

**LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO**

SYDNEY KRISTINA GIRALDO FORERO
ANDRÉS MAURICIO RÚA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2014

**LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO**

SYDNEY KRISTINA GIRALDO FORERO
ANDRÉS MAURICIO RÚA

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Asesor Temático y Metodológico
LAURA MARCELA HOLGUÍN
Abogada

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2014

Nota de Aceptación

Firma del asesor técnico y metodológico

Medellín, 29 de octubre de 2014

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres, a quienes a pesar de su ausencia, siempre serán protagonistas de cada uno de mis triunfos. Los amo con el alma y daría mi vida entera por tenerlos a mi lado.

En igual sentido, dedico este trabajo a quien alumbró en mí este amor por el derecho, y me enseñó que esta disciplina se puede amar con el goce mismo de la pasión más profunda.

Sydney Kristina Giraldo Forero

Dedico este trabajo a mi madre que siempre ha sido mi motor y mi fuerza para salir adelante con mis proyectos

Andrés Mauricio Rúa

AGRADECIMIENTOS

Los agradecimientos están dirigidos a todas las personas que hicieron posible la realización exitosa de esta investigación, principalmente agradecemos a Dios y a la Virgen María que gracias a ellos, pudimos guiar nuestras vidas cada día, y culminar esta tesis; a nuestros padres por su amor, y apoyo incondicional; a la doctora Laura Marcela Holguín asesora de tesis por su paciencia y colaboración en la realización de este trabajo.

También agradecemos a los docentes de la Universidad Autónoma Latinoamericana por los conocimientos compartidos y enseñados para nuestro desarrollo profesional.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	10
2. JUSTIFICACIÓN	14
3. OBJETIVOS	17
3.1 GENERAL	17
3.2 ESPECÍFICOS	17
4. METODOLOGÍA	18
4.1 TEMÁTICA Y CONCEPTUAL	18
4.2 NORMATIVA	18
4.3 ESPACIAL	18
4.4 TEMPORAL	18
5. MARCO TEÓRICO	19
6. CAPÍTULO I: EL DAÑO ANTIJURÍDICO	35
6.1 TÍTULO I: LA DEFINICIÓN QUE SE TIENE DEL CONCEPTO DAÑO ANTIJURÍDICO EN LOS DIFERENTES ESTAMENTOS JURÍDICOS	35
6.1.1 El daño visto desde la Constitución Política	35
6.1.1.1 El Estado Social de Derecho	36
6.1.1.2 El principio de igualdad.	37
6.1.1.3 La prevalencia del interés general y el principio de solidaridad	39
6.1.1.4 La garantía integral del patrimonio de los ciudadanos.	40
6.1.2 El daño visto desde la Ley	41
6.1.3 El daño visto desde la Doctrina	43
6.1.4 El daño visto desde la Jurisprudencia	47

6.2 TITULO II: LA POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO DESDE LA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y SUS ELEMENTOS	49
6.2.1 La aproximación al concepto del daño antijurídico desde sus elementos	49
6.2.2 El primer elemento es una entidad estatal	51
6.2.3 Hace parte de esta categoría un servidor público o particular que desempeñe funciones públicas	52
6.2.4 Los funcionarios y particulares con función pública se encuentran en cumplimiento de un deber legal	53
6.2.5 La presencia de la conducta u omisión que no genere un daño antijurídico	54
7. CAPÍTULO II	55
7.1 TÍTULO I: LA DEFINICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DESDE SU APROXIMACIÓN AL CONCEPTO EN DIFERENTES ESTAMENTOS	55
7.1.1 La definición de responsabilidad patrimonial establecida en la Constitución Política	55
7.1.1.1 La definición de responsabilidad patrimonial establecida en la Ley	57
7.1.1.2 La definición de responsabilidad patrimonial establecida en la doctrina	57
7.1.1.3 La definición de responsabilidad patrimonial establecida en la jurisprudencia	59
7.2 TITULO II: LA AFECTACIÓN A LA ECONOMÍA COLOMBIANA POR LA OMISIÓN DE POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO	60
7.2.1 Estudio realizado por Néstor Raúl Correa	60
7.2.1.1 Estudio que realiza Andrés Fajardo y Camilo Guzmán	62
7.2.1.2 El informe del año 2013 realizado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	63
8. CAPÍTULO III	65
8.1 TITULO I. LAS MEDIDAS DE ACTUACIÓN Y PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO QUE PUEDEN IMPLEMENTARSE PARA EVITAR UN DESGASTE SIGNIFICATIVO EN EL PRESUPUESTO ESTATAL POR CONCEPTO DE PAGO DE SENTENCIAS Y CONDENAS JUDICIALES	65
8.1.1 Las medidas desde la validez en la prevención de daño antijurídico	66

8.1.1.1 Las medidas desde la tutela efectiva de los derechos del ciudadano en la prevención del daño antijurídico.	67
8.1.1.2 Las medidas desde la actuación oportuna y eficiente de las entidades estatales es política de prevención del daño antijurídico	69
9. CONCLUSIONES	72
BIBLIOGRAFÍA	74

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo investigativo pretendemos determinar cuáles son las medidas de actuación y prevención del daño antijurídico que las entidades públicas pueden adoptar con la finalidad de disminuir la afectación al erario público.

Lo anterior, teniendo presente que según la investigación realizada se pudo evidenciar que en la actualidad, Colombia presenta un crecimiento exponencial en cuanto a erogaciones por concepto de condenas y sentencias judiciales. Todo ello con ocasión de la responsabilidad patrimonial que se le imputa al Estado como consecuencia de la actuación de sus agentes públicos.

Es por lo anterior, que se pretendió, dentro del trabajo investigativo, contextualizar el concepto de responsabilidad patrimonial analizando sus elementos, sus modalidades, el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia con respecto a la temática en cuestión; en igual sentido, se hace un estudio sobre la existencia o no de políticas de actuación tendientes a una prevención del daño antijurídico; para finalmente, diseñar parámetros de prevención desde la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y desde la actuación oportuna y eficiente de las entidades públicas.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Para describir el asunto de investigación objeto de esta monografía, anotaremos inicialmente que la “*responsabilidad patrimonial del Estado*” dejó de ser un asunto de tratamiento exclusivo por la Doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y se convirtió, con la expedición de la Constitución de 1991, en una cláusula de rigurosa descripción en cuanto a sus elementos configurativos se trata. Veamos:

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

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

Esta descripción normativa, introduce la denominación “daño antijurídico” como una forma de darle paso a la responsabilidad objetiva del Estado, razón por la cual resulta importante abordar este concepto extrayendo una de las múltiples definiciones que al respecto se han dado y que será bastante útil para el desarrollo de esta investigación, para posteriormente analizar esta figura jurídica desde el alcance que a la misma se le ha dado en el sistema de responsabilidad colombiano.

Así las cosas, Leguina¹, define esta categoría de análisis así: un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada ,por imperativo explícito del ordenamiento ,a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica.

¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. (s.l): Editorial Temis. Cita de J.M. de la Cuetara. La actividad de la administración. Editorial Tecnos, p. 554

Con respecto a su alcance, esta institución de la responsabilidad si bien no resulta suficiente para radicar la obligación indemnizatoria en cabeza del Estado, es una condición que ha generado que los estándares de condena a las entidades públicas se estén incrementando rápidamente, si tenemos en cuenta que la aplicación del principio constitucional de solidaridad en los eventos indemnizatorios, representa un costo bastante considerable para las entidades públicas y realmente garantista para la víctima.

Tenemos entonces que este fenómeno jurídico asociado a la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias en contra del Estado, que ha dejado como consecuencia el detrimento del patrimonio público, debe analizarse desde las medidas emprendidas por la administración pública encaminadas a prevenir la producción del daño antijurídico, ya que es de suma importancia abordar esta problemática económica.

Traemos, el informe de gestión del año 2013 de la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado² que señala “El impacto fiscal que se ha generado merece de urgencia la adopción de políticas encaminadas a la prevención del daño antijurídico”. Siendo aún más evidente, en este informe la entidad manifestó que analizado el comportamiento del rubro destinado al pago de sentencias y conciliaciones, sus adiciones y la asignación de las apropiaciones presupuestales, se observa que los desembolsos realizados por las Entidades Públicas del orden nacional han tenido un crecimiento exponencial del 432% entre el año 2000 y 2012, — de \$ 219.000 millones en 2000 a \$ 1.165.347 millones en 2012 —.

² UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Informe de gestión enero a diciembre de 2013. Adriana María Guillén Arango Directora General. Disponible en: <http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes-gestion/Paginas/default.aspx> fecha de consulta 23 de octubre de 2014

Es por consiguiente, que teniendo en cuenta estas cifras, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado estimó en su estudio ,que en el último año la Nación alcanzó un pico histórico bastante elevado, del orden de \$ 1.19 billones de pesos. Tan solo entre el 2011 y el 2012 los pagos realizados se incrementaron en un 40%. En el año 2000 se cancelaron alrededor de \$ 201.032 millones, para el 2013 se tienen previstos \$ 1.07 billones; de los cuales han sido cancelados hasta el mes de agosto \$ 565.158 millones, equivalentes a una ejecución del 53%.

En síntesis, el informe concluye que en materia de contribución anual promedio de los sectores frente al pago de sentencias y conciliaciones durante los últimos trece años, se tiene el siguiente comportamiento: Seguridad y Defensa 51%, Transporte 14.7%, Justicia el 8.4%, Hacienda 5.5% y Fiscalía 4.7%.

En este punto, y después de abordar este panorama tan nefasto, es importante diseñar un modelo de actuación que consulte una política de prevención del daño antijurídico orientada a la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la protección del erario público.

A propósito de esto último, el artículo 90 de la Constitución Política será el lineamiento que servirá de fundamento para la formulación del modelo de actuación y prevención que nos ocupa en esta oportunidad, partiendo desde los elementos que constituyen el juicio de responsabilidad (hecho dañoso, imputación, daño antijurídico), hasta llegar a la acción de repetición, con el fin de facilitar una herramienta jurídica que permita a los servidores públicos cumplir su labor sin incurrir en irregularidades en la prestación de los servicios a su cargo.

En efecto, la intervención directa o indirecta del servidor público es un factor incidente al momento de realizar el juicio de responsabilidad al Estado, autores

como Ordoqui y Olivera³ lo han reiterado al hablar de la teoría de la prevención, manifestando sobre el particular, que quien con visión segura calcula las posibilidades de un buen o mal éxito pensando fría y exactamente los diferentes factores, incluso la posibilidad de accidentes, debe necesariamente garantizar su decisión.

De lo anterior, puede colegirse que la política de actuación y prevención que deberán emplear las entidades públicas debe lograr anticiparse a la materialización del daño antijurídico, para que efectivamente disminuyan los altos índices de condenas en contra suya, el desgaste del patrimonio público y el emprendimiento de acciones de repetición contra los servidores públicos que en la mayoría de eventos es infructuosa.

El problema jurídico a resolver consistirá entonces en determinar: ¿cuáles son las medidas de prevención del daño antijurídico que pueden adoptar las entidades públicas con el fin de evitar la responsabilidad patrimonial del Estado

³ ORDOQUI, Gustavo y OLIVIERA, Ricardo. Derecho extracontractual. Compendio de Responsabilidad extracontractual. Vol. 2. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1974

2. JUSTIFICACIÓN

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se introdujo al sistema de responsabilidad del Estado Colombiano el concepto de daño antijurídico⁴ como uno de los requisitos que deberá probar quien sufre una afectación en su haber jurídico, es decir, como un elemento necesario pero no suficiente para que surja en cabeza del Estado la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del detrimento aludido.

En la actualidad, el Estado Colombiano por concepto de conciliaciones y condenas ha alcanzado un déficit fiscal significativo hasta el punto de que quienes se han visto beneficiados por este fenómeno jurídico solo consiguen el pago efectivo del monto de la indemnización unos años más tarde, y en muchos eventos haciendo uso del mecanismo ejecutivo para tal efecto. Del Estudio de la agencia nacional para la defensa jurídica del estado realizado en agosto 2013, se desprende que de los últimos 11 años la obligación indemnizatoria en cabeza del Estado ha sido exponencial llegando a un guarismo alarmante del 432%⁵, cifra que tiende a crecer aceleradamente.

De lo dicho, puede evidenciarse entonces, que el Estado Colombiano ha venido soportando una gran carga económica por la afectación al patrimonio público, en razón a las magnas sumas de dinero que se han desembolsado y que aún se adeudan, sin contar que este es solo un rubro económico de los muchos en los cuales el Estado debe invertir y maximizar los recursos públicos.

⁴ Cabe aquí anotar lo que al respecto dice GARCÍA DE ENTERRÍA: “Para que exista una *lesión* en sentido propio no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea *antijurídico*, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya notamos, del surgimiento de la obligación reparatoria”. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo. II. (s.l): Editorial Thomson, p. 378

⁵ *Ibíd.*, p. 10.

En nuestro sentir, esta situación jurídica y económica por la cual atraviesa actualmente el Estado Colombiano debe comenzar a cambiar positivamente desde el diseño y la consecución de políticas públicas por parte de las entidades oficiales, a través de las cuales se garanticen la ejecución oportuna de los servicios públicos y la disminución de la generación de riesgos en la sociedad y la producción de daños antijurídicos.

De esta manera, la adopción e implementación de un modelo de actuación fundamentado en una política pública efectiva, permite reducir gradualmente la pérdida de los recursos públicos, siempre y cuando esta labor esté orientada a la prevención del daño, más que a la forma de reparación del mismo.

En línea de lo expuesto, es de carácter imperativo anotar que los lineamientos para la solución de esta problemática deben comenzar por el fortalecimiento de los procesos de planeación, la oportuna detección de las debilidades institucionales, el manejo de la información, la preparación para la toma de decisiones, la contratación misma y la implementación de mecanismos eficientes soportados en los procesos internos. Pensamos que con estas herramientas se podrán reducir en gran medida, los riesgos a los que se encuentra expuesto el erario público.

En razón de lo anterior, cavilamos que en Colombia se requiere con urgencia la implementación de políticas de prevención del daño antijurídico por parte de las entidades públicas, que estén dirigidas a detectar y mejorar las irregularidades que se presentan desde el momento en que se inicia la actuación administrativa; para evitar la afectación de los intereses legítimos de los particulares y del conglomerado social, pues de ocurrir, la obligación indemnizatoria en cabeza del Estado será ineludible.

En este escenario, podríamos afirmar que si se garantiza un filtro sólido para que el agente público despliegue su labor, se frustrarían sustancialmente las pretensiones económicas con fines indemnizatorios.

Así las cosas, nuestra propuesta de investigación va dirigida a determinar cuáles son las medidas de prevención del daño antijurídico que pueden adoptar las entidades públicas con el fin de evitar la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes públicos derivada del ejercicio de la acción de repetición.

Sobre esta base, nuestro trabajo investigativo se traduce en una herramienta para que las entidades públicas, así como los agentes del Estado puedan orientar el ejercicio de las labores cotidianas que demanda la prestación eficiente oportuna y razonable de los servicios públicos.

3. OBJETIVOS

3.1 GENERAL

Determinar cuáles son las medidas de actuación y prevención del daño antijurídico que pueden adoptar las entidades públicas con el fin de evitar la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano

3.2 ESPECÍFICOS

- Contextualizar el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado, sus elementos y las modalidades en que se presenta.
- Indagar el panorama actual de las entidades del Estado, con respecto al pago de conciliaciones y sentencias.
- Estudiar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se tiene en relación al concepto prevención del daño antijurídico.
- Determinar si en la actualidad las entidades públicas tienen y desarrollan una política de actuación y prevención del daño antijurídico y en qué grado se están logrando los objetivos previstos en las mismas.
- Diseñar parámetros de actuación y prevención del daño antijurídico desde la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos y la actuación oportuna y eficiente de las entidades públicas.

4. METODOLOGÍA

4.1 TEMÁTICA Y CONCEPTUAL

El problema que nos ocupa consiste en diseñar y formular medidas de actuación y prevención del daño antijurídico en el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano a través de sus agentes, a efectos de determinar si con la adopción de las mismas se disminuye el número de condenas y conciliaciones en contra de éstos y mejora en términos de calidad y oportunidad la prestación de los servicios públicos.

4.2 NORMATIVA

La regulación jurídica de la cual partiremos para llevar a cabo nuestro trabajo de investigación es la contenida esencialmente en los artículos 2, 4, 6 y 90 de la Constitución Política de 1991, artículo 63 del Código Civil, Ley 678 de 2001 y la Ley 1437 de 2011.

4.3 ESPACIAL

El trabajo investigativo se encuentra delimitado geográficamente en Colombia.

4.4 TEMPORAL

El periodo de investigación está comprendido desde la Constitución de 1991, teniendo en cuenta los cambios presentados con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, hasta el año 2013 fecha en la cual la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado presentó su último informe de gestión.

5. MARCO TEÓRICO

Para el desarrollo de nuestro trabajo investigativo, es menester enfocarnos en dos ejes fundamentales de análisis, siendo el primero de ellos el daño antijurídico como un elemento preponderante en el sistema de responsabilidad, que exige el cumplimiento de condiciones por parte de la entidad pública a la cual es atribuible el hecho productor de la consecuencia dañina y el particular quien pretende la indemnización por la afectación de su haber jurídico y el segundo la responsabilidad patrimonial del Estado como la situación jurídica de la cual se desprende la afectación negativa del erario público.

Tomando en cuenta estas categorías de análisis previamente identificadas, procederemos a realizar el análisis de cada una de ellas, para de manera lógica y sistemática referirnos a los conceptos que serán nuestro objeto de estudio.

Así las cosas, iniciaremos nuestro estudio desde el concepto de daño antijurídico. Con respecto a este término es indispensable precisar que su consagración entraña la lectura del artículo 90 de la Carta Constitucional, cláusula general de competencia que abrió camino de forma expresa al régimen de responsabilidad objetiva del Estado.

Al unísono, el destacado jurista y académico Enrique Gil Botero⁶, ha anotado en reiterados pronunciamientos en relación con este artículo que esta consagración *“no es más que una mera consecuencia de la filosofía que traza la Carta Política, circunscrita por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la equidad, el Estado social de derecho”*.

⁶ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Quinta edición. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS, p. 20. Agosto 10 de 2010

Frente a esta concepción, la Corte Constitucional ha entendido que la expresión “*daño antijurídico*” como fundamento del deber de reparación estatal, se encuentra en armonía con los principios y valores propios de un Estado social de derecho, ya que al Estado le corresponde la salvaguardia de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia administración⁷.

La doctrina por su parte, hace un análisis del daño antijurídico partiendo del estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, máximo Tribunal que desde un destacado pronunciamiento del 31 de octubre de 1991⁸, hasta nuestros días, ha venido desarrollando el pensamiento de la doctrina española y es enfática en establecer que el daño antijurídico no es definido por la norma y que en consecuencia, debe indagarse sobre el alcance del concepto.

Dicho lo anterior, es pertinente traer a colación la doctrina expuesta por el jurista Antioqueño Javier Tamayo Jaramillo⁹, quien sobre el particular, ha sentado una posición crítica en cuanto a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El mencionado tratadista al respecto, ha sostenido que la doctrina española no debe ser aplicada de manera categórica en Colombia, esto teniendo presente que el artículo 90 de la Constitución Política hace referencia a que el Estado deberá responder por los daños antijurídicos que le sean imputables y que se causen por la acción u omisión de las autoridades públicas.

⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C – 043 de 2004.M.P. Marco Gerardo Monrroy Cabra

⁸ “*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 o principal resarcimiento*”. Sentencia del Consejo de Estado de 31 de octubre de 1991, M.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, exp. 6515.

⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS, p. 15. Año 1997

Así las cosas, la doctrina española -en su sentir-, no incluye dentro de su estudio el término omisión, motivo por el cual, considera el tratadista que no es pertinente que se enfoque el artículo 90 constitucional desde la relación absoluta con la doctrina española, porque tal acoplamiento conlleva a la conclusión de una responsabilidad objetiva, la cual desvirtúa el análisis culpabilista que debe hacerse desde el término omisión que consagra la Constitución de 1991. Pensamiento sobre el cual debemos advertir que ,si bien es cierto con la consagración del término aludido se ha inspirado la procedencia del régimen objetivo en Colombia, esto no indica que de suyo se haya morigerado en todos los eventos el examen del elemento subjetivo como lo es la culpa dentro de las actuaciones que adelanten las entidades públicas.

En este punto, es pertinente hacer referencia a lo expuesto por el doctor Luis Eduardo Mesa Nieves¹⁰ cuando expone que: *“desde el punto de vista histórico, en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente se observa la intención de plasmar en la normatividad constitucional la noción de daño antijurídico que es tomada a su vez del artículo 106 de la Constitución Española^{11”}.*

Por otro lado, el doctor Jorge Pérez Villa ,sobre el particular ,expresa que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró lo atinente a la responsabilidad del Estado, teniendo presente la idea de daño antijurídico, el cual define como la conducta ilegal o irregular de la administración pública¹². Posición que no compartimos por la confusión terminológica que se suscita entre lo que puede entenderse por conducta antijurídica y daño antijurídico ,conceptos que al interior de la responsabilidad administrativa no son asimilables, pues recordemos

¹⁰ MESA NIEVES. Luis. La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 22.

¹¹ Los particulares en los términos establecidos en 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.

¹² PÉREZ VILLA, Jorge. Responsabilidad Estatal y Acción de Repetición. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, p. 12 Año 2003

que la responsabilidad patrimonial del Estado no surge únicamente por el proceder anormal o defectuoso, sino también por la consecución de fines lícitos.

Desde la perspectiva jurisprudencial, tenemos que frente al concepto de daño antijurídico, la Corte Constitucional ha indicado que el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Afirma que esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva¹³.

Dentro del anterior perfil, también se ha pronunciado el doctor Luis Eduardo Mesa Nieves, quien con respecto al término que venimos tratando, determina que la noción de daño parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales, y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo¹⁴.

En igual sentido - y en nuestro sentir bastante acertado-, el tratadista Luis Alfonso Botero Chica, señala con respecto a ésta categoría de análisis, que configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde está implícita la causalidad, el Juez debe intervenir frente a este dato objetivo para imprimirle

¹³ *“Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”.* Sentencia C – 333 del 1 de agosto de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, exp. D – 1111.

¹⁴ MESA NIEVES, Op. Cit., p. 18

contenidos valiosos o disvaliosos; pero que tal intervención no se trata de valorar la conducta, sino de establecer si quien padece el daño debe soportarlo o no¹⁵.

En este punto, vale la pena exponer la doctrina que el doctor Enrique Gil Botero ha plasmado con relación al elemento daño, quien resalta el papel fundamental y prioritario de este último afirmándolo como estructurador del deber resarcitorio.

Así las cosas, el mencionado tratadista expone que en términos del artículo 90 de la Constitución Política, lo más adecuado es que el Juez aborde en primera medida el estudio y examen del daño antijurídico. Exterioriza lo anterior, en la idea de que este estudio deberá ser precedente, pues, no puede abordarse un análisis de la imputación al Estado, sin haber descartado la existencia o no del daño mismo.

Entendemos así entonces, que el Estado como institución jurídico-política, eventualmente puede ser titular de la obligación indemnizatoria, cuando se verifique la ocurrencia de un daño antijurídico producto de un hecho- acción u omisión- en términos de licitud o con ausencia de esta y que por lo tanto sea atribuible a una entidad pública de forma anónima y posteriormente y cuando sea posible a un agente del Estado, siempre y cuando este último haya obrado de forma dolosa o gravemente culposa.

De lo hasta acá expuesto, queda claro que el concepto de “daño antijurídico” no se ha definido de forma unánime en el ordenamiento jurídico Colombiano, sin embargo, esto no implica que al respecto no se haya realizado un análisis bastante comprometido de este concepto y que acertadamente se efectúen

¹⁵ BOTERO CHICA, Luis. Elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado. En: MOLINA BETANCUR, Carlos. Aspectos novedosos de la contratación estatal y de la responsabilidad del Estado. Editorial Universidad de Medellín. 2011, p. 63.

precisiones con respecto a su alcance en el sistema de responsabilidad del Estado.

Para analizar la segunda categoría que se esbozó dentro del inicio del marco teórico, iniciaremos por contextualizar la responsabilidad patrimonial, que constituye el término subsiguiente a tratar en el desarrollo de nuestra investigación.

Para hablar de responsabilidad patrimonial, es necesario hacer referencia a los dos elementos de la norma constitucional que se viene analizando. Como se expuso previamente, el daño antijurídico es el primero que se consagra cuando se pretende hacer un estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado; al respecto, es importante establecer que éste por sí solo no genera tal obligación indemnizatoria, toda vez que para que se predique la misma es indispensable que al daño se conjugue con un juicio de imputación.

Así las cosas, expone el doctor Luis Alfonso Botero Chica que uno de los cambios más importantes introducidos por el artículo 90 de la Constitución Política consiste en el reconocimiento expreso de la responsabilidad objetiva del Estado, porque según el autor, dejó de tener un carácter subjetivo, para convertirse en una responsabilidad sin reproche alguno. Planteamiento sobre el cual no estamos totalmente de acuerdo, si tenemos en cuenta que si bien es cierto con la cláusula general de responsabilidad se abrió el panorama a las actividades lícitas del Estado que pueden generar una consecuencia dañina, no significa esto, que se haya realizado un trance con respecto a los elementos constitutivos del deber de reparar por parte del Estado.

De esta manera, entratándose de los elementos estructurales de la responsabilidad, encontramos a) el daño antijurídico, b) el hecho dañoso, c) el nexo causal, éste último también denominado imputación, con la finalidad de que

en dicho concepto se encuentre comprendido además de la verificación material de lo acontecido ,la atribución jurídica a quien tenía el deber legal de evitar tal consecuencia.

Por lo tanto, es ineluctable dejar precisados los requisitos del daño para que pueda considerarse como un hecho generador de resarcimiento o indemnización. Al respecto la jurisprudencia y la doctrina han establecido tres requisitos, a saber: a) que sea cierto, b) que sea concreto o determinado y c) que sea personal¹⁶.

En efecto, para hacer claridad sobre lo expuesto y por considerarlo pertinente, haremos alusión a la posición de varios autores que de manera uniforme se han pronunciado sobre la imperiosa presencia de las características del daño para que pueda predicarse una obligación indemnizatoria.

De esta manera los autores Mazeau y Tunc, sobre el particular afirman:

Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el Juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor, si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan solo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre. Con frecuencia las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ella resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio

¹⁶ Ibíd, p 21.

*cierto. Por eso no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto, y el perjuicio eventual, hipotético*¹⁷.

En igual sentido, el tratadista Adriano de Cupis enseña sobre el particular:

*El daño futuro es un daño jurídicamente relevante en cuando revista los caracteres de certidumbre, por lo que puede parificarse al daño presente en tanto en cuanto pueda parecer como un daño cierto, ya que la simple posibilidad o eventualidad, no basta a la hora de exigir su responsabilidad. Con la expresión cierto se significa tanto el interés a que afecta como que lo produce, y que por afectarlo motiva el nacimiento de la responsabilidad*¹⁸.

Del mismo modo, el profesor Jorge Peirano Facio, indica al respecto:

De acuerdo a la enseñanza constante de la doctrina, el primer carácter que debe presentar el perjuicio para configurarse como relevante a los efectos de responsabilidad extracontractual es el de ser cierto.

En un segundo sentido, se habla de perjuicio incierto aludiendo a los daños cuya existencia no está del todo establecida, pudiéndose plantear dudas acerca de su realidad.

En el sentido que ahora le atribuimos consideramos, pues, perjuicio aquél que es real y efectivo y no meramente hipotético o eventual. El criterio esencial para determinar en qué casos un perjuicio es cierto resulta de apreciar que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo.

¹⁷ MAZEAUT, Henri y León y TUNC, André de la responsabilidad civil delictual y contractual. Quinta Edición. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa – América, 1977. Tomo I. volumen I, p. 301 – 302.

¹⁸ DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil. Segunda Edición. Barcelona: Editorial Bosch, 1975. p. 322

Próximo al daño futuro, pero discernible de él en la mayoría de los casos, se encuentra en el daño eventual. La diferencia fundamental entre estos dos tipos de daño se caracteriza suficientemente cuando se recuerda que el daño futuro no es sino una variedad del daño cierto en tanto que el concepto de daño eventual se opone precisamente y en forma radical, al concepto de certeza: daño eventual equivale, al daño que no es cierto; o sea el daño fundado en suposiciones o conjeturas¹⁹.

Dicho lo anterior, podemos anotar que el daño como elemento estructural del juicio de responsabilidad debe ser cierto, lo que no implica que los perjuicios que puedan derivarse de su producción deban conocerse o presentarse de forma inmediata, pues estos pueden configurarse en el tiempo sin que por ello se desvirtúe tan importante característica ya que las consecuencias negativas son ineludibles.

En consecuencia, si del daño no puede predicarse su certeza, concreción²⁰ y su carácter personal²¹; no sería probable en aplicación a las reglas de la experiencia determinar la responsabilidad del Estado ante el desconocimiento del interés jurídico lesionado.

Así las cosas, el mencionado doctrinante expone que en términos del artículo 90 de la Constitución Política, lo más adecuado es que el Juez aborde en primera instancia el estudio y examen del daño antijurídico. Exterioriza lo anterior, en la idea de que este estudio deberá ser precedente, pues, no puede abordarse un análisis de la imputación al Estado, sin haber descartado la existencia o no del daño mismo.

¹⁹ PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis. 1981, p. 362, 363, 366.

²⁰ La concreción hace relación a que el daño pueda ser calculado de manera precisa, es decir, cuantificable.

²¹ El daño es directo y mediato cuando existe un nexo de causalidad suficientemente fuerte, entre el hecho y la víctima, "por rebote", con independencia del daño inicial frente al cual es autónomo.

Continúa el tratadista apoyándose en lo expuesto por el Consejo de Estado en Sentencias del 4 de diciembre de 2007, expediente 16.241, del 10 de septiembre de 1993, expediente 6144, y del 1 de diciembre de 2008, expediente 16472. Afirma que la pregunta a realizar con respecto a si existe o no responsabilidad por parte del Estado es: ¿cómo se determina cuando el daño debe ser reparado? y posteriormente debe indagarse sobre ¿si es justo que la víctima lo haya sufrido?

En consonancia y una vez identificados los componentes imperativos de la noción de daño, el Jurista Gil Botero, enfocado en el concepto de responsabilidad, ha indicado que desde la armonía del derecho y la filosofía los artículos 1- dignidad- y 13 –igualdad- de la Constitución Política de 1991, puede comprenderse esta situación jurídica siendo el máximo grado de abstracción de la misma, el imperativo categórico kantiano: obra de tal manera que tu deseo sea que tu acción se convierta en ley universal²².

Así las cosas, según el autor, cada uno es responsable de su acción: “si yo hice algo debo asumir la responsabilidad”; y haciendo alusión a la ley natural concluye que “el bien ha de hacerse y perseguirse y el mal evitarse”. A lo anterior agregamos que tal premisa debe aplicarse con mayor rigor al Estado, quien tiene el monopolio legítimo de la fuerza y el deber jurídico de garantizar la tutela efectiva de los derechos, en atención al basamento iusprincipalista del Estado Social de Derecho.

Analizado como se encuentra el daño antijurídico, es menester ubicarnos en la forma como la administración despliega su actividad, es decir, las manifestaciones de su voluntad, las que serán requisito indispensable para analizar si de su ocurrencia se puede derivar un daño antijurídico.

²² Ibíd.

Así, se entiende que la administración desde el punto de vista jurídico puede llevar a cabo los fines prácticos del Estado a través de actos jurídicos como son actos administrativos ,operaciones administrativas y contratos.

De igual forma existen otras manifestaciones de la administración pública que pueden generar eventualmente un daño, como son los hechos administrativos, las vías de hecho y las omisiones administrativas.

Así las cosas, la concreción de cualquiera de estas manifestaciones podría ocasionar un daño que tendrá la connotación de antijurídico una vez la víctima directa del daño, así como las víctimas indirectas- en el caso hipotético de que estas últimas acudan a la instancia judicial-, demuestren que se trató de una afectación en su haber jurídico o su patrimonio sin que el ordenamiento jurídico avalase tal alteración.

Tal planteamiento consulta los argumentos expuestos por el Doctor Libardo Rodríguez, quien al analizar el concepto de responsabilidad patrimonial, ha manifestado que para que una persona pública pueda ser considerada responsable de algo, debe haberse producido ante todo una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona pública haya sido autora²³.

Dicho lo anterior, podemos establecer que surge responsabilidad para el Estado siempre que se presente un hecho dañoso, esto es, una actuación por la acción u omisión de un agente suyo, que se torne en contravía de los lineamientos normativos y contraríe los principios constitucionales tendientes a garantizar que el ciudadano no sufra detrimento alguno; tanto en su esfera moral como física.

²³ RODRIGUEZ R. Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Décimo Tercera Edición. Bogotá: Editorial TEMIS, 2002. p. 389

Teniendo presente lo hasta aquí expuesto sobre el daño antijurídico y las diferentes modalidades en las que puede traducirse el hecho dañoso, procedemos a desarrollar la segunda categoría de análisis, esto es, la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual en principio se entiende por el deber impuesto por la ley de resarcir mediante el equivalente patrimonial, el daño producido como consecuencia de la violación de derechos del individuo, jurídicamente imputable a alguien²⁴.

Fluye de lo anterior, como los aportes doctrinales y jurisprudenciales para el objeto del presente caso de investigación los elementos necesarios para que se predique una responsabilidad patrimonial del Estado, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y que son la base para entrar al estudio de la prevención del daño antijurídico.

Imprescindible hacer referencia al término Responsabilidad conceptuado en el Diccionario de la Real Academia de La Lengua del año 2007, en el cual nos dice que “responsabilidad” es: *“1. cualidad de responsable. 2. Deuda obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. 3. Carga u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. 4. Capacidad existente de todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.*

Corolario a lo anterior, es deber del Estado reparar y satisfacer al sujeto pasivo de la acción u omisión, por todos los daños que con dicha actuación se le haya ocasionado.

²⁴ MARGAUX, Yolanda y Otro. Diversas formas de la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa. En: Revista Diálogos de Saberes. 20 de mayo de 2007. Volumen número 26. p. 145 – 162.

Así, el Maestro Libardo Rodríguez, al referirse a la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano, manifiesta que desde sus orígenes ha tenido una influencia netamente jurisprudencial, proveniente inicialmente y por un largo periodo de la Corte Suprema de Justicia y posteriormente y de forma tardía por el Consejo de Estado, quienes se ocuparon de fijar los precedentes que con posterioridad fueron evolucionando, hasta llegar a lo que hoy se conoce como la cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

De esta manera, la evolución general de la responsabilidad en el Estado Colombiano que expone el doctor Libardo Rodríguez, a nuestro pensar, delimita de una manera coherente, práctica y concisa el origen del deber indemnizatorio a cargo del Estado, en un periodo antecedente a la expedición de nuestro Catálogo de Derechos Fundamentales; así:

Hasta finales del siglo antepasado, también se consideraba irresponsable al Estado Colombiano. A finales del Siglo XVIII se conoce una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 22 de octubre de 1896, en la que se consagra 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, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes²⁵”

²⁵ Ibíd. p. 26

En igual sentido, el doctor Carlos Mario Molina²⁶, indicó sobre el mismo tema que en Colombia, solo a partir de la expedición de la Constitución Política de 1886, se empezó a hacer un esfuerzo por sustentar un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, competencia que inicialmente se asignó a la Corte Suprema de Justicia y con posterioridad al Consejo de Estado. Ambas cortes fundamentaron su jurisprudencia en lo establecido en el Código Civil para la responsabilidad entre particulares.

Dicho lo anterior, si bien es cierto las Altas Cortes tuvieron como parámetro el Código Civil para referirse a la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso establecer que el autor aclara que las mencionadas corporaciones siempre hicieron referencia a la responsabilidad del Estado por daños a las personas.²⁷

Manifiesta el doctrinante que la Corte Suprema de Justicia al referirse de manera concreta al derecho público expresó:

La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en épocas de guerra civil, por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho Público reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de manera indudable²⁸.

Otra parte de la doctrina, de la cual destacamos a Yolanda Margaux Guerra y Jairo Castro Ardila²⁹, anotan que el principio general del derecho que expresa: *“todo aquel*

²⁶ MOLINA, Carlos. Fundamentos Constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial de Estado: antecedentes dogmáticos – históricos y legislación vigente. En: Revista opinión jurídica. N° 4. Vol. 7. Enero a junio. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2005. p. 47.

²⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de octubre de 1896. Gaceta Judicial t.h. p. 357.

²⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de octubre de 1898. Gaceta Judicial año XIV. Del 28 de marzo de 1890 N° 685, 686, p. 54 – 57

²⁹ MARGAUX GUERRA, Yolanda. Diversas formas de la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa. En: Revista Diálogos de Saberes. N° 26. Enero a junio. Universidad Libre Bogotá. 2007. p. 145 - 162.

que causa un daño a otro debe repararlo” permite deducir que la persona que ocasiona el perjuicio incurre en una responsabilidad civil o penal y está en la obligación de resarcir el daño causado³⁰.

Así, los mencionados autores, expresan que los funcionarios que no cumplen debidamente sus obligaciones “incurren en responsabilidad” la cual puede ser de diferente naturaleza: Disciplinaria, penal, civil, política o patrimonial³¹

En suma, la responsabilidad patrimonial del Estado hasta antes de la expedición de la Constitución de 1991, no se había incluido taxativamente en la normativa; este concepto fue netamente desarrollado por la jurisprudencia.

La inclusión en el orden jurídico de una responsabilidad patrimonial del Estado, se dio específicamente con el artículo 90 de la Constitución de 1991, el cual plasmó con toda claridad que el Estado debía responder “*por los daños antijurídicos que se fueran imputables, por la acción u omisión de sus entidades públicas*”.

En refuerzo de lo anterior y citando al doctor Luis Eduardo Mesa Nieves³², hacemos referencia a lo que la Corte Constitucional ha expresado con respecto al alcance del artículo 90 de la Constitución Política; y para tal fin pasamos a exponerlo así:

“(…) Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo – ya que ordena al Estado responder – sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber: que haya un

³⁰ CODIGO CIVIL. Título XXXIV. Responsabilidad común de los delitos y las culpas.

³¹ SAYAGUEZ LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo I. Octava Edición de 2002 puesta al día por Daniel Hugo Martins, (Profesor de Derecho Público II y III en el Instituto Universitario de Punta del Este) reimpresa en noviembre de 2004, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo Uruguay.

³² MESA NIEVES, Luis. La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública. Bogotá D.C.; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 37.

daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública³³.

En conclusión, el Estado debe responder por todas las actuaciones u omisiones de sus servidores públicos o de los particulares que ejerzan funciones públicas, en el evento de que con ellas se produzca un daño antijurídico, a partir del cual se realizará el análisis del título jurídico de imputación.

³³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 333 de 1996. 1 de agosto. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

6. CAPÍTULO I: EL DAÑO ANTIJURÍDICO

6.1 TITULO I: LA DEFINICIÓN QUE SE TIENE DEL CONCEPTO DAÑO ANTIJURÍDICO EN LOS DIFERENTES ESTAMENTOS JURÍDICOS

6.1.1 El daño visto desde la Constitución Política. Conforme a los principios del Estado Social de Derecho de que trata la Constitución Política de 1991, y especialmente, al concepto: “dignidad humana”, entendemos que el ser humano en sí mismo es el eje central del Estado Colombiano, y que por ende, este último deberá garantizar la integridad física y moral de todos sus ciudadanos con el fin de no causarles daño alguno, y de ser así garantizar el resarcimiento del mismo; pues en caso contrario, se estaría desconociendo el principio de igualdad ante las cargas públicas³⁴.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra la cláusula general de responsabilidad en su artículo 90 de la Carta Magna, en el cual se señala el daño antijurídico y parte de una responsabilidad patrimonial para el Estado cuando cause daños antijurídicos por su acción u omisión; con tal inclusión se logra la materialización efectiva de los derechos constitucionales, ya que garantiza al administrado la indemnización de sus perjuicios derivados de la acción u omisión de los agentes del estado en cualquier

³⁴ (...) Por manera que la jurisprudencia ha definido al daño especial, como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas. De modo que aun la actividad estatal legítima “tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente” - esto es, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales- puede ocasionar al administrado un daño anormal, superior al que deben sufrir otros colocados en idénticas condiciones, que por lo mismo excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe soportar, entraña el rompimiento de la “equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado” y compromete así la responsabilidad patrimonial de la administración pública. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421) del 8 de marzo de 2007.

circunstancia que se presente, es decir , vasta solo la violación de algún derecho constitucional por parte del estado para que se de responsabilidad patrimonial estatal

Es así, como el precepto mencionado nos trae el desarrollo integral de los principios y valores constitucionales; toda vez que su lectura no implica un análisis aislado de los demás preceptos de la Carta, por el contrario, encierra un entendimiento conjunto y armonizado de todas las pautas constitucionales.

En colación a lo dicho, la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia administración”³⁵

Preceptuado lo anterior, realizaremos una referencia a los principios y valores constitucionales que consideramos deben ser ligados al análisis del daño antijurídico como garantía de reparación estatal.

6.1.1.1 El Estado Social de Derecho. El Estado Social de Derecho tiene como eje central el concepto de dignidad humana y el derecho a la vida; sus fines son la prevalencia del bienestar general y la garantía efectiva del derecho de las personas. Todo de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política.

Si entendemos el daño antijurídico como aquella obligación que tiene el Estado de resarcir los daños ocasionados al administrado; esto no es más que la constitución y

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 333 de 1996.M.P. Alejandro Martínez Caballero, Puede verse también sentencia C – 918 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

desarrollo del principio del Estado Social de derecho; en el cual la Constitución de 1991 estableció de forma explícita la protección del derecho a la vida, la afectación a la integridad física y a las cosas.

El derecho a la vida es inherente al concepto de dignidad humana y de ahí podemos afirmar que el daño antijurídico que sea ocasionado por el Estado debe de ser resarcido ante cualquier vulneración por parte de éste, sea de forma ilegítima o legítima; conllevando al reconocimiento y pago de perjuicios materiales, morales y a la vida de relación.

*“Parte de la doctrina, suele entender este posicionamiento o supremacía de la víctima frente al Estado, como el desarrollo de una rama denominada derecho a la víctima, 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”.*³⁶

Así, el Estado Social de derecho tiene en cuenta al ser humano, al hombre, a su vida, a su dignidad y por eso lo repara, lo resarce, cuando le ocasiona perjuicios.

6.1.1.2 El principio de igualdad. El principio de igualdad nace del contenido del artículo 13 de la Constitución Política generándose una equivalencia de todos los sujetos con respecto a la ley, tanto en sentido formal como en sentido material.

Este principio, consagra además el derecho de recibir protección y trato igual por todas las autoridades del Estado; haciendo énfasis en que aquella igualdad no genera tajantemente la que todos los sujetos son iguales, desde una perspectiva

³⁶ GÓMEZ POSADA, José Fernando. Teoría y Crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia. Segunda Edición. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá 2003, p 37.

meramente formal; ello porque debe tenerse en cuenta el concepto de debilidad manifiesta que implica la existencia de unos sujetos presentes en el Estado, que lo obligan a incorporar, incluir y desarrollar acciones positivas para lograr la efectiva protección de sus derechos.

En este contexto, referenciamos la inclusión y desarrollo de las acciones positivas que desarrolla el Doctor Durango³⁷, manifestando que si un individuo sufre ante una situación de desigualdad en una exclusión normativa, se debe equiparar su situación restableciéndose y garantizándose el derecho a la igualdad en aquellas situaciones donde se manifiesta la exclusión (equiparación o compensación) y algo diferente serán las acciones positivas las cuáles buscan compensar, equiparar y aventajar a los grupos excluidos social e históricamente.

De lo expresado, concluimos que la disposición constitucional del artículo 90 conlleva a una garantía del artículo 13 de la misma normativa, y como puede verse claramente concreta su contenido de manera integral, pues busca en definitiva que a afectado se le restablezcan sus condiciones iniciales.

Es de suma importancia en este acápite hacer mención al , al principio de igualdad frente a las cargas públicas. Aunque este principio hace parte de la responsabilidad por daño especial, la responsabilidad administrativa de los entes públicos se dará cuando la entidad en ejercicio de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa el ocasionado a los demás; es decir, que con su actuar se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas³⁸.

³⁷ DURANGO, Gerardo. Incorporación, inclusión y desarrollo de las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, Bogotá: Editorial Dike, 2011, p. 92.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 13 de septiembre de 1991. M.P. Daniel Suárez Hernández. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897)

La igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, es un concepto según el cual cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar del Estado, pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar (principio de igualdad)

Así, fluye el siguiente interrogante ¿responderá el Estado por este daño antijurídico?. Diremos que es responsable de forma excepcional y por equidad a pesar de su actuar legal; cuando obra en beneficio de la comunidad y ocasiona un daño al administrado, daño especial, anormal, superior al que normalmente debe sufrir los ciudadanos, rompiéndose así la igualdad frente a las cargas públicas.

6.1.1.3 La prevalencia del interés general y el principio de solidaridad:

Existirán aspectos fácticos en los cuales el Estado a fin de garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 1 de la Constitución Política); actuará de forma legítima y ocasionará un daño al administrado por imponerle una carga que modificará sus condiciones actuales pero que no conlleva a una actuación antijurídica, ni mucho menos se traduce en una obligación indemnizatoria.

No obstante lo anterior, si el Estado en el ejercicio legítimo de su actuación, produce efectos totalmente ajenos, contrarios a la motivación normativa y ocasiona con ello un perjuicio al gobernado; en virtud del principio de solidaridad y existiendo un daño antijurídico que se deriva una actuación legítima de la administración se impondrá dicha carga a todos los coadministrados.

En corolario, la aparición del principio de solidaridad de todas las personas, se traduce en la idea de poder vivir bien en comunidad, de coadyuvar con el Estado en el cumplimiento de sus fines esenciales como lo son: el servir a la comunidad y promover la prosperidad general (artículo 2 de la Constitución Política). Todo con el ánimo de efectivizar el Estado social de derecho propio de nuestro país

Importante ilustrar parte del contenido del artículo 1 de la Constitución Política que establece que Colombia es un Estado Social de Derecho (...) *participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*. Otro precepto es el artículo 2 de la Carta que se refiere en relación a este principio cuando establece los fines esenciales del Estado: *“El Estado y las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*.

En suma, podemos apreciar que efectivamente el principio de solidaridad hace parte de la obligación constitucional que se impone al Estado para equilibrar su conducta con respecto a su actividad administrativa, y reparar cualquier daño que se torne antijurídico.

6.1.1.4 La garantía integral del patrimonio de los ciudadanos. Este principio fluye de los artículos 2 y 58 de la Constitución Política; de ellos se puede afirmar que las personas tienen derecho a sus bienes como parte de una cláusula efectiva de garantías entendiendo que el derecho adquirido a la propiedad, no puede ser desconocido ni vulnerado por una ley posterior.

Así, cuando el Estado ocasiona un daño antijurídico a la propiedad del administrado para lo cual interpretamos este artículo no solo como aquél derecho de propiedad que se tiene sobre un mueble o inmueble, sino también como aquello que ingresa en el patrimonio del administrado sea material o inmaterial; es decir, perjuicios a título de daño emergente, lucro cesante o de daño moral o perjuicios a la vida de relación; se reviste de una garantía a la víctima para que reclame el resarcimiento del perjuicio que le fue ocasionado y que le vulneró sus derechos, sin detenerse a analizar si el Estado actuó legítima o ilegítimamente.

Con respecto al daño antijurídico, queda claro que éste debe de ser indemnizado cuando por ejemplo el Estado aplica el contenido del artículo 58 de la Constitución Política “expropiación” por motivos de utilidad pública o interés general, y con ello afecta patrimonialmente los intereses del administrado.

En este punto, se genera la carga para el Estado de conceder una indemnización previa; precepto que debe de ser interpretado en armonía con el artículo 336 de la Constitución Política, que impone el deber del Estado de indemnizar al particular cuando su actividad lícita se convierte por un precepto aplicado de manera desmedida por la entidad Estatal. Importante anotar que otros precepto que hacen relación a este concepto es el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 que se refiere a la compensación en el equilibrio financiero en la ejecución de todo contrato estatal³⁹.

En conclusión, el Estado respeta la propiedad privada y los derechos adquiridos, pero no obstante por razones de utilidad pública o interés general, en los términos de la normativa, podrá realizar la expropiación la cual a pesar de estar soportada en norma de carácter constitucional, puede ocasionar eventualmente un daño antijurídico si se desvía el fin del precepto.

6.1.2 El daño visto desde la Ley. Aunque ya hemos hecho relación al artículo 90 como cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y ante lo cual debemos de dar por establecido que este precepto constituye su aplicación superior en los casos de responsabilidad de la administración de justicia, por ser fuente directa de imputación de responsabilidad para el Estado; el orden jurídico colombiano con respecto al concepto “daño antijurídico” no tiene ningún precepto que establezca como tal este término de manera autónoma, es decir, no se

³⁹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Expediente 250002326000-2003-00171-01 (41227). Demandante: Sociedad Aberly Denissin S.A. y Otros.

encuentra un precepto normativo que esté por fuera de los parámetros dados por el artículo 90 y que no conlleve necesariamente a su integración.

Así las cosas, en primera medida, nos ubicaremos en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que partiendo de la base constitucional de la cláusula general de responsabilidad nos ubica en el hecho generador del daño y plasma que cualquier persona que se encuentra legitimada podrá exigir del Estado la reparación del daño antijurídico que se haya producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

En consecuencia, queda claro que el daño antijurídico se presenta en cualquiera de las formas como la administración se expresa, tenemos entonces que el precepto hace referencia a que la causa del daño sea: *un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que obre siguiendo una expresa instrucción de la misma.*

De esta manera, en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 encontramos que se erige en el mecanismo de protección que el orden jurídico le otorga al administrado para que pueda hacer efectivo la garantía constitucional ante el Estado y reclama de este la reparación de los daños antijurídicos que se evidencian con su actuación.

Por otro lado, el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 también constituye un fundamento de responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual; y establece que: *“las entidades estatales responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.*

Este precepto tiene un estudio de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional, desarrollado en la sentencia C – 333 de 1996⁴⁰, al respecto dijo esta honorable corporación que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no era el único precepto en materia contractual que se encontraba en la normativa, esto atendiendo a que el mismo no podía interpretarse alejado de la Carta Política porque el mismo debía ser aplicado integrándose con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

Otro precepto que también podemos traer dentro del concepto de daño antijurídico es el artículo 65 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia Ley 270 de 1996, que hace relación a la responsabilidad estatal a través de sus agentes judiciales, sin que tampoco pueda excluirse la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política por ser superior; por cuanto debe de ser integrado⁴¹.

En suma, hay una cláusula general de responsabilidad que es de naturaleza constitucional y que no obstante nuestro legislador efectuar enunciados sustanciales en preceptos; estos deben de ser integrados al artículo 90 de la Carta Política; toda vez que no se pueden hacer lecturas aisladas porque se estaría sustrayendo el concepto de daño antijurídico.

6.1.3 El daño visto desde la Doctrina. Recurriendo a conceptos genéricos de daño antijurídico el diccionario de la Real Lengua de la Academia Española define daño como: “compensación que se exige a quien ha causado un daño, para reparar este⁴²”; ahora bien, nosotros agregamos que a este concepto lo antijurídico sería aquella conducta que no es protegida por el orden jurídico, o un daño que siendo protegido por éste de su aplicación se desprende un actuar injusto o arbitrario de la administración.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C – 333 de 1996.M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴¹ Sentencia C-037/94. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴² Diccionario de la Real Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial ESPASA. 2001. p. 1385

Ubicados en la doctrina Javier Tamayo Jaramillo dice que daño antijurídico es: *“aquél que el Estado, en ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar. O lo que es lo mismo: cuando el Estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable”*.⁴³

Nótese que esta definición de daño nos permite afirmar que hay un sujeto responsable; el Estado, quien posee la potestad soberana y funciones de protección del ciudadano; lo que implica su carencia de causar daño alguno a los administrados, pero que no obstante en el evento de llegarse a ocasionar tal conducta por acción u omisión deberá ser responsable ante el orden jurídico.

Otra definición que traemos es la del jurista Luis Eduardo Mesa Nieves, quien establece que *“el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales, y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo”*.⁴⁴

De esta forma, se reafirma lo expuesto conforme a que el Estado deberá garantizar los principios y valores constitucionales y la aplicación de la normativa en todas y cada una de sus actuaciones, y que en el evento en que su gestión contradiga la aplicación del derecho tendrá el deber jurídico de reparar el daño causado, toda vez que esta conducta sustrae la obligación de soportarlo por parte del administrado.

Citamos también a Luis Martín Rebollo, quien ha desarrollado la idea de que *“las causas de justificación que impongan la obligación de tolerar el daño deben ser expresas y estar legalmente prevista, puesto que la propia idea de lesión sugiere la previa existencia de un derecho interés patrimonializado por el dañado. Un*

⁴³ TAMAYO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo uno. Sexta reimpresión. Editorial Legis. Bogotá, 2011.

⁴⁴ MESA NIEVES, Op. Cit., p. 18

derecho o interés tutelado por el derecho e integrado en el patrimonio económico y jurídico del sujeto lesionado, que si resulta afectado por la acción administrativa genera el derecho a obtener una indemnización”.

De lo anterior, extraemos que si el Estado causa un daño previsto de justificación normativa, es decir, que sea legal y expreso, el administrado no quedará legitimado para reclamar reparación por parte de éste. A esto agregamos que tal definición se predica siempre que la aplicación normativa no extralimite los fines normativos, porque si lo hace indefectiblemente el Estado estaría llamado a la reparación, toda vez que se trata de un daño que no se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el profesor Juan Carlos Henao ha definido el daño en los siguientes términos *“el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil” de manera que sin daño no hay lugar a la responsabilidad patrimonial, por cuanto de él surge la obligación de reparar⁴⁵”*

Así las cosas, para efectos de delinear el concepto daño, el doctor Henao construye una relación directa entre el daño y lo que es la responsabilidad patrimonial, toda vez que convierte al daño en un elemento previo y necesario para predicar responsabilidad patrimonial. Argumento que evidentemente desarrolla uno los elementos consagrados en el artículo 90 de la Constitución Política.

Por otro lado, con respecto al vocablo “daño antijurídico” acudimos a lo expuesto por el doctor Obdulio Velásquez Posada⁴⁶, quien considera que el artículo 90 de la Carta

⁴⁵ HENAO, Juan Carlos. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés” Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1998, p. 37.

⁴⁶ VELASQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Segunda edición, Bogotá: Editorial TEMIS, 2013. p. 149.

Política establece como requisito *sine qua non* para que opere la responsabilidad del Estado, que el daño sea antijurídico, lo que ha venido en definirse como aquél que la víctima no está en la obligación legal de soportar.

Por su parte el tratadista, Libardo Rodríguez⁴⁷, expone que: “*dentro del contexto de la Constitución Colombiana, se requiere como elemento fundamental que el daño sea antijurídico, en el sentido de que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo*”.

Afirma el tratadista, que la importancia de este concepto se traduce, en que el “*fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico*”.

De lo dicho, consideramos que el daño antijurídico no referencia un análisis de la conducta del agente del Estado, sino que mira el resultado dañoso.

Por consiguiente, el daño antijurídico se presenta cuando el Estado vulnera un derecho del administrado y esto conlleva consecuentemente a que éste pueda reclamar una indemnización como consecuencia de la situación jurídicamente protegida; en otras palabras, legitima al administrado para que pretenda del Estado el resarcimiento por el daño causado.

Finalmente, la doctrina ha desarrollado el concepto de daño antijurídico a partir de los pronunciamientos dados por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, quienes a su vez fundaron su teoría en el artículo 116 de la Constitución Española; y que dicho

⁴⁷ RODRÍGUEZ, Op. Cit. p. 31

argumento sirvió de fundamento para lo que hoy se denomina cláusula general de responsabilidad estatal.

6.1.4 El daño visto desde la Jurisprudencia. Sin duda alguna, es la jurisprudencia la que ha permitido el desarrollo de lo que hoy se conoce como responsabilidad patrimonial del Estado, esto lo afirmamos toda vez que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado lograron que la normativa civil no se prolongara como el argumento jurídico para predicar responsabilidad Estatal.

Ahora bien, el daño antijurídico ha sido definido por el Consejo de Estado en los siguientes términos: *“Consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas”*⁴⁸.

Como puede evidenciarse, siempre que se liga el daño al término antijurídico nos situamos en que el administrado no tiene ningún deber jurídico de soportarlo, y por tal motivo, se constituye al Estado en titular de responsabilidad patrimonial.

El Consejo de Estado Sala de lo contencioso Administrativo Sección Tercera del 13 de agosto de 2008 ,en otro pronunciamiento posterior sobre la noción de daño antijurídico, manifestó que: “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”, y amplió esta concepción afirmando que este daño que se le tutela jurídicamente al administrado, le impone al Estado el deber de indemnizar el consecuente

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 13 de agosto de 2008. Exp. 17042. Consejera Ponente. Olga Melina Valle De La Oz.

detrimento, todo con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas⁴⁹.

Es importante anotar, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado en muchas de sus sentencias que dicho daño tiene como características aspectos a que ya se ha referido la doctrina como lo es que sea: cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal, y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

En consideración al término de daño antijurídico, también existe pronunciamiento de la Corte Constitucional, quien a través de su jurisprudencia ha determinado que: *“la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*⁵⁰

Esta aclaración es importante, toda vez que como lo hemos venido desarrollando en el trabajo investigativo se considera que el análisis de daño antijurídico se hace independientemente de si existe licitud o ilicitud en la conducta, porque lo relevante no es ubicarse en la actuación de la administración, sino enfocarse en la situación de la víctima, en establecer si ésta o no en la obligación de soportar la actuación de la administración.

En dicha jurisprudencia, la Corte también plantea que el hecho de analizar si el administrado está o no en la posición jurídica de soportar el daño, constituye una forma de plantear el principio constitucional según el cual la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública.

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 9 de mayo de 2012. Exp. (23300). Consejero Ponente. Álvaro Otálora Celis.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C – 254 de 2003.M.P.Marco Gerardo Monroy Cabra

Diremos que la jurisprudencia es reiterativa en establecer que para que pueda predicarse que un daño tiene la entidad de antijurídico, es necesario situarse en la condición en la que se encuentra el administrado, esto, por cuanto del análisis de si éste tiene que soportar o no el daño que le imparte la administración, se desprenderá el posterior análisis de la existencia de responsabilidad estatal.

6.2 TITULO II: LA POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO DESDE LA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y SUS ELEMENTOS

En este acápite procederemos a aproximarnos al concepto prevención del daño antijurídico y tratar de establecer los elementos que hacen parte de esta definición.

6.2.1 La aproximación al concepto del daño antijurídico desde sus elementos. Para aproximarnos al concepto: “prevención del daño antijurídico”, es necesario acudir a la definición del daño antijurídico, que como ya se ha precisado, se entiende como aquél daño que el administrado no está en la obligación legal de soportar.

Desde otra perspectiva, entendemos el daño cuando el Estado ocasiona un perjuicio o un detrimento al particular, porque le afecta ,ya sea su derecho a la propiedad privada, a la libertad, a la igualdad, entre otros. Todo sin que medie un título jurídico válido y además excediéndose en el conjunto de cargas que legalmente debe soportar el individuo en su entorno social.

Otra definición de lo que es el daño antijurídico, está dada por Alexandra Jaramillo Díaz, quien al respecto manifiesta que: *“es daño antijurídico, todo aquel perjuicio ocasionado por parte del Estado derivado de una acción u omisión regular o irregular, a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, lo que genera un derecho de reparación patrimonial para la víctima, como una consecuencia*

*natural derivada del cumplimiento de los principios y valores propios del Estado Social de Derecho*⁵¹

Así las cosas, si entendemos que el daño antijurídico se presenta cuando el Estado realiza una actuación que impone una carga para el administrado, es necesario verificar si ésta debe o no ser asumida por este último. De presentarse el evento en que el Estado con su conducta cree una situación en donde se afecten los derechos tutelados y protegidos al sujeto pasivo, deberá en consecuencia asumir su responsabilidad reparatoria.

Partiendo del anterior concepto, afirmamos que lo que se pretende con la prevención del daño antijurídico es anticiparse a la realización de la conducta que pueda ocasionar un daño patrimonial para el Estado; de donde fluye su definición.

De esta manera, logramos entender que la prevención del daño antijurídico está dada justamente en la labor por parte del Estado de evitar, prever, anticipar, vaticinar, predecir y pronosticar, las acciones u omisiones, regulares o irregulares que sus agentes pueden crear con ocasión de la actuación administrativa.

Con lo anterior ,además se estaría afianzando la política de prevención del daño, porque tal como lo manifiesta la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, *“el uso consciente y sistemático de los recursos públicos a través de decisiones legales, administrativas, regulatorias y sobre prioridades de gasto específico que se pretende solucionar”*, constituye una verdadera política de prevención del daño⁵².

⁵¹ DIAZ, Alexandra. Clase de evaluación de políticas públicas reporte de política pública. Disponible en: http://www.academia.edu/7495119/Escribo_breve_politica_publica_de_prevenccion_de_dano_antiju_ridico_en_Colombia_23_de_septiembre_de_2014

⁵² Manual para la política de prevención del daño antijurídico. Abril de 2014. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Disponible en:

Logrando entonces analizar y estudiar las actuaciones de la administración conforme a la normativa y a la protección de los principios y valores constitucionales, se podría morigerar las fallas de la administración y con ello se reduciría la obligación patrimonial de carácter reparadora en titularidad del Estado Colombiano.

Es así, como nos orientados a proponer un mecanismo sistemático que ayude a mitigar el impacto fiscal negativo por el que atraviesa la Nación en la actualidad producto del pago de sentencias condenatorias y de conciliaciones en eventos donde salta a la vista la vulneración de un derecho o la afectación a un interés legítimo del asociado; todo partiendo de la base de que el Estado debe propender por la realización de políticas públicas dirigidas a corregir aspectos fácticos y jurídicos que permitan anticiparse a la causación de los daños antijurídicos.

Realizada la aproximación al concepto de daño antijurídico y reiterando nuestra finalidad investigativa, pasaremos a estructurar unos elementos que fluyen de tal concepto.

6.2.2 El primer elemento es una entidad estatal. La entidad estatal, constituye el primer elemento del concepto prevención del daño antijurídico, toda vez que para que este término se analice desde nuestra materia de estudio, el derecho administrativo, debemos ubicarnos en primera medida en la conducta desplegada por la persona jurídica pública.

De esta manera, acudimos al doctrinante Libardo Rodríguez quien define la persona jurídica pública o la entidad pública desde el fundamento legal de los Decretos 1222

[http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:NT4aNEWYL8UJ:scholar.google.com/+teoria+de+prevencion+del+da%C3%B1o+antijuridico+&hl=es&as_sdt=0,5,23 de septiembre de 2014](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:NT4aNEWYL8UJ:scholar.google.com/+teoria+de+prevencion+del+da%C3%B1o+antijuridico+&hl=es&as_sdt=0,5,23+de+septiembre+de+2014)

de 1986, 1333 de 1986 y las leyes 128 y 136 de 1994 y 489 de 1998, y en la Constitución Política. Así las cosas, el mencionado jurista expresó: *“personas jurídicas públicas o entidades públicas son aquellos organismos de origen estatal, cuyo capital o patrimonio también es estatal o público, a los cuales el ordenamiento jurídico les ha reconocido el carácter de personas jurídicas y que por regla general se encuentran sometidos al derecho público, salvo excepciones legales⁵³”*

En este sentido, entendemos entonces que la entidad estatal incluye los organismos tanto del poder central como descentralizado; los del orden nacional y territorial.

La estructura del Estado nos permite determinar que esa persona jurídica es un elemento del daño a prevención porque para que surja el daño la entidad estatal debe estar presente en la causación del mismo, por lo tanto, para hablar de su prevención es necesario acudir también a la entidad pública.

6.2.3 Hace parte de esta categoría un servidor público o particular que desempeñe funciones públicas. La prevención del daño antijurídico también encierra el análisis de un sujeto que actúa en nombre del Estado, recordemos que el Estado despliega su actividad a través de sus servidores públicos y que en algunas ocasiones lo hace a través de particulares. Todo de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, que hace relación a aquellos particulares que desempeñan funciones públicas.

Ahora bien, estos agentes del Estado con respecto al daño a prevención son los que deben anticiparse a la causación del daño antijurídico, con el fin de evitar afectaciones patrimoniales al erario público producto de conciliaciones y condenas en la persona jurídica Estado.

⁵³ Ibíd., p. 27

Así, también se debe de incorporar el contenido del artículo 6 de la Constitución Política de 1991 que establece que: *“los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*. Dicho precepto hace relación a la responsabilidad que se tiene ante la vulneración de cualquier normativa del orden jurídico, a lo que agregamos que ante una conducta antijurídica se debe resarcir un daño y que el agente público también tiene el deber de anticiparse a la causación del mismo a fin de evitar las consecuencias jurídicas negativas para el Estado.

6.2.4 Los funcionarios y particulares con función pública se encuentran en cumplimiento de un deber legal. Cuando hablamos del cumplimiento de un deber legal a lo que se hace referencia es a que el agente del Estado deberá cumplir los mandatos del orden jurídico. La lectura del artículo 4 inciso segundo de la Constitución Política le indica este deber cuando preceptúa: *“es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las Leyes y respetar y obedecer a las autoridades”*

Y por otra parte, el artículo 123 en su inciso segundo preceptúa: *“los servidores públicos están al servicio del Estado y de su comunidad ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el reglamento”*; precepto éste que integrado al artículo 124 de la Constitución Política lo amplía así: *“la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”*

De esta manera, si el servidor público o el particular que desempeñe funciones públicas se ciñen a aplicar las leyes en armonía con los preceptos constitucionales al momento de realizar la actuación administrativa, estarían conduciendo sin duda a una verdadera prevención del daño antijurídico, al prever el daño y anticiparse a su causación.

6.2.5 La presencia de la conducta u omisión que no genere un daño antijurídico. Aunque el elemento final es una conducta u omisión no generadora del daño antijurídico y está presente desde el momento mismo en que el agente del Estado decide iniciar su actuación administrativa, pues cuando analiza los aspectos fácticos y jurídicos puede prever y corregir de manera oportuna las fallas en que pueda incurrir y con ello evitar el nacimiento de un hecho generador de daño antijurídico que afecte un interés legítimo del asociado.

Con lo anterior, se estaría garantizando que se modere las probabilidades de que el Estado tenga que afectar rubros presupuestales que podrían sin duda algún convertirse en oportunidades de inversión para programas y políticas públicas que conduzcan a materializar los principios constitucionales de la Carta Magna propios de un Estado Social de Derecho.

En conclusión, identificando estos elementos que participan directamente en la actividad estatal, se pueden proponer estrategias de anticipación a un daño antijurídico, ello toda vez que si se logra intervenir los aspectos negativos y generadores de daño antijurídico antes del nacimiento de problemas jurídicos para el Estado, se estaría fortaleciendo la administración pública y con ello la garantía y eficiencia de su actuación; lo que sin lugar a dudas representaría un resultado positivo en cuanto a afectaciones presupuestales se refiere.

7. CAPÍTULO II

7.1 TÍTULO I: LA DEFINICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DESDE SU APROXIMACIÓN AL CONCEPTO EN DIFERENTES ESTAMENTOS

Tanto los particulares como las entidades estatales deben ante una conducta que ocasione un daño antijurídico y que cumpla con los requisitos del artículo 90 constitucional, responder patrimonialmente; previa garantía formal y sustancial de un debido proceso conforme a las acciones que concede el sistema jurídico.

Para aproximarnos a un concepto de responsabilidad patrimonial del Estado recurriremos a la doctrina y a la jurisprudencia e identificaremos aspectos constitucionales y normativos en el mencionado concepto.

7.1.1 La definición de responsabilidad patrimonial establecida en la Constitución Política. A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro sistema jurídico constituye el denominado principio integral de la garantía del patrimonio de los ciudadanos que se encuentra consagrado en su artículo 90.

El anterior precepto, como ya se ha manifestado hace relación a la responsabilidad patrimonial del Estado, involucrando el daño antijurídico y el juicio de imputación. De esta manera, se podría predicar responsabilidad para el Estado si por una acción u omisión ya sea de naturaleza precontractual, contractual o extracontractual o en cualquier otra actuación se genera un daño antijurídico que sea imputable a la persona jurídica pública, esto es que pueda predicarse un título de imputación.

En consecuencia, tenemos que el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia en su inciso segundo consagró que: *“las autoridades de la república deben proteger*

a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, con lo anterior se impuso al Estado la obligación de materializar la protección de los derechos de sus asociados asegurando que los deberes sociales se cumplan de su parte y en igual sentido, por los particulares.

Ahora bien, continuando con el análisis constitucional, debemos referirnos necesariamente al artículo 6 de la Constitución Política, que como ya lo hemos manifestado constituye los límites de la actuación de la administración, esto es, garantiza que el Estado responda no solo por las actuaciones que contradigan la Constitución y la Ley, sino también por todas aquellas omisiones y extralimitaciones que se deriven del ejercicio de su actividad administrativa.

Dicho lo anterior, nos ubicamos entonces en la definición que trae el artículo 90 de la Constitución Política con respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado y sus elementos así: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.*

De este precepto constitucional, y de los ya descritos, puede evidenciarse que la administración pública tiene el deber de responder patrimonialmente indemnizando y reparando a la víctima por todas aquellas actuaciones que impliquen un desconocimiento de sus derechos y evidencien un actuar arbitrario e injusto que el asociado no tiene porque soportar.

En suma, en materia constitucional podemos extraer dos elementos constitutivos de responsabilidad estatal, esto es: la presencia de un daño antijurídico, entendido

como aquél que el administrado no está obligado a soportar, la imputación a la entidad estatal, esto es relación directa entre el hecho dañoso y el resultado⁵⁴.

7.1.1.1 La definición de responsabilidad patrimonial establecida en la Ley.

Como ya lo establecimos el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 es la cláusula general de responsabilidad estatal para efectos patrimoniales; no obstante nuestra legislación establece preceptos que hacen relación a la actuación estatal a través de sus servidores públicos y particulares.

La responsabilidad patrimonial del Estado se dará entonces por aquél actuar u omisión de sus servidores públicos, los servidores públicos son responsables en los términos de los artículos 4 inciso 1, el artículo 6 y el artículo 123 de la Constitución Política, y el Estado podrá repetir contra ellos en los términos de la Ley 678 de 2001. El Estado a través de los particulares que desempeñen función administrativa tendrán responsabilidad patrimonial encauzado conforme a los preceptos de que trata la Ley 489 de 1998 en sus artículos 110 a 114.

7.1.1.2 La definición de responsabilidad patrimonial establecida en la doctrina.

La doctrina ha establecido como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, el daño antijurídico y el juicio de imputabilidad, toda vez que se constituyó esta institución al margen de cualquier idea de ilicitud o culpa, por cuanto no se analizan estos elementos sino el que efectivamente el Estado haya causado un daño que es indemnizable incluso si proviene de una actuación legítima.

Lo anterior, lo ha precisado el doctor Eduardo García de Enterría, al manifestar: *“Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en*

⁵⁴ MENDOZA, Jhony. Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad patrimonial del Estado. En: Revista Pensamiento Americano. 16 de diciembre de 2011. Volumen 4. Nº 7. p. 47 - 51.

*la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo en un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento solo sí, y en la medida en que, se ha producido una lesión*⁵⁵.

Así las cosas, Colombia es un Estado que busca la relación directa entre la justicia y los principios y valores constitucionales, que promueve la obligación del Estado de asumir su responsabilidad en aquellos eventos en que actúa por fuera de los parámetros establecidos en la normativa y ocasiona con ello un daño que el asociado tiene todo el derecho de reclamar.

Por otro lado, el Doctor Becerra, manifiesta que: *“para que exista responsabilidad del Estado se requiere la ocurrencia de un daño que afecte la integridad física, moral o patrimonial de una persona, la actuación de un sujeto y la existencia de un nexo causal que permite imputar, es decir, atribuir el daño a la conducta del sujeto, en el caso, la Administración*⁵⁶.

Consecuente con lo anterior, los perjuicios que pueda llegar a ocasionar la actividad de la administración, ya sea en la etapa precontractual, contractual o extracontractual están amparados en un principio reparador consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y deben partir necesariamente de un presupuesto inicial que es el daño, porque en caso tal de que no se registre el mismo la reclamación del administrado sería totalmente inocua.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas. 1993, p. 371 – 372.

⁵⁶ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

7.1.1.3 La definición de responsabilidad patrimonial establecida en la jurisprudencia. Parafraseando a la Corte Constitucional; su jurisprudencia trae el artículo 90 de la Constitución Política con el cual se vislumbra normativamente el concepto de responsabilidad del Estado. Ello porque reguló taxativamente una temática que estuvo supeditada a labor hermenéutica de los jueces y finalmente porque ligó el concepto de responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política haciendo que de ésta desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara más en un amplio espacio del daño antijurídico⁵⁷.

Con relación a los elementos de ésta, la jurisprudencia del Consejo de Estado estableció como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado los siguientes: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal⁵⁸.

De esta forma, precisando la responsabilidad por el quebranto patrimonial que se debe reparar, el Doctor Gustavo Penagos⁵⁹, realiza un análisis de la sentencia del Consejo de Estado⁶⁰ que la responsabilidad patrimonial del Estado no consiste en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular.

Por considerarse necesario, se procede a hacer la transcripción de un extracto de la sentencia:

...Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay

⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11 de mayo de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra Radicación No. 41001 23 31 000 2001 00157 01 entre otras.

⁵⁹ PENAGOS, Gustavo. El daño antijurídico. Ediciones Doctrina y Ley Limitada. Bogotá. 1997

⁶⁰ Consejo de Estado. 22 de noviembre de 1991. (expediente 6784).C.P Julio Cesar Uribe Acosta

que reparar. La atención del constituyente se desplazó pues, desde al autor de la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial, no consiste pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular

De conformidad con lo anterior, es claro que la obligación de reparar los perjuicios patrimoniales por parte del Estado surge como consecuencia de la consagración del artículo 90 de la Constitución Política, por cuanto se busca que la administración responda por las actuaciones legítimas o ilegítimas que provocan un desconocimiento de los derechos del administrado y la imposición de una carga superior a la que tiene el deber legal de soportar.

7.2 TITULO II: LA AFECTACIÓN A LA ECONOMÍA COLOMBIANA POR LA OMISIÓN DE POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

En este acápite analizaremos algunos informes que se han realizado con la finalidad de examinar el impacto patrimonial que el Estado ha tenido que asumir , producto de las condenas y conciliaciones como consecuencia del daño antijurídico que ha ocasionado a sus asociados.

7.2.1 Estudio realizado por Néstor Raúl Correa. Así las cosas, iniciaremos con el estudio económico realizado por Néstor Raúl Correa Henao⁶¹, quien desarrollo en su artículo el análisis económico de los procesos contenciosos en contra del Estado, que adelantó la Maestría en Derecho Económico del Departamento de Derecho

⁶¹ CORREA, Néstor. Análisis económico de las demandas contra el Estado. En. Revista de la maestría en derecho económico Pontificia Universidad Javeriana. Volumen 2. Enero a Diciembre de 2004, p. 24 – 31.

Económico de la Facultad de ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

En este estudio se evidencia que en Colombia las condenas contra el Estado son cada vez más gravosas y se muestran cifras que hacen pensar que el Estado no tiene una visión preventiva, sino reparadora. Todo ello por cuanto el crecimiento de condenas es alarmante, pero también preocupa el hecho de que las mismas generen intereses que acrecienta de manera notable las sentencias impuestas.

El informe en mención, establece que el Estado Colombiano entre el periodo de 1997 a 2003 tuvo el siguiente comportamiento en cuanto al pago de sentencias judiciales. En este periodo 3000 trabajadores estatales obtuvieron 8 millones de dólares en condenas contra el Estado y 2000 víctimas en su mayoría del conflicto armado obtuvieron 30 millones de dólares en condenas contra el Estado, 42 contratistas obtuvieron 1500 millones de dólares en condenas contra el Estado.

Por otro lado, manifiesta el estudio que existe una tendencia de crecimiento de demandas contra la Nación, de crecimiento de condenas contra ella y de crecimiento del monto de los recursos pagados a causa de las condenas del Estado, con lo cual se agrava el déficit fiscal y se castiga la inversión social.

Además, se anota que el crecimiento de las condenas es una dinámica preocupante si se tiene en cuenta que 8.6 años es el tiempo promedio de un proceso contencioso, este factor unido a los altos intereses de mora en el pago de las condensa por rezago, se establece un 30% aproximado del valor de la condena, y se establece además la ausencia de recurso para el pago de las crecientes condenas futuras que hace entrar en línea de cuenta la preocupación fiscal por la defensa jurídica del Estado.

7.2.1.1 Estudio que realiza Andrés Fajardo y Camilo Guzmán. Otro estudio en el cual nos apoyamos es el realizado por Andrés Fajardo y Camilo Guzmán⁶², realizado con la finalidad de realizar la descripción del estado actual de la investigación respecto al daño antijurídico imputable al Estado y de la conciliación como método de solución de conflictos en los litigios contra el Estado. En él se exponen los distintos estudios, y se resumen los aportes en materia de diagnóstico de la situación y de recomendaciones respecto a los temas de estudio.

El estudio en mención sobre el material obtenido permitió un análisis desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa acerca de los procesos que en materia de responsabilidad extracontractual, y relacionados con el daño antijurídico, debió atender el Estado Colombiano.

De esta forma, en primer lugar, se estableció que el Estado es considerado un litigante frecuente por cuanto acude de manera repetida a los estados judiciales, no obstante esta periodicidad otorgarle una experiencia judicial que le permita aprender de los errores, diseñar nuevas estrategias y adquirir destreza jurídica continúa siendo condenado de manera reiterada por la responsabilidad extracontractual con fundamento en el daño antijurídico.

Afirma además el estudio realizado que la Contraloría General realizó un análisis del periodo comprendido entre 1997 y 1998 arrojando el siguiente resultado: por todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho se pagaron treinta mil millones en 3397 procesos, desagregados así: por acciones laborales se pagaron veintidós mil millones en 3036 procesos, y por las acciones diferentes a las laborales (por ejemplo multas) se pagaron ocho mil millones en 361 procesos. Por reparación directa se pagaron ciento veinte mil millones en 1998 procesos, caso todos en el

⁶² FAJARDO, Andrés y Otro. El daño antijurídico del Estado y los medios alternativos de solución de conflictos – Estado de arte. En Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas. Volumen 10. Número 19. Pp. 44 – 66.

sector defensa. Y por acciones contractuales se pagaron setenta y ocho mil millones de pesos en 278 procesos.

Los anteriores datos, se suministraron sin perjuicio de la inexistencia de información exacta y actualizada sobre los litigios estatales, teniendo presente que hasta el año 2005 no existían cifras medianamente consolidadas sobre sectores demandados, valor de las pretensiones por sector y la discriminación sobre cada uno de los organismos y las entidades que conformen un determinado fragmento de la administración pública; situación que no mejora hasta la fecha de la realización del estudio, año 2010, por cuanto hasta este momento tampoco se tenía consolidada la información, por cuanto muchas entidades y organismos estatales no suministraron la información solicitada por encuesta por parte del Ministerio del Interior y de Justicia⁶³.

7.2.1.2 El informe del año 2013 realizado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Traemos también el informe de gestión del año 2013 de la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado⁶⁴ que señala “El impacto fiscal que se ha generado merece de urgencia la adopción de políticas encaminadas a la prevención del daño antijurídico”. Siendo aún más evidente, en este informe la entidad manifestó que analizado el comportamiento del rubro destinado al pago de sentencias y conciliaciones, sus adiciones y la asignación de las apropiaciones presupuestales, se observa que los desembolsos realizados por las Entidades Públicas del orden nacional han tenido un crecimiento exponencial del 432% entre el año 2000 y 2012, — de \$ 219.000 millones en 2000 a \$ 1.165.347 millones en 2012 —.

⁶³ Diagnóstico y situación de la gestión judicial. Junio de 2004. Ministerio de Defensa.

⁶⁴ Unidad Administrativa Especial de la Agencia Nacional De Defensa Jurídica del Estado. Informe de gestión enero a diciembre de 2013. Adriana María Guillén Arango Directora General. <http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes-gestion/Paginas/default.aspx> .23 de setiembre de 2014

Es por consiguiente, que teniendo en cuenta estas cifras, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado estimó en su estudio que en el último año la Nación alcanzó un pico histórico bastante elevado, del orden de \$ 1.19 billones de pesos. Tan solo entre el 2011 y el 2012 los pagos realizados se incrementaron en un 40%. En el año 2000 se cancelaron alrededor de \$ 201.032 millones, para el 2013 se tienen previstos \$ 1.07 billones; de los cuales han sido cancelados hasta el mes de agosto \$ 565.158 millones, equivalentes a una ejecución del 53%.

En síntesis, el informe concluye que en materia de contribución anual promedio de los sectores frente al pago de sentencias y conciliaciones durante los últimos trece años, se tiene el siguiente comportamiento: Seguridad y Defensa 51%, Transporte 14.7%, Justicia el 8.4%, Hacienda 5.5% y Fiscalía 4.7%.

De este modo, podemos afirmar que los estudios demuestran como el Estado ha sido afectado económicamente por no establecer una adecuada política de prevención del daño antijurídico, por la inexistencia de un análisis efectivo que logre vaticinar, detectar a priori las causas de un posible daño económico y anticiparse a su causación.

En suma, pensamos que se debe instaurar una efectiva y eficaz política de prevención del daño antijurídico que le brinde al Estado las herramientas necesarias para vislumbrar un panorama más satisfactorio y se pueda disminuir de manera significativa el compromiso del erario público en futuras controversias contractuales.

8. CAPÍTULO III

8.1 TITULO I. LAS MEDIDAS DE ACTUACIÓN Y PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO QUE PUEDEN IMPLEMENTARSE PARA EVITAR UN DESGASTE SIGNIFICATIVO EN EL PRESUPUESTO ESTATAL POR CONCEPTO DE PAGO DE SENTENCIAS Y CONDENAS JUDICIALES

El Estado es un ente activo el cual, a través de sus servidores, debe de efectuar conductas que hagan prevalecer los principios y valores constitucionales.

Los principios y valores constitucionales hacen parte de la protección de los derechos de las personas, siendo deber del Estado no realizar ninguna actuación generadora de daño antijurídico; no obstante esto acaece, y cuando se presenta esta circunstancia se generan nefastas consecuencias por el crecimiento exponencial de decisiones judiciales que deben ser asumidas por el Estado y sus asociados; lo que finalmente termina afectando el erario público.

La afectación del erario público con el pago de estas condenas es ostensible ya que impide una adecuada inversión social del Estado a fin de garantizar la prevalencia del interés general con respecto a la protección de las personas más necesitadas y vulnerables para efectos de poder proveer el mínimo de estándares en salud, educación y vivienda política de prevención del daño antijurídico evitaría, o al menos disminuiría la responsabilidad patrimonial del Estado.

Pero surge el siguiente interrogante: ¿cuáles podrían ser esas medidas de actuación y prevención del daño antijurídico?. En nuestro trabajo de investigación proponemos desarrollarlas estableciendo que serían el concepto de validez en la prevención del daño antijurídico y la tutela efectiva de los derechos del ciudadano.

8.1.1 Las medidas desde la validez en la prevención de daño antijurídico.

Entendemos como validez: *“la legalidad de un acto jurídico, negocio o contrato. Calidad de tal respecto de los efectos jurídicos que está destinado a cumplir”*⁶⁵.

Así, la validez hace relación a un aspecto formal normativo; es decir, a la existencia de normas y políticas que buscan la prevención del daño antijurídico, normas que han sido desarrolladas por el Estado con el fin de tratar de mitigar el impacto fiscal que generan las decisiones adversas a su administración.

En consecuencia, consideramos que el Estado ha iniciado una labor dirigida a mitigar los efectos de las sentencias y conciliaciones judiciales que se tornan negativas, tales son por ejemplo la Ley 270 de 1996, Ley 1444 de 2011 y Decreto 4085 de 2011, estas últimas con ocasión de la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la cual ha creado políticas de prevención de daño antijurídico.

De lo anterior fluye lo siguiente: ¿es suficiente con esta normatividad y estas políticas establecidas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado?. Pensamos que existe un problema de eficacia; porque de la lectura de la normativa y de las políticas de prevención del daño observamos que éstas existen, se encuentran tanto explícita como implícitamente en todo el contenido, es decir, que las hay en el orden jurídico y en el contexto de pretender hacer una política de prevención; no obstante diremos que hay un problema de eficacia.

La eficacia será la materialización, la concretización de aquellas medidas de actuación de prevención del daño antijurídico; es decir, que esto se lleve a la realidad que se cumpla con las mismas, y que se asuma un verdadero compromiso a fin de evitar el daño antijurídico.

⁶⁵ Diccionario jurídico. <http://www.uned-derecho.com/diccionario/> 23 de septiembre de 2014

8.1.1.1 Las medidas desde la tutela efectiva de los derechos del ciudadano en la prevención del daño antijurídico. Cuando hacemos relación a la tutela efectiva de los derechos del ciudadano; nos referimos a la protección que tiene el Estado con respecto a los derechos constitucionales.

El Estado tiene el deber de proteger derechos constitucionales; protegerlos, garantizarlos y promoverlos (artículos 1 y 2 de la Constitución Política) su fin es la prevalencia del interés general. Así, ante la pregunta de ¿cómo serían útiles las medidas de actuación y prevención del daño antijurídico para la consecución de este fin?. Diremos que si se utilizan unas verdaderas medidas de actuación y prevención del daño antijurídico, se podrá garantizar la tutela efectiva de los derechos constitucionales porque para la protección de los derechos; el Estado estaría evitando litigios innecesarios que conllevaran a grandes pérdidas económicas y afectación al rubro fiscal.

Esto lo afirmamos porque dichos recursos económicos consideramos podrían ser invertidos en mejorar las condiciones de la población más vulnerable, invirtiendo en vivienda, salud, educación y proyectándose a cubrir los mínimos estándares de vida para todas aquellas personas que hoy en Colombia tienen condiciones precarias de subsistencia.

La Constitución Política de 1991 en su parte dogmática contiene una carta de enunciados de derechos constitucionales; tres bloques de los derechos fundamentales, de los derechos sociales económicos y culturales y de los derechos colectivos.

La tutela efectiva de estos derechos se da conforme a unos mecanismos de protección de los mismos como son: la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo y las acciones ordinarias; mecanismos que se consideran deben ser agotados luego de que la administración realice todos los

esfuerzos por materializar la protección al asociado que se encuentra en una verdadera situación de afectación a sus derechos fundamentales.

El Estado cuando efectúa medidas de actuación y prevención del daño antijurídico permite que se presenten tres aspectos determinantes con respecto a la tutela efectiva de los derechos del ciudadano:

- Que se evite que el ciudadano recurra a mecanismos ajenos a la administración para la tutela efectiva de los derechos, toda vez que se estaría pensando en proteger al ciudadano desde la materialización de la garantía y protección de sus derechos; y en el evento de presentarse situaciones latentes de violación de derechos fundamentales se pueda solucionar en la vía administrativa.

- Que en la medida en que se extienda la inversión social, se estaría previniendo una afectación a la integridad física y moral de los asociados, como por ejemplo: la inversión en las vías afectadas del país ayudaría a que las personas gozaran de una mejor condición de vida y pudiesen desplazarse en condiciones de seguras hacia los diferentes sitios de trabajo, estudio y vivienda. Pensamos que en la medida en que esto se fortalezca, se evitaría incurrir en demandas cuantiosas por el surgimiento de accidentes provocados por el mal estado de las vías que desencadenaran del hecho dañoso de la administración, esto es, la “omisión” en la garantía de la tutela efectiva de estándares mínimos de vida para sus administrados.

En este panorama, la tutela efectiva de los derechos con respecto a las medidas de actuación y prevención del daño antijurídico; podrán ser aspectos en los cuales el Estado podrá actuar de forma inmediata para solucionar las situaciones planteadas por el administrado, esto es, utilizar mecanismos de control dentro de la propia administración tendientes a resolver las peticiones y solicitudes desde una conciencia social y no desde aspectos caprichosos del agente que desencadenan en decisiones nefastas para el erario público.

Con una política adecuada de prevención del daño a prevención, se podrían cuidar los recursos económicos y se garantizaría una mayor inversión social, porque al pensar en el ciudadano no como un instrumento de la administración, sino como un fin en sí mismo, se estaría actuando conforme a principios y valores constitucionales que buscan garantizar la dignidad del asociado.

8.1.1.2 Las medidas desde la actuación oportuna y eficiente de las entidades estatales es política de prevención del daño antijurídico. La prevención del daño antijurídico implica una serie de medidas y políticas tanto positivizadas, es decir, válidas, como también eficaces, esto es, que fácticamente tengan buenos resultados.

Proponemos como actuación oportuna y eficiente desde un adecuado funcionamiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

- Crear una abogacía del Estado que haga un estudio de cada caso en concreto para la prevención del daño antijurídico para que se lleve a cabo la defensa del patrimonio estatal

- Que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado capacite, apoye a todas las entidades del Estado divulgando el conocimiento de unos verdaderos mecanismos de la prevención del daño antijurídico

Esto es, que intervenga en procesos, no desde la etapa extrajudicial y judicial, sino que plantee de manera más directa la concientización a las entidades de la importancia de evitar actuaciones latentes de desconocimiento normativo y social.

Lo que se debe buscar es que las acciones contra el Estado no terminen con una sentencia condenatoria por aspectos que pueden ser corregidos con anterioridad tales como:

- Desconocimiento de la normativa del orden jurídico
- Mayor capacitación, divulgación y pedagogía sobre los mecanismos para aplicar la prevención del daño antijurídico

Es deber del Estado Colombiano establecer una acción correctiva frente a la problemática del daño a prevención que busque vincular a todas las entidades y generar sanciones para aquellas que obvien el cumplimiento de las mismas, por ejemplo:

- Que se rediseñen los mecanismos de prevención del daño antijurídico y se conviertan en instrumentos obligatorios de todas las entidades del Estado.
- Que se expidan normas que hagan obligatorios manuales de funciones y procedimientos claros que determinen la prevención del daño antijurídico

Unos posibles correctivos o soluciones con respecto a la prevención del daño antijurídico pueden ser propuestos desde una actuación oportuna, eficiente y con calidad a manera de propuesta tenemos:

- Un órgano que actúe como una agencia especial de la prevención del daño antijurídico
- Un órgano que actúe como órgano de control y vigilancia de la prevención del daño antijurídico
- Que se establezcan sanciones económicas y disciplinarias, ante la omisión del cumplimiento de las políticas de prevención del daño antijurídico
- Crear un programa dirigido a los funcionarios para prevenir el daño

- Que se inicie un programa de divulgación y capacitación sobre la prevención del daño antijurídico

- Que los organismos de control del Estado ante la ausencia de un órgano especial que vigile la prevención del daño antijurídico participen para que se dé cumplimiento a esta política. Organismos estos como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República a fin de que se pueda hacer un mayor seguimiento y participación en estos procesos.

9. CONCLUSIONES

1. Para que el daño antijurídico sea tratado como una política de prevención proponemos mecanismos sistemáticos que fluyen del sistema jurídico y de su contenido como aquél actuar preventivo, anticipado y precavido del Estado para evitar que se ocasione un daño antijurídico legítimo o ilegítimo, y en consecuencia, se genere una responsabilidad patrimonial del mismo.
2. El Estado en su actuar y a fin de cumplir con sus deberes constitucionales; a través de sus servidores públicos o particulares que realizan función administrativa (116 CN) puede vulnerar derechos de las personas y con este actuar realizar conductas antijurídicas.
3. Cuando el administrado se encuentre inmerso en la solicitud al Estado de la prestación de un servicio, o la exigencia de un derecho; allí es donde el Estado debe actuar, es decir, resolver lo solicitado de fondo, y de ahí fluirá la prevención del daño; porque si la administración resuelve la petición de forma previa a la decisión de un tercero; estaría actuando en justicia y lo hace con una verdadera política de prevención del daño.
4. La administración deberá garantizar un estudio de fondo para el caso en concreto, de forma imparcializada y con la ayuda de verdaderos profesionales del derecho que apliquen los manuales y procedimientos de la prevención del daño, con ello, se evitaría una responsabilidad patrimonial para el Estado, porque las decisiones de la administración serían conforme a derecho y evitando siempre incurrir en actos arbitrarios e injustos que vulneren derechos y propendan por un desconocimiento de sus garantías constitucionales.
5. El interés legítimo de un ciudadano se puede ver afectado por la decisión de la administración y tiene una gran incidencia en la prevención del daño antijurídico

porque evitará que la administración ocasione un daño y proteja al asociado sea dado desde la tutela judicial del interés legítimo.

6. Consideramos útil el realizar políticas efectivas, debidamente anticipadas, precavidas, vaticinadas, previas, para solucionar la litis administrativa conforme a derecho y esto será prevención del daño antijurídico.

7. El Estado debe plantear verdaderos equipos de trabajo que busquen solucionar los asuntos de los asociados, desde una real administración, efectiva, consciente, garantista de los derechos, pensando en el menor riesgo para la entidad y en una estrategia administrativa. Pues si a futuro se puede analizar que la jurisprudencia del Consejo de Estado falla casos donde condena al Estado; ¿por qué en sede administrativa no se puede resolver la tutela de ese derecho de manera positiva a fin de que se evite estas sentencias adversas en contra del Estado y en consecuencia condenas cuantiosas que afecten el patrimonio y por ende la inversión social?

BIBLIOGRAFÍA

BOTERO CHICA, Luis. Elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado. En: MOLINA BETANCUR, Carlos. Aspectos novedosos de la contratación estatal y de la responsabilidad del Estado. Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2011, p. 63.

BUSTAMANTE LEDEZMA, Alvaro. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 1998.

COLOMBIA. Código Civil (Ley 57 de 1887) Bogotá: Editorial Leyer

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1991. M.P. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO Sentencia del 31 de octubre de 1991 expediente 6515, M.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, exp. 6515.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 22 de noviembre de 1991. expediente 6784.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421) del 8 de marzo de 2007. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Expediente 17042. Consejera Ponente. Olga Melina Valle De La Oz.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Expediente 23300. Consejero Ponente. Álvaro Otalora Celis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 333 de 1996. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, exp. D – 1111.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–918 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 254 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 22 de octubre de 1896. Gaceta Judicial t.h. p. 357.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de octubre de 1898. Gaceta Judicial año XIV. Del 28 de marzo de 1890 N° 685, 686, pp. 54 – 57.

COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA. Diagnóstico y situación de la gestión judicial. Junio de 2004.

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Expediente 250002326000-2003-00171-01 (41227). Demandante: Sociedad Aberly Denissin S.A. y Otros.

CORREA, Néstor. Análisis económico de las demandas contra el Estado. En Revista de la maestría en derecho económico Pontificia Universidad Javeriana. Volumen 2. Enero a Diciembre de 2004. p. 24 – 31.

DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil. Segunda Edición. Barcelona: Editorial Bosch, 1975. p. 322

Diccionario jurídico. Disponible en: <http://www.uned-derecho.com/diccionario/>

DURANGO, Gerardo. Incorporación, inclusión y desarrollo de las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, Bogotá: Editorial Dike, 2011, p. 92.

FAJARDO, Andrés y Otro. El daño antijurídico del Estado y los medios alternativos de solución de conflictos – Estado de arte. En Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas. Volumen 10. Número 19. Pp. 44 – 66

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Civitas, 1993, p. 371 – 372

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Quinta Edición. Bogotá D.C: Editorial TEMIS. p. 20

GIL BOTERO, Enrique Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. Medellín: Librería Jurídica COMLIBROS, 2006

GÓMEZ POSADA, José Fernando. Teoría y Crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2003, p 37.

HENAO, Juan Carlos. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés”. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37.

MARGAUX, Yolanda y Otro. Diversas formas de la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa. En: Revista Diálogos de Saberes. 20 de mayo de 2007. Volumen número 26. p. 145 – 162.

MAZEAUT, Henri y LEÓN y TUNC, André de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo I. volumen I. Quinta Edición. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa – América. 1977. p. 301 – 302.

MENDOZA, Jhony. Títulos jurídicos de imputación en la responsabilidad patrimonial del Estado. En: Revista Pensamiento Americano. 16 de diciembre de 2011. Volumen 4. N° 7. p. 47 - 51.

MESA NIEVES. Luis. La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. p. 22.

MOLINA, Carlos. Fundamentos Constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial de Estado: antecedentes dogmáticos – históricos y legislación vigente. En: Revista opinión jurídica. Nº 4. Vol. 7. Enero a junio. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2005, p. 47.

ORDOQUI, Gustavo y OLIVIERA, Ricardo. Derecho extracontractual. Compendio de Responsabilidad extracontractual. Vol. 2. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1974

PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1981, ps. 362, 363, 366.

PENAGOS, Gustavo. El daño antijurídico. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Limitada, 1997

PÉREZ VILLA, Jorge. Responsabilidad Estatal y Acción de Repetición. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, (s.f), p. 12

RAE. Diccionario de la Real Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. España: Editorial ESPASA, 2001. p. 1385

RODRÍGUEZ R. Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Décimo Tercera Edición. Bogotá: Editorial TEMIS, 2002, p. 389

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

SAYAGUEZ LASO. Enrique. Tratado de Derecho Administrativo I. Octava Edición de 2002 puesta al día por Daniel Hugo Martins, (Profesor de Derecho Público II y III en el Instituto Universitario de Punta del Este) reimpressa en noviembre de 2004, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo Uruguay.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Editorial Temis. Cita de J.M. de la Cuetara. La actividad de la administración. Editorial Tecnos, p. 554

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS, (s.f), p. 15.

_____. Tratado de responsabilidad civil, dos tomos. Sexta reimpresión. Bogotá: Editorial Legis, 2011.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Informe de gestión enero a diciembre de 2013. Adriana María Guillén Arango Directora General. Disponible en: <http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes-gestion/Paginas/default.aspx>

VELÁSQUEZ GIL, Catalina y VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Limitada, 2006

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Editorial TEMIS, 2013, p. 149.