política.

- En relación con *la fuerza mayor* cabe precisar que se trata de un fenómeno natural por regla general o situación imposible de prever y de resistir y de ser posible de prever será imposible de resistir ejemplo: un naufragio, una inundación, un huracán, un terremoto, el apresamiento de enemigos.

La posibilidad de eximir de responsabilidad al Estado surge como consecuencia de la falta de relación o nexo causal entre la culpa y el daño (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 442).

Para poder hablar de la presencia de una situación, acontecimiento o hecho indicativo de fuerza mayor es preciso que quien lo invoca no haya dado lugar al mismo, esto es, no haya actuado con falta de diligencia o prudencia, porque ello antes que romper el nexo de causalidad entre la culpa y el daño lo configuraría.

En vista, entonces, de que el daño es consecuencia de una causa extraña que no se puede imputar, el resarcimiento de los perjuicios surge o se erige bajo los postulados de la filosofía que informa los principios de la solidaridad.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

A
p

- 1- Determine y justifique las características de la culpa exclusiva de la víctima.
- 2- Considera que la tesis "relatividad de las obligaciones del Estado" desarrollada por el Consejo de Estado en el fallo calendado 27 de octubre de 2005, radicación 15.384, en el cual la aplica a situaciones donde no es posible dar por cierto o demostrado el hecho de un tercero, puede ser aplicado a otras situaciones. Explique su respuesta.

AUTOEVALUACIÓN

A
e

- 1- Resuelva el siguiente caso: Pedrito Fernández es un niño de 11 años que estudia en el Colegio Distrital Santa Librada de Cali, pero es un niño extremadamente indisciplinado, el día 20 de noviembre de 2004 le impuso la profesora un arduo castigo devolviéndolo a su casa, ese mismo día empezó a caer un torrencial aguacero y el río que queda en inmediaciones a su casa se desbordó causándole lesiones a Pedrito, fue llevado al Hospital Universitario de Valle y a las 5 horas siguientes falleció.

La madre de Pedrito lo busca a Usted para instaurar demanda, determine:

- Responsabilidad Administrativa-régimen de responsabilidad
- Se presenta o no una causal de exoneración de responsabilidad.
- Quienes son los llamados a responder
- Caducidad de la acción

JURISPRUDENCIA

J

Esta jurisprudencia es de suma importancia, el Consejo de Estado desarrolla la tesis "relatividad de las obligaciones del estado", con base en la cual determina la responsabilidad del Estado en aquellos eventos en los cuales no es posible dar por demostrado el hecho de un tercero, entonces, con fundamento en las obligaciones de vigilancia y protección del estado analizadas en el caso en concreto.

Consejo de Estado. Sentencia de 24 de junio de 1994, Rad. 6639. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

J

Esta sentencia es de suma importancia, en razón a que el Consejo de Estado analiza de manera detallada y profunda que se entiende por fuerza mayor, ejemplifica situaciones y trae a colación tratadistas en la materia que permiten estructurar una visión con criterio sobre las circunstancias que configuran una situación de fuerza mayor.

Consejo de Estado. Sentencia de 20 de abril de 2005, radicado 15.784.

Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra

Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 13744, Actor: Gloria Esther Noreña B.

Consejo de Estado, Sentencia de 2 de mayo de 2002 Exp. 13262, Actor: Héctor A. Correa Cardona y otros.

Consejo de Estado. Sentencia de 13 de Julio de 2005, radicado 14.888

Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sentencia de 14 de julio de 2005, radicación 15.529

Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, sentencia de 23 de noviembre de 2005, radicado 14.968 Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra

Consejo de Estado. Sentencia de julio 16 de 1992, rad. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. 7011

Consejo de Estado. Sentencia de 24 de junio de 1994, Rad. 6639. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta

Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 13744, Actor: Gloria Esther Noreña B.

Consejo de Estado, Sentencia de 2 de mayo de 2002 Exp. 13262, Actor: Héctor A. Correa Cardona y otros.

Consejo de Estado. Sentencia de 27 de octubre de 2005, radicado 15.384.

J

Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo.

*Consejo de Estado. Sentencia de 27 de octubre de 2005, radicado 15.384.
Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo.*

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

*GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y Otros. Curso de derecho administrativo II. Cuarta edición. Editorial Civitas S.A. Madrid.
Esta obra aunque es citada por el Consejo de Estado, es de vital importancia en lo que respecta al desarrollo de los presupuestos para imputarle la responsabilidad al estado.*

Unidad 5

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y DE LOS PARTICULARES QUE CUMPLAN FUNCIONES PÚBLICAS

Qg

Determinar los presupuestos o requisitos que se predicen de las actuaciones u omisiones de los servidores públicos, ex servidores y particulares cumpliendo funciones públicas, para exigirles el reembolso de lo pagado por el Estado a título de daño antijurídico imputable al Estado proveniente de la declaratoria de una sentencia de condena, de la celebración de una conciliación o de otro mecanismo de terminación de un conflicto.

Qe

- Establecer cuáles son las conductas de las cuales es legal derivar responsabilidad patrimonial del agente.
- Determinar las limitaciones legales que impiden repetir contra el funcionario frente a la reparación que se ve obligado hacer el Estado por un daño antijurídico causado.
- Ilustrar las modalidades por las cuales se puede pretender la reparación de lo pagado por el Estado a causa de una conducta dolosa o gravemente culposa del agente.
- Analizar la ley 678 de 2001 en concordancia con los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

5.1 GENERALIDADES

La posibilidad de repetir contra el agente estatal está consagrada en el art. 77 y 78 del CCA y adquirió un rango constitucional con la Carta Magna de 1991, y sólo surge dicha posibilidad cuando el Estado es condenado a reparar un daño antijurídico producto de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente, art. 90 inciso 2 C.P., de lo cual se deduce que el Estado no podrá repetir cuando es condenado a reparar un daño antijurídico que ha sido producto de una conducta irregular o cometida con culpa leve o levísima por el agente o servidor, por lo cual el ejercicio de la acción de repetición se encuentra limitada a la posibilidad de ejercerse bajo el presupuesto de un daño antijurídico causado con dolo o con culpa grave por parte del servidor o agente del Estado.

El desarrollo de esta unidad se hará teniendo en cuenta la posición de las altas cortes frente al tema, el desarrollo legislativo de la materia basado en la Constitución Política, el Código Contencioso Administrativo, la ley 446 de 1998 y la ley 678 de 2001.

5.2 CONCEPTUALIZACION Y CARACTERIZACION DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

5.2.1 Antecedentes:

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 678 de 2001²⁴³, la acción de repetición se remonta al año de 1976, con el decreto ley 150, continuando con el decreto ley 222 de 1983. Con la expedición del Código Contencioso administrativo en 1984, la regulación fue integral²⁴⁴.

5.2.2. Concepto:

A)- La acción de repetición de conformidad con la ley 678 de 2001 “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, *es una acción civil de carácter patrimonial, que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena,*

²⁴³ Ver proyecto de ley 131 de 1999 del Senado Gaceta No. 14 de 10 de febrero de 2000. p. 9 a 14.

²⁴⁴ Así lo expresó el doctor Ricardo Hoyos Duque en conferencia del Vigésimo Tercero Congreso de Derecho Procesal, nominada “algunas reflexiones sobre la acción de repetición”. Memorias del Congreso. P. 381 y ss.

conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública, haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial²⁴⁵.

B)- Según el art. 90 inciso 2 de la Constitución Política “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.

5.2.3. CARACTERÍSTICAS

La acción de repetición es una acción judicial autónoma que surge inmediatamente después que la administración haya sido condenada y la sentencia esté en firme y debidamente cumplida la obligación impuesta en la sentencia respectiva²⁴⁶

Es una *acción civil*, ya que su objetivo no redonda en establecer una responsabilidad penal o disciplinaria del funcionario sino en asumir las consecuencias patrimoniales de un acto, una conducta por acción u omisión o un hecho de aquel servidor, por ello es de *carácter patrimonial* porque en la medida en que el servidor asuma las consecuencias patrimoniales de su conducta ejecutada con dolo o con culpa grave y por la cual se haya condenado al Estado por vía de conciliación o de sentencia o de otro mecanismo de terminación de un conflicto mediante el cual se pretenda reparar los daños antijurídicos causados a la víctima(s), se verá cominado dicho servidor a responder con su patrimonio bien sea mediante el ejercicio de una acción de repetición iniciado por el Estado o bajo la figura del llamamiento en garantía hecha por la administración dentro de un proceso de reparación iniciado por la víctima del daño antijurídico.

Es una responsabilidad de *carácter subsidiaria*, porque supone, de una parte la previa declaración de responsabilidad estatal por un daño antijurídico que resulta imputable al estado y que la víctima no tenía el deber de soportar; y de otra parte supone que esa condena haya tenido como causa- necesaria- la conducta dolosa o gravemente culposa del agente²⁴⁷.

245 Consejo de Estado. Sentencia de 10 de noviembre de 2005, radicado 26.977, M.P Alier Eduardo Hernández Enríquez.

246 Consejo de Estado. Auto de 5 de marzo de 2004, sección tercera. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

247 AYALA CALDAS, Jorge Enrique. *La responsabilidad de los servidores públicos*. Ediciones Doctrina y ley limitada. Bogotá D.C., 2006, P. 292

Entonces, es una responsabilidad que se predica en forma directa del Estado y ello encuentra su fundamento constitucional tanto en el art. 90 como 6 superior, al respecto la Corte Constitucional ha referido²⁴⁸:

“Como es suficientemente conocido, la Constitución de 1991, a diferencia de la anterior, de manera específica se ocupa de la responsabilidad del Estado y, al efecto, establece en él, del artículo 90 que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Esa norma constitucional guarda estrecha relación con el principio de legalidad de la actuación del Estado en cuanto, conforme con el artículo 6 de la Carta, se señala que los servidores públicos son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, responsabilidad que el artículo 124 de la Constitución ordena que se determine por la Ley, que es ésta la que también precise la manera de hacerla efectiva.”

Lo anterior implica que no hay responsabilidad subjetiva del servidor público de manera directa con la víctima derivada de su acción u omisión, sino que el sujeto de la responsabilidad es el Estado, es una responsabilidad de índole institucional que comprende no solo 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, de igual manera, la anterior acepción se aplica cuando se trate de otros órganos autónomos e independientes creados por la Constitución o la Ley para el cumplimiento de las demás funciones a cargo del Estado²⁴⁹

Como se anotó, el Estado podrá demandar la reparación patrimonial en contra del particular que investido de una función pública haya ocasionado en forma dolosa o gravemente culposa la reparación patrimonial de un daño antijurídico bajo la figura del llamamiento en garantía o bajo la acción de repetición, reparación patrimonial declarada mediante una sentencia de condena, una conciliación u otro mecanismo de terminación de un conflicto.

La responsabilidad patrimonial de los servidores públicos es de carácter reparatorio y no sancionatorio, la Corte Constitucional expresó:

248 Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

249 AYALA CALDAS. Op. Cit., p. 287.

“... esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal, ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria”.²⁵⁰

La ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, anterior a la ley 678 de 2001, regula la responsabilidad de los funcionarios que hacen parte de la rama judicial, por su parte la ley 678 de 2001 regula la responsabilidad de los agentes del Estado con un punto de vista general, el art.2 Parágrafo 3º de la ley 678 de 2001 dispone: “*La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*”.

Se deduce entonces que entre la ley estatutaria de la administración de justicia y la ley 678 de 2001, existe una relación armónica y de remisión, es decir, lo que no esté previsto en la ley 678 de 2001, se dilucidará o aclarará con la ley 270 de 1996.

En relación con la responsabilidad patrimonial del servidor público derivada de una relación contractual el art. 2 Parágrafo 1º de la ley 678 de 2001 consagra: “*Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley*.

Para la recuperación del lucro cesante determinado por las contralorías en los fallos que le pongan fin a los procesos de responsabilidad fiscal, se acudirá al procedimiento establecido en la presente ley para el ejercicio de la acción de repetición.

Parágrafo 4º. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario”²⁵¹.

250 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 2000. M.P Antonio Barrera Carbonell.

251 “En suma, la expresión del artículo 211 dice que el delegante no responde por las acciones del delegatario, lo cual no significa que aquel no responde por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la Ley, la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa (C.P. art. 6, 121 y 209).

En este escenario debe entenderse la norma demandada. Cuando en materia contractual el delegante actué con dolo o culpa grave en la producción del daño antijurídico, por el cual el Estado se haya visto obligado a reparar, la delegación no constituye un escudo de protección o de exclusión de responsabilidad para aquel en materia de acción de repetición

5.2.4 • Modalidades para ejercer la acción de repetición: Se han considerado 3 posibilidades de ejercerla, la Corte Constitucional las ha precisado y delimitado de la siguiente manera²⁵²:

“- Una es la acción de repetición que regula el art. 78 del Código Contencioso Administrativo, la cual como se mencionó anteriormente, le permite a la víctima o al perjudicado con el daño antijurídico demandar a la entidad estatal, al agente o ambos, debiéndose establecer la responsabilidad del funcionario durante el curso del proceso. En punto a este mecanismo, en la Sentencia C-430 de 2000 M.P Antonio Barrera Carbonell, que lo declaró exequible, la Corte hizo las siguientes precisiones: 1- Que aún cuando tal mecanismo habilita al afectado para promover la acción resarcitoria contra la entidad, el funcionario o ambos, debe entenderse que “la responsabilidad se ve comprometida siempre que prospere la demanda contra la entidad, o contra ambos”; y 2- Que en caso de prosperar la demanda contra los dos, en el caso del funcionario por haber actuado con dolo o con culpa grave, la sentencia así lo declarara, “pero la obligación de resarcir los perjuicios se impone a la entidad y no al funcionario”, conservando aquella el derecho a repetir lo pagado.

- Otra corresponde al llamamiento en garantía de que trata el art. 217 del Código Contencioso Administrativo, que consiste en la vinculación del funcionario presuntamente culpable, por solicitud de la entidad demandada o del Ministerio Público, e incluso de oficio por el Juez administrativo, al mismo proceso en el que se reclama de aquella su responsabilidad. Siguiendo el mandato contenido en la norma en cita, la jurisprudencia constitucional Sentencia C-484 de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra y contenciosa administrativa Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 27 de agosto de 1993, C.P: Daniel Suárez Hernández y del 6 de octubre de 1994, C.P: Carlos Betancur Jaramillo, han tenido oportunidad de aclarar que el llamamiento en garantía es esencialmente facultativo u opcional....

o llamamiento en garantía, así no aparezca formalmente como el funcionario que vinculo con su firma al Estado en la relación contractual o que lo represento en las diferentes etapas del proceso contractual. Todo lo contrario, si el delegante participo a titulo de dolo o culpa grave deberá ser vinculado en el proceso de acción de repetición o de llamamiento en garantía para que responda por lo que a él corresponda en atención a las circunstancias fácticas de cada situación.

... La norma demandada tampoco desconoce los límites fijados por el artículo 90 de la Constitución, pues, contrario a lo afirmado por los actores, se infiere que ella alude a aquellos eventos en que en materia contractual haya existido dolo o culpa grave del delegante en ejercicio de sus funciones. Tampoco revive modalidad alguna de responsabilidad objetiva ni desconoce la presunción de inocencia que acompaña a los servidores públicos”. Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 15 de mayo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Trivino.

252 Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 2000 M.P Antonio Barrera Carbonell

- Y en último caso está la acción de repetición ordinaria o de repetición propiamente dicha, definida en el art. 2 de la Ley 678 de 2001 como una acción independiente y autónoma, de naturaleza civil y carácter patrimonial, que debe ejercerse contra el servidor público o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a que se condene al Estado a pagar una indemnización... de la definición se extrae que se trata de una acción obligatoria y no facultativa, y que debe ejercerse por el Estado, siempre que concurran los siguientes presupuestos: i)- que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contenciosa administrativa a reparar los antijurídicos causados a un particular, ii)- que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público; y iii)- que la entidad condenada haya pagado la suma determinada por el juez en su sentencia".

5.2.5 PRESUPUESTOS PARA IMPENETRAR LA ACCIÓN EN CONTRA DEL SERVIDOR: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL LAS HA PRECISADO DE LA SIGUIENTES MANERA²⁵³:

Que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contenciosa administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular;

Que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex funcionario público, y

Que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el Juez contencioso en la sentencia de condena.

5.2.6. Definición y conductas de dolo:

La conducta es dolosa cuando el agente quiere o dirige su voluntad de manera consciente hacia la producción o materialización de un hecho, fin ajeno a las finalidades del servicio público.

El art. 5 de la Ley 678 de 2001 consagra una serie de situaciones de las cuales se supone una conducta dolosa.

²⁵³ Corte Constitucional. *Sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño- Rodrigo Escobar Gil.*

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

Obrar con desviación de poder.

- Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
- Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de realidad u ocultamiento de los hechos que le sirven de sustento a la decisión de la Administración.
- Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos danos que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
- Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

5.2.7. Definición y supuestos de configuración de culpa grave: según el art. 6 de la ley 678 de 2001,

“La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:
Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.

Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a las detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

5.2.8 OBJETO: AL RESPECTO HA DICHO LA CORTE CONSTITUCIONAL:

En múltiples pronunciamientos este alto tribunal se ha referido a la acción de repetición prevista en el inciso 2 del art. 90 superior, señalando que la misma constituye el medio judicial (idóneo) que la constitución y la ley otorgan a la

administración pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les hayan causado²⁵⁴

El objeto se traduce en la posibilidad de repetir contra aquel funcionario que por su, conducta dolosa o gravemente culposa, causó un daño antijurídico por el cual el Estado se vio obligado a reparar, por tanto lo que se pretende es buscar el restablecimiento del equilibrio de las arcas públicas que se vio afectado por la acción u omisión de ese agente y cuyo desajuste no está obligado a soportar la comunidad puesto que se estaría con ella premiando la deshonestidad, el desconocimiento y violación de los principios que orientan la función pública y el Estado Social de Derecho y de igual manera, al asumir el Estado una conducta permisiva o tolerante frente al actuar doloso o gravemente culposo de ese servidor, estaría contribuyendo a la proliferación de tales conductas.

5.2.9 OBLIGATORIEDAD DE INICIAR LA ACCIÓN: DE ACUERDO CON EL ART. 4 DE LA LEY 678 DE 2201

“es deber de entidades públicas impetrar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.

El Comité de Conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta”.

Por su parte la ley 734 de 2002 art. 48 numeral 36 o el Código Disciplinario de los Servidores Públicos dispone:

Son faltas gravísimas las siguientes:

- No instaurarse en forma oportuna por parte del representante legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas cuya conducta haya generado la conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado.

254 Corte Constitucional. *Sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Trivino- Rodrigo Escobar Gil.*

- Jurisdicción y competencia: el art. 7 de la ley 678 de 2001 *dispone*: la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición.

En caso de una sentencia de condena: Será competente el *juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo²⁵⁵*.

En caso de conciliación o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos: Cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la Ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el *juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto*.

En caso de funcionarios de alto rango a nivel central y de magistrados de las altas cortes: Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del Despacho, Directores de Departamento administrativo, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Naciones, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar, conocerá privativamente y en única instancia la *Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado*.

Cuando la acción de repetición se ejerza contra miembros del Consejo de Estado, conocerá de ella privativamente en única instancia la *Corte Suprema de Justicia en Sala Plena*.

En caso de ex funcionarios: Se manejan las mismas reglas de competencia, cuando haya lugar a impetrar la acción en contra de altos funcionarios que se hayan desvinculado del servicio, de igual manera se exige que éstos hayan actuado con dolo o culpa grave en el ejercicio de su cargo y que dicha conducta haya dado lugar a que el Estado haya reparado un daño antijurídico.

En caso de pluralidad de implicados: Si la acción se intentara en contra de varios funcionarios, sería competente el juez que conociera del proceso en contra del de mayor jerarquía.

255 AYALA CALDAS. *Op. Cit.*, p. 307.

5.2.10. TÉRMINO O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

El término de caducidad es de dos años contados a partir del día siguiente de efectuado el pago total conforme con el art. 136 numeral 9 del CCA, modificado por el art. 44 de la ley 446 de 1998.

Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas, art. 11 ley 678 de 2001.

No obstante la ley 678 de 2001, estableció un término de seis meses para que la entidad directamente perjudicada la impetrare, ello con la finalidad de no ser permisivos frente a la negligencia de muchos funcionarios que, frente a una sentencia condenatoria u otro mecanismo que implica la reparación patrimonial de un daño antijurídico producto del actuar doloso o culposo de un funcionario, son indiferentes ante tal situación que genera un desequilibrio presupuestal en las arcas del Estado. En razón de lo anterior, el párrafo 2 del art. 8 de la Ley 678 de 2001 dispone que el funcionario competente para impetrar la acción de no hacerlo dentro del término de seis meses se puede ver incursa en una causal de destitución.

El art. 8 de la 678 de 2001, preceptúa que en un plazo no superior a los seis meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitarse la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de conflicto permitida por la Ley.

Nótese que la posibilidad de impetrar la acción de repetición contra el funcionario solo surge cuando la administración o entidad competente haya pagado la totalidad de la suma obligada a reparar, ello no debe confundirse con la posibilidad de que la administración en el curso de la acción de reparación ejerza el llamamiento en garantía ante el supuesto de una conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario; no implica que, al declararse responsable al funcionario, sea él en primera instancia el llamado a reparar los daños causados a la víctima ya que la responsabilidad del Estado es directa, es decir, el Estado responde por los daños antijurídicos causados y que le sean imputables, además la praxis indica que la acción de reparación se ejerce contra el Estado porque es éste el que goza de la capacidad de pago y una vez pague su obligación,

demandara la reparación patrimonial del funcionario que ya se encuentra previamente declarada en un acto de economía procesal.

Con anterioridad a la expedición de la ley 678 de 2001 se manejaba un término de 2 años para impetrar la acción contados a partir del día siguiente de efectuado el pago total de la obligación, art. 136 numeral 9 del CCA, modificado por el art. 44 de la ley 446 de 1998.

5.2.11. LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

De acuerdo con el art. 8 de la Ley 678 de 2001, si no se iniciase la acción de repetición en el término (6 meses) y por la entidad facultada podrá ejercitarse la acción de repetición:

El Ministerio Público.

El Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de defensa judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional.

Cualquier persona podrá requerir a las entidades legitimadas para que instauren la acción de repetición; la decisión que se adopte se comunicará al requeriente.

5.2.12. DESISTIMIENTO

De acuerdo con el art. 9 de la ley 678 de 2001, ninguna de las entidades legitimadas para imponer la acción de repetición podrá desistir de ésta. Precisamente por el objeto o fin de la acción.

5.2.13 LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Figura procesal que en materia administrativa se maneja en los procesos de reparación directa, contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, en estos procesos la entidad pública directamente perjudicada o el ministerio público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente del cual se predique prueba sumaria de su responsabilidad por atribuirsele una actuación u omisión dolosa o gravemente culposa, con el objeto de que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario (art. 19 ley 678 de 2001)

La entidad pública no podrá llamar al agente en garantía si dentro del mismo proceso propuso las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, art. 19 ley 678 de 2001, lo anterior no impide que de ser declarada la entidad a reparar el daño antijurídico causado a la víctima o perjudicado y sea ese daño la consecuencia de un actuar doloso o gravemente culposo del agente pueda iniciar de forma autónoma la acción civil de repetición en contra del funcionario, conforme con el art. 90 inciso 2 de la C.P.²⁵⁶.

En caso de concurrencia de culpas, la Corte Constitucional ha expresado que hay lugar a realizar el llamamiento en garantía del agente en proporción a su grado de culpabilidad o responsabilidad, al respecto ha argumentado²⁵⁷:

“... la imposibilidad de la administración de llamar en garantía solamente aplica “si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor” con lo cual la norma está dejando a salvo la posibilidad de recurrir a ese mecanismo de repetición cuando el Estado considere que se ha presentado el fenómeno de concurrencia de culpas.”

La figura del llamamiento en garantía en materia de derecho administrativo difiere de la prevista en los art. 56 y 57 del CPC en aspectos que la tornan como una figura peculiar o sustancial que la diferencian sustancialmente de la acepción general con un punto de vista de la calidad del sujeto llamado en garantía, del fin de dicho llamamiento y de la forma como se materializa la responsabilidad del llamado, al respecto el Consejo de Estado ha referido²⁵⁸:

La especialidad de la figura radica, inicialmente, en el sujeto susceptible de ser llamado en garantía, pues el mismo es calificado, al exigirse que sea *un agente o ex agente del Estado*. En el llamamiento en garantía aplicado por esta jurisdicción, bajo las directrices del ordenamiento civil, la intervención del sujeto llamado en garantía no se establece con relación a su calidad, sino al vínculo existente entre éste y una de las partes del proceso. (Negrilla fuera de texto).

Sin embargo, la particularidad de la institución se revela en el objeto de la misma, pues tal como lo ordena el artículo 19 de la ley 678 de 2001, el llamamiento se profiere para determinar, conjuntamente, la responsabilidad de la Administración y de sus agentes, dentro de los procesos de responsabilidad emprendidos en contra del Estado.

256 Corte Constitucional. *Sentencia C-965 de 21 de octubre de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.*

257 *Ibid.*

258 *Consejo de Estado. Auto de 5 de marzo de 2004. C.P. Ramiro Saavedra Becerrra.*

De esta manera la sala advierte que el llamamiento en garantía con fines de repetición, hace alusión directa a los hechos y derechos debatidos en un proceso de responsabilidad en contra del Estado, por lo que se aleja de lo dispuesto para el llamamiento en garantía previsto en el Código de Procedimiento Civil, donde, como requisito de procedibilidad, prevalece la relación entre alguna de las partes y el tercero interveniente.

En cuanto a la prueba o certeza que se le exige a la administración en el momento de proceder a ser uso de la figura del llamamiento en garantía el consejo de Estado ha expresado²⁵⁹:

“Frente a las consideraciones del Tribunal de Antioquia, se observa que si bien las reglas procesales civiles exigen prueba sumaria que acredite el vínculo legal o contractual entre la parte que efectúa el llamamiento y el llamado en garantía, la sala ha estimado que dicha prueba no es necesaria en el caso de llamamiento en garantía de agentes estatales.

Esta tesis se sostiene en el hecho de que el vínculo que permite el llamamiento de agentes estatales es de tipo legal, el cual nace la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal que lleva a una posible condena en contra de la entidad demandada. Al necesitarse probar un aspecto subjetivo del llamado en garantía, la prueba de su conducta se torna en una labor de demostración de su fuero interior, situación imposible de ser evidenciada sumariamente. En este orden de ideas, se verifica que la prueba sumaria de la conducta del agente llamado en garantía es casi imposible, convirtiéndose la demostración de tal conducta en el objeto del llamamiento.”

De lo anterior, se infiere que a la administración no se le exige una prueba irrefutable o plenamente conducente de la responsabilidad del funcionario, se considera que la sola afirmación de la presunción de una conducta del agente a título de dolo o culpa grave para ser probado en el proceso es suficiente.

El llamamiento en garantía procede hasta antes de finalizar el período probatorio. En los casos en que se haga llamamiento en garantía, éste se llevará en cuaderno separado y paralelamente al proceso de responsabilidad del Estado, art. 20 de la ley 678 de 2001.

Conciliación. El art. 21 de la ley 678 de 2001 dispone: “Cuando en un proceso de responsabilidad estatal se ejercite el llamamiento en garantía y éste termine

259 *Ibid.*

mediante conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos, el agente estatal llamado podrá en la misma audiencia conciliar las pretensiones en su contra. Si no lo hace, el proceso del llamamiento continuará hasta culminar con sentencia, sin perjuicio de poder intentar una nueva audiencia de conciliación, que deberá ser solicitada de mutuo acuerdo entre las partes.”

La Corte Constitucional ha señalado²⁶⁰:

“En ese orden de ideas, si se concilia con respecto a la pretensión patrimonial ejercida contra el Estado, no se extingue por ello la acción de repetición ejercitada por éste contra el servidor público que hubiere procedido con dolo o culpa grave y dado origen con su conducta a aquella pretensión y, en tal caso, lo que se ajusta a la Constitución es la continuidad del proceso para que se resuelva con respecto a la obligación del llamado en garantía de rembolsar al Estado, así termine la otra pretensión en virtud de la conciliación”.

Condena. El art. 22 de la ley 678 de 2001, preceptúa: “En la sentencia que ponga fin al proceso de responsabilidad en contra del Estado, el juez o magistrado se pronunciará no sólo sobre las pretensiones de la demanda principal sino también sobre la responsabilidad del agente llamado en garantía y la repetición que le corresponda al Estado respecto de aquél.

Cuando el proceso principal termine anormalmente, mediante conciliación o cualquier forma de terminación de conflictos permitida por la ley, se seguirá el proceso de llamamiento”.

Lo anterior indica que si el proceso termina de forma anormal, es decir no, por sentencia de fondo sino por un mecanismo alternativo de solución de conflictos y se ha llamado en garantía al funcionario del Estado, resolviéndose solo la responsabilidad patrimonial del Estado, se deberá continuar con el proceso para determinar la responsabilidad que se presume frente al funcionario, en tanto que, en una sentencia de fondo, el juez se pronuncia frente a la responsabilidad patrimonial de la administración y del funcionario llamado en garantía, luego el principio de economía procesal logra su cometido en un menor tiempo de desgaste del aparato judicial.

Medidas cautelares: de acuerdo con el art. 23 de la ley 678 de 2001: “En los procesos de acción repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro según las reglas del Código de Procedimiento Civil. Igualmente,

260 Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

se podrá decretar la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro. Para decretar las medidas cautelares, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado."

La anterior disposición tiene un doble propósito, de un lado garantizar el reembolso del daño antijurídico lo pagado por la administración como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente y de otro lado, tiene como objeto garantizar los perjuicios que se le puedan causar a ese funcionario con el decreto y práctica de las medidas cautelares en caso de que no sea posible la prueba o constatación de su actuar doloso o gravemente culposo. *Oportunidad para las medidas cautelares.* El art. 24 de la ley 678 de 2001 dispone: "La autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, *antes de la notificación del auto admisorio de la demanda*, decretará las medidas de inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro, embargo y secuestro de bienes, que se hubieren solicitado".

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

A
p

- 1- *¿Cuáles son las características de la acción de repetición?*
- 2- *¿Cuáles son las modalidades para ejercer la acción de repetición?*

AUTOEVALUACIÓN

A
e

- 1- *Resuelva el siguiente caso: La dirección administrativa del Senado de la República suscribió un contrato de suministro de implementos informáticos con la firma CARDILAG COMPUTADORES S.A., el día 23 de mayo de 2002 por la suma de \$136.000.000.oo el objeto contractual debía ser cumplido a cabalidad en un término de tres meses, con dicha firma el Senado ya tenía varios años de contratar, el 21 de marzo cuando CARDILAG debía entregar el primer paquete de insumos el supervisor advirtió unas irregularidades en las marcas de los productos, al parecer no eran originales pues se encontraban averiadas, él informó de tales hechos al Jefe de la Dirección Jurídica y una vez llamaron al representante de CARDILAG éste dijo que sentía lo ocurrido, que eran solo 20 productos los que presentaban alteración pero que él lo iba a remediar, hasta ese momento la suma entregada en el primer paquete ascendía a \$65.00.000.oo de los cuales el Senado solo había cancelado el 50% , CARDILAG pasó la factura*

Ae

de cobro pero no le pagaron oportunamente, el Jefe del área de Jurídica no dispuso tomar medidas del caso como declarar la caducidad del contrato, o la liquidación-terminación unilateral del mismo, el 15 de junio CARDILAG pese a que le debían el saldo de la factura entregada se dispuso a entregar los implementos restantes y los que reemplazaban a los que habían resultados falsos, el supervisor aceptó los productos entregados por cumplir con los requisitos, CARDILAG pasó la factura de cobro en la cual se liquidaba con base en el saldo pendiente y el actual pero no le cancelaron la suma.

CARDILAG interpuso demanda el 14 de julio de 2002 ante el Tribunal Contencioso de Cundinamarca por incumplimiento de contrato, la sentencia calendada 15 de mayo de 2006 y notificada el 27 del mismo mes y año ordenó al Senado de la República cancelar a CARDILAG COMPUTADORES S.A el valor de la factura adeudada más los intereses respectivos y agregó en los considerandos que fue un error no haber declarado la liquidación o terminación o caducidad del contrato por parte del Senado de la República.

A su oficina de Abogado, va el actual Jefe de la Dirección de Conciliación del Senado de la República solicitándole se sirva expedir un concepto en relación con:

- *La posibilidad de repetir contra el Jefe del Departamento Jurídico de aquel entonces y contra el Jefe de la Dirección administrativa para la fecha de los hechos.*
- *Se puede hablar de dolo o culpa grave de los servidores citados.*
- *Se configuran los requisitos para instaurar una acción de repetición contra ellos.*

JURISPRUDENCIA

J

Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 2000 M.P Antonio Barrera Carbonell

Se hace énfasis en la importancia de esta jurisprudencia debido a que trata de manera detallada las modalidades que el ordenamiento jurídico en materia de repetición consagra para impetrar la acción en contra del agente del Estado, diferenciándolas y estableciendo sus límites, presupuestos.

J

Consejo de Estado. Sentencia de 10 de noviembre de 2005, radicado 26.977, M.P Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Auto de 5 de marzo de 200^a, sección tercera. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Auto de 5 de marzo de 2004. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 15 de mayo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño- Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño- Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-965 de 21 de octubre de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

B

AYALA CALDAS, Jorge Enrique. La responsabilidad de los servidores públicos. Ediciones Doctrina y ley limitada. Bogotá D.C., 2006.

Esta obra, se trae a colación en razón del tratamiento detallado que realiza sobre la materia objeto de esta unidad, de igual manera, realiza una compilación jurisprudencial de los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto.

**Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda.
Diciembre de 2007**